



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado Ponente

SEP042-2024

Radicación num. 00491

CUI 11001600010220180032301

Aprobado mediante Acta Extraordinaria No. 35

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

1. VISTOS

Una vez celebrado el juicio oral y tramitada la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, corresponde a la Sala dictar sentencia de primera instancia dentro de este proceso adelantado en contra del gobernador del departamento del

Cesar, LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, acusado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso con el punible de peculado por apropiación en favor de terceros.

2. IDENTIDAD DEL ACUSADO

LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, identificado con la cédula de ciudadanía 77.186.388 de Valledupar, nacido en ese municipio el 27 de septiembre de 1976, edad 46 años, hijo de Luis Alberto Monsalvo Ramírez y Cielo Gnecco Cerchar, profesión economista y residente en la calle 9A # 8-48, Edificio Novalito de Valledupar.

3. LA ACUSACIÓN

De conformidad con el escrito de acusación se atribuye al procesado la comisión en calidad de coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410) respecto del contrato de suministro 2015-02-1178 de 21 de agosto de 2015 del Programa de Alimentación Escolar (PAE), suscrito entre el departamento del Cesar, a través de su secretario general Jaime Luis Fuentes Pumarejo y el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, representado por María Angélica Araújo Noguera y conformado por la Fundación Kabala, representada por la citada y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, representada por Ivis del Carmen Rosado Robles; y peculado por apropiación en favor

de terceros agravado por la cuantía, con las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

El objeto del contrato consistió en la *“prestación del servicio de alimentación escolar a los niños, niñas y adolescentes escolarizados en las áreas rural y urbana del departamento del Cesar, acorde a los lineamientos técnicos, administrativos y estándares del programa de alimentación escolar PAE”*, por valor de \$17.145.105.000 con un plazo de ejecución de 59 días calendario.

Como primera irregularidad esencial, destacó el ente fiscal nueve graves anomalías en los estudios previos, que le permitieron concluir que con dichos estudios se desconocieron los principios de planeación, economía, selección objetiva, responsabilidad y legalidad.

La primera la refirió al aspecto de la necesidad de la contratación. En su sentir los estudios omitieron el obligado análisis de la conveniencia de celebrar el contrato para suplir la alimentación durante 59 días de los estudiantes menores de edad del departamento, es decir, no se estableció el *¿qué?*, el *¿para qué?* y el *¿por qué?* se necesitaba la contratación, lo que se tradujo en una falta de claridad, coordinación y coherencia entre lo presupuestado por el departamento y las directrices del Ministerio de Educación Nacional, vulnerándose de esta forma los principios de transparencia y responsabilidad, además del de selección objetiva, por ejemplo, por la no exigencia del cumplimiento de la norma técnica NTC4595 y del

Decreto 3075 de 1997 que reglamenta parcialmente la Ley 9 de 1979, que venía reclamándose.

La segunda anomalía en los estudios previos tiene que ver con la población a beneficiar. En dichos estudios se indicó que eran *“los niños, niñas y adolescentes del área rural y urbana, registrados en el sistema de matrícula SIMAT como estudiantes oficiales”* y sobre ese supuesto se determinaron 87.400 cupos en la jornada matinal a \$1.760 por ración y 58.700 cupos para el almuerzo a razón de \$2.330 porción, para un total de 146.100 niños-ración. Sin embargo, esta cifra es muy superior al número de estudiantes reportados por el SIMAT el trimestre anterior que debió ser la base, circunstancia que solamente tiene explicación en una *“inadecuada y falaz”* planeación, que se reflejó en un mayor gasto.

La tercera irregularidad en los estudios previos la refiere al plazo de ejecución de 59 días calendario, que permite advertir un *“fraccionamiento”* con el fin de favorecer dos veces en un solo año a los mismos contratistas, pues el objeto contratado en el primer semestre de 2015 es igual al del segundo semestre de la misma anualidad *“tiene como soporte prácticamente los mismos documentos y fueron ejecutados por las mismas fundaciones (...) con el solo cambio de nombre del consorcio contratista”*.

Se incumplió así con lo previsto en el ítem 3.4 de los lineamientos técnico-administrativos del PAE de julio de 2014 (aplicable a 2015) de perentorio acatamiento que dispone: *“El PAE realizará la prestación del servicio durante el calendario escolar definido por cada entidad territorial certificada”*; y en este caso no se

hizo bajo un solo negocio jurídico que comprendiera todo el calendario escolar, sino que se fraccionó en dos contratos.

La cuarta anomalía dice relación con el tema presupuestal. Mientras en los estudios previos se citó el boletín SIPSA número 123 de octubre de 2014¹ como el aplicado para calcular el valor del presupuesto oficial, en el anexo 2 se indicó que dicho cálculo se realizó con fundamento en el boletín 130 de diciembre de 2014, lo que condujo a distorsiones en el presupuesto violando el principio de planeación, pues a la fecha de estructuración de los estudios previos² ya habían transcurrido más de siete meses desde el mes de octubre de 2014, pero esto sirvió para aumentar el costo de las raciones.

En suma, la planeación del presupuesto se desfiguró al haber sido diseñado desconociendo los lineamientos técnico-administrativos de 2015 de perentoria observancia como lo previene el artículo 16 de la Ley 1176 de 2007.

Además, la estructuración del presupuesto con incidencia en el valor del contrato la refiere a que mientras en la Ordenanza Departamental 066 de 28 de diciembre de 2012 el costo global de las estampillas es del 4.5% del contrato, el valor fijado en los estudios previos fue del 5.5%, es decir, se adicionó un punto, sin ninguna justificación.

¹ Boletín del Sistema de Información de Precios y Abastecimiento del Sector Agrario del DANE (SIPSA) publicado semanalmente conforme a los precios de los alimentos en centros mayoristas certificados por el DANE.

² Julio de 2015.

La quinta anomalía la afinca en la ausencia de un diagnóstico de la población a priorizar y del tipo de complemento alimenticio que se debía suministrar. Sobre este aspecto los estudios se redujeron a unas tablas básicas sin explicación o justificación que determinara cuál era el alimento para proporcionar de acuerdo con la edad y condición socioeconómica.

La sexta anomalía de los estudios previos recae sobre la forma de selección del contratista, ya que se exigió una experiencia muy específica que solamente los entes del consorcio creado podían cumplir, porque ya venían contratando. Se pidió anexar máximo cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años que sumaran una cuantía igual o superior al doble del presupuesto expresado en salarios mínimos vigentes a la fecha de suscripción. Así se afectó el principio de selección objetiva pues desde 2014 hasta 2016 la gobernación venía contratando con las mismas empresas, solamente cambiaban el nombre del consorcio.

La séptima tiene que ver con la matriz de riesgos (anexo 4) derivados de las fluctuaciones del valor de los alimentos que se tradujo en la inclusión de un 5% del valor del contrato como imprevistos, pero adicionalmente se reconoció un porcentaje del 4.4% correspondiente al IPC, que para el año 2014 fue certificado por el DANE en el 3.66%.

La octava anomalía fue la omisión de la consulta previa con las comunidades indígenas a la que estaba obligada la gobernación conforme al artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, irregularidad que no se subsana por el hecho de haber trasladado al operador esta obligación después de suscrito el contrato.

La novena anomalía, y última, relacionada con la primera irregularidad sustancial en los estudios previos, consiste en la inexistencia de “estudios del sector”. En teoría se trata de un documento estructurado del análisis de la información recabada durante la investigación del mercado o del sector. Sin embargo, en este caso el documento de 57 páginas elaborado por la secretaría de educación es un formato genérico que no supe un estudio serio como se demanda, con la misma información contenida en los estudios previos y datos de los años 2011 y 2012 del municipio de Valledupar que nada dice del comportamiento del mercado local.

La segunda irregularidad sustancial advertida por la fiscalía tiene que ver con el proyecto de pliego de condiciones o prepliego, las observaciones presentadas y la respuesta ofrecida por la gobernación que constituye ley del contrato. La exigencia de contar con una bodega al momento de la presentación de la oferta solamente benefició al consorcio contratista que por estar ya prestando el servicio era el único que cumplía este requisito al tiempo de contratar, cuando lo trascendente era verificar que se tuviera una capacidad real

instalada a partir el inicio de la ejecución del contrato, no antes.

Para la fiscalía este hecho pone de manifiesto el interés de MONSALVO GNECCO de favorecer al Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 con desconocimiento de los principios de selección objetiva y de transparencia.

La tercera irregularidad sustancial atañe al pliego de condiciones cuyo contenido refleja el incumplimiento de este requisito esencial de la contratación estatal, que forma parte integral del contrato y prevalece en caso de diferencias entre este y los estudios previos, erigiéndose en una exigencia esencial del proceso contractual³. Para la fiscalía este documento no satisfizo los requerimientos legales exigidos, pues vuelve a transcribir la literatura general asociada a la política de alimentación escolar de los estudios previos.

En el caso concreto, en el pliego de condiciones se dice que fueron elaborados según los lineamientos técnico-administrativos del Ministerio de Educación Nacional de abril de 2015, sin embargo, hicieron relación a los de julio de 2014 y la publicación en el SECOP corresponde a los expedidos en 2015, circunstancia prohibida legalmente por el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 al determinar responsabilidad para los servidores públicos que elaboren los pliegos de

³ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, rad. 10.779 de 29 de enero de 2004.

condiciones en forma incompleta, ambigua o confusa que den lugar a interpretaciones o decisiones subjetivas.

Otra tanto ocurre con el asunto de las manipuladoras de alimentos, pues mientras en los estudios previos se requirieron 1.800, en el pliego de condiciones se exigieron únicamente 350, ambas cifras sin ninguna justificación atendible, circunstancia que comporta una arbitrariedad intolerable.

Lo mismo acontece con la experiencia exigida al proponente en cuanto a la exigencia de acreditarla con “*máximo*” cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años contados desde la fecha del cierre del proceso de selección, los cuales debían sumar una cuantía igual o superior al doble el presupuesto oficial expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes.

De acuerdo con la acusación lo pretendido con esta exigencia fue circunscribir la experiencia a cierto número de raciones servidas y en general, contratos de alta complejidad y cuantía, logradas en máximo cinco negocios jurídicos, o de otra forma, acreditar pocos negocios, pero en grandes cuantías, requisito que solamente podía ser cumplido por quienes venían contratando con algunos departamentos, en este caso, el consorcio favorecido que venía operando los PAE de Cesar, Valledupar y La Guajira.

El direccionamiento se hace más evidente al determinar la experiencia específica y exigir que en dos de los cinco contratos se acreditara un suministro de 140.000 raciones por día cuya sumatoria alcanzara los once millones en 59 días con un mínimo de 877 unidades de servicio o restaurantes escolares y experiencia en la prestación del servicio de alimentación escolar en el sector público, lo que, como se dijo, solamente podía certificar el consorcio escogido.

Concluyó la fiscalía que con tales irregularidades se vulneró el principio de transparencia ya que la licitación pública fue simplemente en apariencia. Asimismo, se conculcó el principio de economía en cuanto la selección del contratista no fue objetiva y por ende impidió identificar la propuesta más favorable para el departamento.

La cuarta irregularidad sustancial está vinculada a la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos de 28 de julio de 2015, prevista como de obligatorio cumplimiento por el artículo 39 del Decreto 1510 de 2013, y por lo mismo parte integral del núcleo esencial del trámite contractual. Su finalidad, conforme al artículo 220 del Decreto 019 de 2012, es la de precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones.

En este caso, se quebrantó lo dispuesto por el artículo 88 del Decreto 2474 de 2008 y por el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 sobre la asignación definitiva de los riesgos detectados, aspecto que no se satisfizo porque a esta no

comparecieron los posibles oferentes, de tal manera que el acta levantada se limitó a transcribir las finalidades de la audiencia sin dejar constancia de lo acontecido en su desarrollo. En suma, no se cumplió con el objeto legal de la misma.

Una quinta irregularidad sustancial tiene que ver con el acta de cierre y entrega de la propuesta del proceso de licitación pública LP-SGR-0008-2015. En dicha audiencia el consorcio fue aparentemente representado por Eder Enrique Castro Páez sin que exhibiera el poder para tal propósito a pesar de que en el documento de creación del Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 figuraba como representante legal María Angélica Araújo Noguera y conforme al pliego de condiciones era el único delegado autorizado para intervenir ante la administración.

Esta circunstancia desconoció los principios de responsabilidad, transparencia y legalidad que demandan el cumplimiento de los fines de la contratación, la protección de los derechos de la entidad y una conducta apegada a la ética, la ley y la justicia.

La sexta irregularidad dice relación con la calificación de la propuesta efectuada por el comité evaluador. Para el ente acusador la puntuación otorgada no correspondió a la realidad pues presentó una serie de inconsistencias que permiten inferir que la evaluación como requisito esencial del contrato fue conculcada.

En cuanto a la evaluación técnica la carta de presentación de la propuesta no indicó el número total de folios de esta, exigencia indispensable en los términos del anexo 2 del pliego de condiciones y su incumplimiento se tradujo en vulneración de los principios de responsabilidad y transparencia.

Se obvió la presentación de los certificados de antecedentes disciplinarios de la Fundación Kabala, de la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar y de Ivis del Carmen Rosado. No obstante, se allegó un certificado de una entidad jurídica denominada “Fundación Pa’ Todo el Mundo” ajena al contrato, por lo que se desconocieron los principios de legalidad y transparencia. La importancia del cumplimiento del requisito de los antecedentes disciplinarios radica en que a partir de estos se revelan posibles inhabilidades o incompatibilidades de los contratistas.

Otra anomalía en relación con la evaluación consistió en el incumplimiento del cronograma de actividades plasmado en el pliego de condiciones en donde se indicó como fecha de publicación del informe de evaluación el 10 de agosto de 2015 en el portal *web* de contratación del SECOP, sin embargo, solamente se hizo hasta el día siguiente, con lo que se desconocieron los principios de economía y publicidad.

En cuanto a la bodega, irregularidad sexta, el consorcio favorecido presentó un certificado de intención de arrendamiento de bodega con la firma Global Entregas SAS, de

la cual el comité evaluador omitió verificar que su representante legal Juan David Dangond Rosado, sobrino de Ivis del Carmen Rosado, presentó un documento que certificaba el valor total de los lotes en \$2.240.639.000 cuando la firma arrendadora contaba con un capital pagado de apenas \$4.000.000, suma muy inferior al valor de los inmuebles que pretendía arrendar.

La séptima irregularidad está referida a la suscripción del contrato 2015-02-1178 de 21 de agosto de 2015, firmado por Jaime Luis Fuentes Pumarejo en calidad de secretario general de la gobernación y delegado para suscribir contratos y convenios mediante Decreto 987 de 13 de julio de 2010 modificado por el Decreto 571 del 10 de agosto de 2011, y por María Angélica Araújo Noguera en condición de representante legal del Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015.

Tiene que ver con la cláusula sexta del contrato en relación con las raciones, en la que se le impuso al operador el cumplimiento de los lineamientos técnico-administrativos del PAE de julio de 2014 cuando los vigentes eran los de abril de 2015 que finalmente fueron los que publicaron en el SECOP, con lo que se desconocieron los principios de legalidad y transparencia.

Otra irregularidad adicional relacionada con la suscripción del contrato es el hecho de que las garantías exigidas fueron presentadas por fuera del término previsto en

el pliego de condiciones cuando debieron allegarse dentro de los tres días hábiles siguientes a la firma del contrato, lo que deviene en un incumplimiento del principio de responsabilidad.

La octava irregularidad tiene que ver con la liquidación del contrato y, en particular con la constancia dejada en el acta de liquidación de haberse efectuado ésta con fundamento en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el operador entre los días 27 de agosto y 24 de noviembre de 2015 y que su valor ejecutado fue de \$15.388.164.580, no obstante, a juicio del ente fiscal existe una “confusión monumental” en el contenido del documento en cuanto a los porcentajes de ejecución del contrato los cuales no fueron debidamente verificados como corresponde y por tanto no se tuvo absolutamente claro el cumplimiento del objeto contratado.

En opinión de la fiscalía el acusado permitió la liquidación bilateral del contrato a pesar de que no se cumplió la totalidad del objeto contratado y cuyas cuentas y soportes de gastos no fueron claras, pues mientras el consorcio contratista justificó suministros por \$12.636.685.229 la gobernación reconoció \$13.492.089.354, es decir, una cantidad superior.

De otro lado, la gobernación no verificó que el 89% de las facturas de compras de los suministros fueron realizadas a empresas como Suministros y Suministros Sion, que revendían los productos, una empresa del sobrino de la representante de

la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, Ivis del Carmen Rosado Robles.

Posteriormente, el 22 de octubre de 2021, la fiscalía adicionó el escrito de acusación⁴ agregando a las irregularidades halladas en la liquidación del contrato una más, consistente en el hallazgo de una diferencia de 311 beneficiarios entre lo registrado en el SIMAT y lo reportado por el operador en el mes de septiembre de 2015, es decir, al parecer éste entregó alimentación a ese número de estudiantes que no aparecen listados en las bases de datos de la secretaría de educación.

También reveló en esta oportunidad inconsistencias de nombres y documentos de identidad de al menos 652 beneficiarios que no aparecen como matriculados en las bases de datos de la secretaría de educación con nombres y/o documentos de identidad registrados por el contratista en las planillas de cumplimiento.

Del mismo modo, en las planillas del SIMAT del mes en referencia, aplicadas por la secretaría de educación, aparecen 807 niños matriculados que no fueron atendidos por el consorcio operador ya que no figuran registrados en las planillas de suministro.

⁴ Folio 385 c. o. 2 de la Corte.

También durante el mes de noviembre se halló una diferencia de 212 beneficiarios de más entre lo reportado por el operador y lo registrado por la secretaria de educación. Igual se identificaron 408 estudiantes supuestamente alimentados cuyos nombres y/o documentos de identificación no corresponden a los registrados.

En conclusión, por las razones señaladas, en el proceso contractual cuestionado se incumplieron los principios de economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva.

Respecto del delito de peculado por apropiación, comenzó por señalar que como producto de la irregular contratación el acusado LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO se apropió en favor de terceros de recursos públicos.

En primer lugar, mediante análisis técnico financiero la fiscalía pudo determinar una diferencia en beneficio del contratista de \$3.172.808.072 (sic)⁵, que surge del ajuste de algunos de los valores determinados para el contrato a los costos reales: (i) del presupuesto con los precios correctos registrados en el boletín SIPSA 123 de 2014 empleado para determinar el valor de los alimentos⁶; (ii) del IPC de 2014⁷; (iii)

⁵ Al parecer existe un error en este ítem pues se sumó el valor de la póliza y no su diferencia. De ser así, el valor de lo presuntamente apropiado ascendería a \$3.189.329.822.

⁶ Según la Fiscalía los precios de los alimentos fijados en el Boletín SIPSA 123 fueron artificialmente elevados. Diferencia: \$1.565.140.142

⁷ En el contrato se fijó un IPC de 4.4% correspondiente al año 2014 cuando de acuerdo con la certificación del DANE el IPC de 2014 fue de 3.66%. Diferencia: \$105.226.014.

de las estampillas decretado en la Ordenanza 066⁸; (iv) de los manipuladores de alimentos⁹; y, (v) del AIU¹⁰ (administración, imprevistos y utilidades).

La tipicidad objetiva del delito de peculado fue materia de adición posteriormente por la fiscalía en su escrito de 22 de octubre de 2021, especialmente en lo relativo al monto de lo apropiado, al incrementar la cantidad de \$1.843.510 producto de una diferencia que corresponde al pago que hizo la gobernación al operador pero que determinó que se trató de situaciones irregulares que debieron ser aclaradas al tiempo de la liquidación, pero no se hizo, permitiendo que el consorcio se apropiara de ese dinero.

La diferencia entre los valores reales de los ítems descritos y lo presupuestado en el contrato ascendió entonces a la suma de \$3.174.651.582 (sic) que, de acuerdo con la acusación es el sobrecosto pagado que constituye la cuantía del peculado.

Ya en punto de la tipicidad subjetiva de las conductas punibles enrostradas, aseguró la fiscalía que MONSALVO GNECCO tenía conocimiento de sus funciones como gobernador del departamento de Cesar, por tanto sabía que era

⁸ El valor de porcentaje a reconocer por este concepto, según la Ordenanza 066, era de 4.5% y no del 5.5% como se hizo. Es decir, se reconoció un punto adicional. Diferencia: \$148.453.998.

⁹ En el caso de las manipuladoras de alimentos se presupuestó para su capacitación la suma de \$12.236.000 y solamente se gastaron \$900.000. Diferencia: \$11.336.000. En salarios de estas se presupuestaron \$3.580.227.300 y solamente se invirtieron \$2.261.814.507. Diferencia: \$1.318.412.793.

¹⁰ La póliza de cumplimiento se presupuestó en \$65.000.000 y finalmente su costo fue \$24.239.125. Diferencia: \$40.760.875

el responsable de ordenar y dirigir la celebración de la contratación, de ejercer el control, supervisión y vigilancia de la tramitación y celebración del contrato 2015-02-1178, y a partir de dicho conocimiento decidió voluntariamente a través de su delegado iniciar, suscribir y liquidar un contrato sin la observancia y cumplimiento de los requisitos esenciales, y, además, omitió ejercer el control, supervisión y vigilancia que legalmente le competía en las tres fases del proceso contractual delegadas.

De manera consciente y voluntaria adjudicó el contrato al Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 sin adelantar estudios previos y del sector completos, serios y reales concordantes con una verdadera planeación.

Y quiso su realización a sabiendas, pues gozaba de plenas facultades para comprender la ilicitud de su comportamiento y su antijuridicidad, atendida su condición de experimentado servidor público, hasta el punto de que al tiempo del contrato ya habían transcurrido tres años de su ejercicio gubernamental.

Además, no desplegó actos de control, seguimiento, supervisión y vigilancia omitiendo ejercer la función administrativa encomendada.

El acusado MONSALVO GNECCO realizó las conductas atribuidas con conocimiento y voluntad pues consciente de sus

funciones y deberes como gobernador decidió libre y voluntariamente celebrar el contrato abandonando sus obligaciones legales.

Aparte de lo dicho, el dolo lo infiere de la ausencia de actos de control, supervisión y vigilancia de las actividades que desempeñaban sus subalternos, particularmente de cada uno de los actos irregulares destacados a pesar de su obligación de propender por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Para la fiscalía MONSALVO GNECCO, tenía no solo conocimiento de sus funciones como gobernador, sino que era el responsable de ordenar y dirigir la celebración del contrato, además de realizar el control, supervisión y vigilancia de su tramitación y celebración, y a pesar de eso, decidió voluntariamente, a través de su delegado, *“iniciar, suscribir y liquidar”* el proceso contractual sin la observancia de los requisitos legales esenciales y obviando ejercer su obligación de controlar, supervisar y vigilar las tres fases de la contratación indicadas.

En suma, concretó la fiscalía la acusación en contra de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO en calidad de coautor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales en concurso, y en la misma condición de coautor del punible de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por razón de su cuantía, con las circunstancias de

mayor punibilidad previstas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal, para este último.

El numeral 1 por recaer el delito de peculado sobre dineros públicos destinados a educación y a satisfacer las necesidades de menores de edad; el numeral 9 por la posición distinguida de MONSALVO GNECCO, dada su condición de gobernador y por *“los recursos económicos que le permiten llevar un nivel de vida superior al promedio de los ciudadanos colombianos”*, circunstancia diferente a la de simplemente servidor público; y el numeral 10 por haber obrado en connivencia con algunos de sus subalternos y los contratistas.

4. TRÁMITE PROCESAL

En audiencia preliminar virtual llevada a cabo el 7 de julio de 2021 ante un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en función de control de garantías, la fiscalía atribuyó a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso con el punible de peculado por apropiación en favor de terceros, de conformidad con los artículos 410 y 397 del Código Penal, respectivamente, con circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 *ibidem*; cargos que no fueron aceptados por el procesado. La formulación de imputación se declaró ajustada a la legalidad.

Por estos hechos la fiscalía solicitó medida de aseguramiento de detención domiciliaria que sustentó en la necesidad de evitar la obstrucción de la justicia, por constituir un peligro para la sociedad, y por la probabilidad de que no comparezca al proceso ni cumpla la sentencia en caso de que llegue a imponerse.

Una vez recorridos los traslados de rigor en sesión de audiencia de 18 de agosto de 2021, el magistrado en función de control de garantías impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en su lugar de residencia, la cual fue objeto del recurso de reposición por parte del defensor.

En sesión de 24 de agosto de 2021, el magistrado dispuso no reponer la decisión recurrida.

El 1 de octubre de 2021, la fiscalía presentó ante la Sala escrito de acusación por los mismos delitos enrostrados en la audiencia de formulación de imputación, el cual fue adicionado mediante escrito de 22 de octubre 2021, respecto de ambos delitos¹¹.

El día 25 de octubre de 2021, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación quedando agotado su trámite en la misma fecha.

¹¹ Cuaderno 2 de la Sala a folio 385.

La audiencia preparatoria se adelantó en tres sesiones los días 29 de noviembre de 2021, 9 de marzo de 2022 y 4 de abril del mismo año, fecha esta última en la que se dio lectura al auto AEP032-2022 por el cual se resolvieron las postulaciones probatorias¹². No se interpusieron recursos.

El juicio oral se adelantó durante 14 sesiones, surtiéndose la última el pasado 16 de marzo del año pasado en la que partes e intervinientes presentaron sus alegatos finales.

4.1 Alegaciones de partes e intervinientes

En virtud de lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, se le otorgó el uso de la palabra a la fiscalía, al ministerio público, al representante de víctima, al defensor y al enjuiciado para que expusieran sus respectivos argumentos de conclusión, así:

4.1.1 La fiscalía

Adujo que demostró su teoría del caso y que con lo probado se cuenta con el conocimiento del delito y de la responsabilidad del acusado más allá de toda duda, como lo exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

¹² Cuaderno 4 de la Sala a folio 710.

Las acciones constitutivas de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación tuvieron lugar en Valledupar en el segundo semestre de 2015, cuando MONSALVO GNECCO se desempeñaba como gobernador del Cesar en virtud de la elección popular para el periodo 2012-2015.

En relación con el tipo objetivo señaló que la descripción típica de los delitos de la acusación exige un sujeto activo calificado, esto es, un servidor público en ejercicio de sus funciones y aunque esta condición no ha sido objeto de debate, las pruebas referidas satisfacen este presupuesto, quedando por agregar que su calidad de gobernador le permitió delegar la contratación en su secretario general en sus tres fases penalmente relevantes: en el trámite, celebración y liquidación del contrato en cuestión, suscrito con el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, cuyo objeto fue *“prestar el servicio de alimentación escolar a los niños, niñas y adolescentes escolarizados en la áreas rural y urbana del departamento del Cesar acorde a los lineamientos técnico administrativos y estándares del programa de alimentación escolar PAE”*, por valor de \$17.145.105.000 con un plazo de 59 días calendario.

En punto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, expresó que la primera irregularidad sustantiva está referida a la indebida estructuración de los estudios previos. La prueba documental permite colegir que la ocurrencia de la conducta tuvo lugar en la ciudad de

Valledupar en el segundo semestre de 2015, cuando “permitió” la indebida tramitación de la fase previa del contrato, lo que no solo afectó la estructura contractual, sino que además condujo a la vulneración de los principios de planeación, economía, responsabilidad y legalidad que rigen la contratación estatal, conforme a las irregularidades que se describirán en adelante.

La primera irregularidad sustancial está referida a que los estudios previos no satisfacen los requisitos de ley. A su vez esta irregularidad la concretó en nueve anomalías presentadas todas en esta fase de estudios previos, así:

Primera anomalía: no se determinó a través del estudio correspondiente la *necesidad* de prestar el servicio de alimentación a los niños matriculados en las instituciones educativas no certificadas del departamento del Cesar, como lo ordenan los artículos 25 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, puesto que el documento que se presentó como estudios previos, en ese aspecto se limitó a transcribir literatura mundial y hemisférica sin identificar la necesidad y las acciones a tomar por parte de la entidad territorial en concreto, como debió hacerse.

Adicionalmente, no se indicó sobre la conveniencia de celebrar un contrato para suplir esa necesidad de alimentar durante 59 días a los menores de edad del departamento, con la precisión que demanda la normatividad citada que gobierna estas acciones estatales, llegándose al absurdo de señalar que

para ese proceso contractual se aplicarían los lineamientos técnico-administrativos de 2014, según se puso énfasis durante la acreditación del documento relacionado con los estudios previos, este es, de la prueba 16, a través de la investigadora Margarita Castillejo.

Lineamientos técnicos que obviamente son distintos y que revelan la mendacidad de los testimonios de Octavio Lafont Chica y Carlos Lugo Palomino, cuando afirmaron que los estudios fueron elaborados en octubre de 2014, ya que además de contradecir la fecha de elaboración de los mismos –julio de 2015–, el hecho de haber citado los lineamientos de abril de 2015 adicionalmente reafirma la falacia de sus dichos sobre este particular.

Recordó que los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional (MEN) son de imperativo cumplimiento en la prestación de los programas de alimentación escolar (PAE) y complemento de las normas de contratación vigentes. Su ineludible observancia radica en que constituyen la hoja de ruta a través de la cual el Gobierno nacional busca darle uniformidad, eficacia y eficiencia a la prestación del servicio de tanta importancia como es el de proveerle un suplemento alimenticio a la población estudiantil vulnerable, bajo el entendido de que estos lineamientos son el desarrollo de lo ordenado en las Leyes 715 de 2001, 1098 de 2006 y 1176 de 2007, con lo que se persigue prestar un óptimo servicio público, así como la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, contrario a lo pretendido por la defensa cuando

a través del testimonio de Lafont Chica, profesional universitario de la secretaría de educación departamental, intentó hacer ver que los lineamientos técnico-administrativos son apenas criterios orientadores sin ninguna fuerza vinculante y que estos se pueden aplicar discrecionalmente por el servidor público, lo cual va en contra de la ley.

Segunda anomalía: es la relacionada con la cantidad de población beneficiaria y priorizada con el contrato, que en el caso no guarda correspondencia con el número de estudiantes matriculados en el SIMAT. Ni siquiera con el promedio de los matriculados en los tres meses anteriores a los estudios previos. Esto tiene respaldo en el hecho de que la información del SIMAT de 2015 refleja cómo los estudiantes inscritos en el mes de abril eran 142.284; en mayo 141.812 y en junio 140.155, lo que hace que la cantidad de 146.100 asumidos en los estudios previos, es decir, 5.000 estudiantes más por encima, sea una cifra muy superior al promedio, improvisada y sin justificación, que infló el cálculo de raciones a suministrar al punto de haber quedado más del 10% del contrato sin ejecutar, lo que adicionalmente pone de manifiesto la falta de planeación.

Este desfase que califica como previsible es producto de las graves deficiencias de planeación, lo que se confirma con las afirmaciones de Lafont Chica y del experto de la defensa, Lugo Palomino, en cuanto señalan que los estudios previos se hicieron en octubre de 2014, es decir, 9 meses antes de julio de 2015, fecha en la que fueron formalmente preparados.

Nótese que hubo un desfase de 10 meses donde todo había cambiado y que precisamente comportaba la necesidad de hacer unos estudios previos lo más cercanos posible al inicio del proceso contractual y aquí no había razón para no emplear la información de los tres meses anteriores, y sí a cambio la de 10 meses atrás, lo que muestra el desdén y la carencia de una adecuada planeación.

En síntesis, la información de 2014 tenida en cuenta en los estudios previos es distinta de la disponible en el segundo trimestre de 2015, tres meses anteriores a julio de 2015, que fue la que debió aplicarse para determinar la población estudiantil a beneficiar.

Para el ente acusador es indiscutible que los estudios previos fueron elaborados en julio de 2015 conforme quedó demostrado, conclusión que, además, apoyó en el hecho de que en ellos se citan como respaldo los lineamientos técnicos del Ministerio de Educación de abril de ese año, por lo que es inaceptable asumir que se elaboraron en el 2014.

Tercera anomalía: la refiere a una indebida planeación del PAE desde el punto de vista temporal, por eso se surtieron dos procesos contractuales idénticos en el mismo año. Al respecto, basta observar la minuta del contrato 2015-02-0041 que suscribió la gobernación con el Consorcio Alimentando un Cesar más Educado, comparado con el que aquí es objeto de estudio celebrados con las mismas personas jurídicas, según

se desprende de los documentos de creación de los dos consorcios en mención.

Esta irregularidad se soporta en el hecho de que los lineamientos técnico-administrativos del PAE señalaban que la prestación del servicio se efectuaría durante el calendario escolar definido por la entidad territorial certificada, o sea para el año lectivo como lo indicó Lafont Chica. Sin embargo, el plazo de ejecución del contrato que fue objeto de investigación solo fue de 59 días calendario, empero, la disponibilidad presupuestal no puede ser excusa para adelantar dos procesos, porque conforme con el principio de planeación el departamento tenía la obligación de asegurar las partidas presupuestales, así como constituir las reservas para garantizar el correcto desarrollo del contrato, pues los lineamientos técnicos sugerían el año lectivo como término para la prestación del servicio, es decir, un año escolar, no 59 días.

Cuarta anomalía: tiene qué ver con la estructuración del presupuesto oficial, cuestión distinta de la ejecución del contrato. El presupuesto es la “ley” del contrato, es lo que determina los precios a pagar a partir del valor de cada producto y si en este se hace mal el cálculo, se pagará a mayor valor de mercado los bienes. No puede perderse de vista que el *presupuesto* a la luz del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 y la guía para la elaboración de los estudios del sector de “Colombia compra eficiente” imponen que se estructure con la debida justificación, detalle y la suficiente descripción,

incluyendo la forma cómo fue calculado y con sus soportes, es por esto que constituye la columna vertebral del manejo económico y financiero del contrato.

El análisis de la fiscalía del anexo 2 de los estudios previos permitió advertir que se tomó como referencia el costo de la materia prima establecida en el boletín 123 del sistema de información de precios y abastecimiento del sector agrario del DANE (SIPSA), de octubre de 2014, al que adicionaron conceptos como pagos del índice de precios al consumidor (IPC), estampillas, manipuladores, gastos administrativos, imprevistos y utilidades, sin que exista una razón atendible para haber tomado como soporte dicho boletín con datos desactualizados cuando estos se emiten semanalmente. Para el mes de julio de 2015, cuando se elaboraron los estudios previos, existía ya el de la última semana de ese mes.

Adicionalmente, apoyado en el testimonio de Luis Alberto Rodríguez Casallas, sostuvo que, incluso si en gracia de discusión se tomara como válido el boletín SIPSA de octubre de 2014, igualmente se advierten fallas en identificación y costo de la materia prima de tal manera que no se pudo explicar de dónde tomaron los precios, por ejemplo, de la leche, de la arepa o del hígado, que implicó que un número importante de alimentos superara los precios promedio fijados en el boletín SIPSA 123 de 2014, aplicado por la gobernación para estructurar el presupuesto, según lo indicado en el capítulo 4, numeral 4.1 que trata del presupuesto oficial, numeral 2, aspecto que a su vez incidió en que la gobernación terminara

pagando la ración a un mayor valor por estos conceptos, haciendo evidente la falta de planeación.

Otro aspecto que quedó claro es el precio referencia de los alimentos que debió fijarse de acuerdo con la ubicación o abastecimiento de estos, para lo cual debieron contemplarse los del mercado nacional, según lo señalado en los estudios del sector que es ley del contrato, contrario al parecer de Lugo Palomino, quien, junto con Lafont Chica, dijo que solamente se debían tomar en cuenta los de los sitios próximos a Valledupar.

En el juicio, como lo constató Rodríguez Casallas, al intentar la defensa contradecir la forma cómo recalculó el presupuesto mediante la utilización de los datos señalados en el presupuesto oficial, boletín SIPSA 123, lo que hizo fue confirmar la falta de coincidencia entre el nombre de los alimentos, sus variedades y valores de la materia prima previstos en el anexo 2 de los estudios previos y los indicados en el boletín SIPSA de octubre de 2014 que sirvió de referencia.

También controversió la defensa el hecho de que el testigo Rodríguez Casallas hubiera promediado el costo de los alimentos previstos en el presupuesto, sin embargo, los testimonios de Lugo Palomino y Lafont Chica terminaron por reconocer la pertinencia de este método para asignar el valor de un producto que podía tener dos o más referencias.

Y ello es lógico en tanto que, acorde con el boletín SIPSA, son innumerables los factores que se utilizan para determinar el valor de un producto, como la ciudad de ubicación, variedad, abastecimiento, etc., de ahí que se enuncien en dicho documento rangos de precios mínimos y máximos y unos promedios que fueron precisamente los aplicados por el experto de la fiscalía para encontrar los precios de mercado de los insumos con los cuales se debió estructurar el presupuesto. Por el contrario, según se determinó en la audiencia por este testigo, a título de ejemplo, el valor del hígado se presupuestó en el anexo 2 a un precio de \$65.460 el kilo, cuando el valor del kilo de carne figuraba en esa época en el boletín SIPSA en \$14.000, que era lo más próximo al hígado, sin que sea admisible un supuesto error de digitación en los centavos como dijo Lafont Chica.

Pasando a otro aspecto del mismo tema del presupuesto contenido en los estudios previos, véase que en el anexo 2 de los estudios previos el valor del IPC aplicado fue del año 2014 de 4.4%, sin embargo, al consultar la página *web* del DANE, se constató que el porcentaje real era de 3.6% y no de 4.4%, como fraudulentamente se adujo en los estudios previos, de manera que no se explica la razón por la que se tomó esta cifra, sin que sea de recibo que esto se hizo solamente respecto del ítem de alimentos, pues el IPC aplicable es el general.

La siguiente “falacia” también referida a la elaboración del presupuesto, tiene que ver con la forma cómo se calculó el gravamen de las estampillas que acorde con la Ordenanza 066

de 2012 ascendía al 4.5%, sumadas las distintas estampillas, no obstante, en el anexo 2 se fijó en el 5.5%, es decir, se adicionó un punto sin ninguna explicación, lo que generó, al igual que el IPC, un sobrecosto que afectó el erario y el principio de planeación en la confección del presupuesto.

Sobre el IPC, llamó la atención de la forma “burda” cómo a través de Lugo Palomino y Lafont Chica se intentó confundir el gravamen de estampillas para asimilarlo indebidamente a impuestos con el fin de adecuar este valor adicional del 1% al impuesto de industria y comercio (ICA) por ser el que mejor podría encajar en la anomalía hallada. Una cosa es el tributo por estampillas y otra el ICA. Además, de acuerdo con los estudios del sector (A2.1.11) se puede establecer que el ICA se estima en el 7/1000 del valor del contrato y no en el 1%, es decir, en el 0.7% y no en el 1% como lo pretende la defensa, lo que deja sin soporte la certificación que según Lugo Palomino le expidió la gobernación acerca de que en el año 2015 a los contratos del departamento se les aplicó el 4.5% por estampillas y el 1%, promedio, por concepto de retención del ICA. Además, como se acreditó con los comprobantes de egresos de pago de octubre, 20527 y 20528 se determinó cómo el valor del impuesto del ICA osciló entre el 0.1, 0.7 y 1%, un promedio inferior al 1%. En todo caso, afirmó, no hay evidencia de que la gobernación hubiera pagado a los municipios el aludido impuesto por cuenta de este contrato por lo que da por probado el indebido cobro del 1% del ICA.

La quinta anomalía la fundó en que no se hizo un diagnóstico de la población a priorizar ni del tipo de complemento alimenticio a suministrar. En efecto, los lineamientos técnico-administrativos que solo fueron transcritos para mostrar “formalmente” el cumplimiento del requisito, pero que no se acataron en cuanto a su contenido y metodología. Estos, que son de obligatorio cumplimiento, exigían la presentación de un diagnóstico situacional del municipio que comprendiera las condiciones geográficas, zonas de mayor pobreza, población víctima de conflicto armado, los criterios para priorizar la población a atender y el tipo de complemento alimenticio a suministrar teniendo en cuenta requerimientos de energía y nutrientes. Empero, la gobernación limitó esos estudios a una tabla básica sin explicación que determina el número de establecimientos educativos a atender, población matriculada y otras tablas que tan solo mencionan el tipo de alimento, sin ningún análisis nutricional como lo exigen los lineamientos técnicos, lo que confirma la ilegalidad de los estudios previos.

La sexta anomalía hace referencia a uno de los requisitos fijados para seleccionar al contratista que, en sentir de la fiscalía, pretermitió el principio de selección objetiva por exigir una experiencia tan específica que solo el consorcio escogido de antemano podía cumplir. Al efecto advierte cómo en el numeral 7.8.1 de los estudios previos, que describe la experiencia general exigida al proponente, se pidió un “máximo” de cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años contados desde la fecha de cierre del proceso de selección que sumaran una cantidad igual o superior a dos

veces el presupuesto oficial expresado en salarios mínimos vigentes a la fecha de su inscripción, exigencia que solo podían cumplir la Fundación Kabala y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar que venían contratando la ejecución del PAE con los departamentos del Cesar y La Guajira con el simple cambio de nombre del consorcio, pero con las mismas personas como integrantes, conclusión que tiene respaldo en los documentos de la propuesta del Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 y especialmente los contratos 2014-02-052 de 13 de enero suscritos con el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 y el contenido en la prueba 71, celebrado con el Consorcio Alimentando un Cesar más Educado conformado por las dos entidades ya reseñadas.

La séptima anomalía, se relaciona con la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsible contemplada en el capítulo octavo, anexo 4, donde se afirma que el contratista asumiría por su cuenta los riesgos derivados de los efectos favorables y desfavorables de las variaciones de los precios de los alimentos y de las cantidades necesarias para ejecutar adecuadamente el contrato, los efectos derivados de las variaciones de la tasa de cambio y en general, favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes fiscales legales, económicos, técnicos necesarios para el cumplimiento del contrato, que en su momento justificó el 5% como imprevistos, según anexo 2 de los estudios previos.

No obstante, pone de relieve la práctica de tomar dinero de otros rubros para compensar ciertas variaciones, sin

explicar por qué desconociendo lo presupuestado, práctica que califica de irregular para el desarrollo del contrato. Agregó cómo en el presupuesto oficial se reconoció un porcentaje adicional del 4.4% correspondiente al IPC cuando este quedaba comprendido en el ítem de los imprevistos y, además, para la época de los estudios previos a mediados de 2015 ya la inflación prevista para el 2014 había sido tomada en cuenta al fijar el presupuesto como para que adicionalmente se estableciera el IPC de 2014 en un porcentaje que no correspondía a la realidad, porque aquél era del 3.66%, aspecto que conllevó a la apropiación indebida de recursos del Estado.

La octava anomalía atinente a los estudios previos, consiste en la omisión de la obligatoria consulta previa con las comunidades indígenas por concernir a ellos de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, que fue ratificado por la Ley 21 de 1991. Tampoco se estableció la cantidad de población indígena, afroamericana, romaní asentada en la región de lo que no se hace mención en los estudios previos.

Esta obligación pretendió ser asumida por el contratista cuando era una facultad del departamento conforme con los lineamientos técnico-administrativos, 9.4.3. A la gobernación le correspondía evaluar previamente si a las organizaciones étnicas les interesaba ser contratadas para prestar el servicio a su comunidad, y en caso positivo, ahí sí, el contratista debía generar los espacios de diálogo que garantizaran la atención diferencial. Lo único que hizo fue intercambiar con dos

representantes de la comunidad indígena unos oficios el 18 de agosto previo a la celebración del contrato, es decir, de antemano se sabía quién sería el contratista.

Dichos oficios dirigidos al gobernador del cabildo del resguardo Iroka no son una concertación sino un aviso de que se encargarán de la alimentación de los escolares indígenas.

De otra parte, por oficio de 21 de agosto de 2015, suscrito por Javier Clavijo Franco, gobernador del resguardo Yukpa, dirigido a Ivis del Carmen Rosado Robles, la invita a una reunión para concertar temas de la alimentación escolar que más que una concertación se trató de una socialización, ya que solamente se les avisó que iban a prestar el servicio, es decir, fue el consorcio contratista el que realizó las reuniones con las dos comunidades.

En ese orden el departamento omitió dar cumplimiento a los lineamientos técnico-administrativos del MEN relativos al enfoque diferencial, numeral 2.5, en cuanto a propender porque las comunidades étnicas tuvieran conocimiento del PAE y participaran en la selección del operador, esto no se hizo.

La novena y última anomalía referida a los estudios previos, la hizo consistir en que los estudios del sector son un simple formato de transliteración de literatura nacional e internacional asociada a la malnutrición escolar sin ninguna relación espaciotemporal con el proceso contractual del caso.

En consecuencia, no se realizó un verdadero estudio del sector conforme a las exigencias del caso de cara al cumplimiento de los lineamientos del MEN, y del artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, vigente para la fecha de los hechos.

Con estas nueve anomalías relacionadas con los estudios previos, primera irregularidad sustancial, considera la fiscalía se violaron los principios de la contratación de planeación, economía, selección objetiva, transparencia, responsabilidad y legalidad.

La segunda irregularidad sustancial está relacionada con el *proyecto de pliego de condiciones o prepliegos*. En el numeral 2.4.3 referido a la *capacidad instalada*, estableció que conforme con los lineamientos técnico-administrativos del MEN de julio de 2014, los proponentes debían contar con instalaciones locativas para el almacenamiento con requerimientos mínimos, entre ellos, que los inmuebles fueran de propiedad de los proponentes con área superior a 1.000 m², en caso de no ser propietario debía aportar una carta de intención de éste en la que se comprometía a arrendarlos.

Este requerimiento fue objetado por el aspirante a proponente, Daniel Castellón Rodríguez, según escrito fechado el 22 de julio de 2015, en el que indicó que esa exigencia era contraria al principio de transparencia, pluralidad de oferentes, igualdad y selección objetiva y que estaba dirigida a favorecer al actual operador del programa, que ya contaba con la bodega,

la dotación requerida para dejar de lado a otros oferentes hábiles para la eficiente prestación del servicio.

Frente a esta solicitud el secretario de educación en el formato de observaciones contestó que ese requerimiento correspondía a los lineamientos del MEN y que tenía como fin garantizar la eficiente prestación del servicio. Sin embargo, si se observa los lineamientos, num. 4.8.1.1, que habla de infraestructura se infiere que esa exigencia no era cierta, ya que acorde con su contenido el contar con una bodega era algo opcional de tal forma que el espacio de almacenamiento debidamente dotado debía entenderse para la ejecución del programa, no para la oferta. En consecuencia, la exigencia de capacidad instalada en las condiciones impuestas por la gobernación desbordó los lineamientos del MEN y atentó contra la participación plural de oferentes potenciales y favoreció al operador escogido en la medida en que esta exigencia procedía para la ejecución del programa en caso de que el proponente resultara favorecido.

Destacó cómo al consorcio favorecido, no obstante, este requerimiento, se le aceptó una carta de intención de arrendamiento de un inmueble para la iniciación de la prestación del servicio.

La tercera irregularidad sustancial está referida a los *pliegos de condiciones* y sus varias irregularidades:

Primera: del contenido del pliego de condiciones. La gobernación desconoció el numeral 3 art. 26 Ley 80 de 1993, al indicar en la parte introductoria pág. 5, que fue elaborado conforme a los lineamientos del MEN de abril de 2015, no obstante, al abordar el tema de la capacidad instalada numeral 2.4.3 se indicó la aplicación de los lineamientos de julio de 2014 y en la publicación del SECOP se refiere a los de 2015, lo que induce a error a los oferentes por falta de claridad en las pautas y eso está prohibido por la referida ley.

Segunda: en el presupuesto oficial, anexo 2 de los estudios previos se calculó la dotación, capacitación y salario para aproximadamente 1.800 manipuladores, no obstante, en el num. 2.4.7.1 del pliego de condiciones se exigió que el operador debería ofrecer 350 manipuladores, número que carece de sustento, pues no alcanza al 20% de lo indicado en el presupuesto, siendo la única explicación lógica la intención de favorecer al consorcio.

Adicionalmente en el numeral 2.5.1 del pliego de condiciones se requirió para acreditar la *experiencia general* en la prestación de servicios de alimentos a escolares, allegar *máximo* cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años, contados desde la fecha del cierre del proceso de selección, en cuantía igual o superior a dos veces el presupuesto oficial en salarios mínimos legales vigentes a la fecha de suscripción, lo que considera ilógico exigir un *número máximo* de certificaciones, cuando el cumplimiento de las exigencias se acredita con *mínimos*, requerimiento que limitó el

acceso a terceros interesados en participar en la licitación, porque este requisito únicamente podía ser satisfecho por las dos personas jurídicas que conformaban el consorcio “escogido de antemano”.

Aunado a lo anterior el num. 2.5.2 del pliego exigió como requisito habilitante una *experiencia específica* acreditada con dos de los cinco contratos cuyo valor fuera igual o superior una vez al presupuesto oficial con suministro igual o superior a 140.000 raciones diarias en un lapso superior a 59 días y con raciones entregadas iguales o superiores a \$12.000.000 (sic), correspondiente a ración preparada en sitio y que se hayan atendido mínimo 877 unidades de servicio o restaurantes escolares; requisitos tan específicos que únicamente podía cumplir el consorcio que de antemano había sido escogido por tratarse de los que de tiempo atrás venían prestando el servicio en los departamentos del Cesar y La Guajira, tal como se confirma con los documentos que acreditan la experiencia del contratista allegados con la propuesta, circunstancia que adicionalmente prueba el “direccionamiento” en su escogencia.

De otra parte, en el numeral 2.5.1 relativo a la *experiencia general* del proponente se exigió que hubiera sido obtenida en el sector público, exigencia que limitó a otras empresas con aptitud para prestar el servicio. Así, dice probar la habilidad con la que se elaboró el pliego de condiciones para seleccionar el contratista.

En conclusión, con estas exigencias se violaron los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad.

Cuarta irregularidad sustancial: referida a la tipificación, estimación y asignación de riesgos. De acuerdo al art. 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, esta audiencia tiene como fin precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones y analizar los riesgos y hacer la asignación definitiva de estos. Empero, atendiendo la constancia de 28 de julio de 2015, titulada *“acta de audiencia de aclaración del pliego de condiciones y de revisión de las asignaciones de riesgos dentro del proceso de licitación pública”*, se advierte que no garantizaron el cumplimiento de su verdadero objeto por lo que dieron por satisfecho el requisito sin que la audiencia se hubiera realizado, debido a que a la misma no se hicieron presentes los oferentes, ni siquiera el “escogido de antemano”.

De esta forma, en sentir de la fiscalía, se violaron los principios contractuales de moralidad, eficacia, economía, planeación y responsabilidad, al tiempo que se dejó expuesta a riesgos a la administración pública.

Quinta irregularidad sustancial: concerniente al “acta de cierre y entrega de propuestas”, audiencia en la que, según dijo, solamente puede intervenir el representante legal de la firma proponente, salvo poder otorgado. En este caso, a nombre del consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 se presentó

Eder Enrique Castro Páez, según el acta de cierre sin presentar el respectivo poder, actuación que resultó contraria al documento de conformación del consorcio en el que se indicó que la única persona delegada para intervenir ante la administración era María Angélica Araújo Noguera. Y tal como consta en el acta de recibo de propuesta de 6 de agosto de 2015, quien hizo la entrega de la propuesta fue Joaquín Gámez.

Sexta irregularidad sustancial: se relaciona con la evaluación de la propuesta, aspecto nodal de la contratación, la cual violó el artículo 2.2.1.1.2.3 del Decreto 1082 de 2015, toda vez que no se hizo con objetividad según se desprende del análisis de las evaluaciones técnicas y de los requisitos habilitantes jurídicos desarrollados por la gobernación como lo confirman las pruebas:

Primera: el anexo A del pliego de condiciones, formato carta de presentación de la propuesta, literal *k*, requería anunciar el número de folios y su numeración, requisito que se incumplió por el contratista escogido cuyo literal no fue diligenciado lo que influyó en que no se supo si el proponente presentó o no la documentación exigida.

Segunda: el numeral 2.2.12 del pliego de condiciones indicaba que la gobernación revisaría los antecedentes disciplinarios de las personas naturales y de las personas jurídicas y haría lo propio con sus representantes legales, sin embargo, en la propuesta del consorcio oferente (prueba 28

parte I folios 39 a 42) se observa que los certificados aportados corresponden a los de dos personas naturales en mención y la Fundación Pa' Todo el Mundo y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, sin que aportaran los antecedentes de la Fundación Kabala como integrante del consorcio del que no hacía parte la fundación referida, según certificado de existencia y representación, incumpliendo con este requisito impuesto por la gobernación con el propósito de favorecer al contratista previamente seleccionado.

Tercera: aunque en el cronograma de actividades definitivo indicado en el pliego de condiciones se señaló que la publicación de la evaluación se haría el 10 de agosto en el portal del SECOP, no se hizo en esa fecha, según se desprende de la imagen 4 de la prueba 65 y de los pantallazos correspondientes a los documentos publicados en el SECOP, violando los principios de economía y publicidad.

Cuarta y última: a pesar de haberse exigido tener una bodega con la debida dotación, como requisito de capacidad instalada, al momento de la evaluación, el comité designado aceptó que el consorcio contratista presentara una carta de intención de arrendamiento de bodega con la empresa Global Entrega SAS, cuando ya se había excluido a un potencial oferente.

El comité omitió verificar que el representante de dicha empresa, Juan David Dangond Rosado, sobrino de Ivis Rosado,

presentó como soporte unos certificados de tradición contenidos en la prueba 28, parte I folios 160 en adelante, de unos inmuebles que fueron comprados a Suministros & Suministros Sion en 2013 por \$2.200.000.000, cuando la empresa apenas contaba con un capital pagado de \$4.000.000 (folio 181), denotando irregularidad en el manejo de estos asuntos que en conjunto desdican del accionar de toda esta actuación.

Además, Dangond Rosado, en 2021 con posterioridad a estos hechos, fue contratado en el segundo periodo del procesado como administrador para desarrollar el PAE. De otro lado, según la prueba 139, el experto Rodríguez Casallas sostuvo que la firma Suministros & Suministros Sion, fue la más importante proveedora del contrato (54.27%) por \$6.858.042.000, empresa cuyo gerente suplente era otro familiar de los citados, Fabián Leonardo Dangond Rosado, lo que le permitió inferir que la gobernación favoreció el negocio familiar de Ivis del Carmen Rosado y permitió que se apropiaran de los recursos públicos.

Lo anterior, le permite predicar a la fiscalía la afectación de los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad en el proceso de evaluación de la propuesta en cabeza del comité y del secretario de educación, bajo coordinación y vigilancia, supuesta, del gobernador, quien faltó a su deber por no realizar actos de control, seguimiento, supervisión y vigilancia para garantizar el cumplimiento de los requisitos de la etapa precontractual.

Séptima irregularidad sustancial: relativa a la celebración del contrato. Este fue suscrito por el secretario general Jaime Luis Fuentes Pumarejo, por virtud de delegación conferida por el Decreto 987 de 13 de julio de 2010, modificado por el 571 de 10 de agosto de 2011, vigentes para la época de los hechos y avalada por el procesado en el Decreto 00125 de 4 de mayo de 2013, por el cual le delegó la competencia en asuntos de contratación a dicho funcionario. A pesar de las irregularidades el delegado suscribió el contrato cuestionado lo que le permitió afirmar que el gobernador no ejerció control, supervisión ni vigilancia, que es lo axial de esta irregularidad atribuida al acusado.

Precisó que la delegación no exime de responsabilidad al delegante por tratarse de una competencia del servidor público acorde con los artículos 10, 12, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, art. 35 del Decreto 2150 de 1995 y la sentencia C-693 de 2008.

Además de las irregularidades del proceso contractual pudo advertir la existencia adicional de las siguientes:

Primera: en la cláusula sexta del contrato 2015-02-1178 al señalar las obligaciones del contratista se dijo que estas eran acordes con los lineamientos técnico-administrativos del PAE versión transitoria de julio de 2014, cuando ya estaba vigente la de abril 2015, siendo ésta la publicada en el SECOP (prueba

65, imagen 5), lo que produjo una situación ambivalente prohibida por la ley de contratación estatal.

Esta prueba le permitió verificar cómo el contrato solo fue publicado hasta el día 14 de abril de 2016, aproximadamente seis meses después de su celebración y liquidación, lo que violó el principio de publicidad, pilar del principio de transparencia en el campo de la contratación estatal.

Segunda: la suscripción del contrato. En el pliego de condiciones se señaló que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, el contratista debía hacer entrega de las garantías exigidas, es decir, suscrito el 21 de agosto de 2015, el término límite para entregarlas era el 26 de agosto siguiente, pero ese compromiso no se cumplió. Aunque finalmente se presentaron las pólizas, esto se hizo por fuera del término, violando el principio de responsabilidad.

Octava irregularidad sustancial, en la liquidación del contrato, presentó las siguientes anomalías:

Primera: la liquidación del contrato se hizo mediante acta suscrita el 23 de diciembre de 2015 en cuyo numeral 7 de las consideraciones se indicó que hasta el 24 de noviembre se había ejecutado un 68.44% faltando un 31.56%. Sin embargo, en el “avance de la ejecución” se afirmó que el contratista presentó facturación que acreditaba una ejecución del contrato

del 89.75% quedando solo un 10.25%, sin que se hubiera explicado dicha incoherencia.

Segunda: el procesado sin soportes claros, permitió la liquidación bilateral de un contrato cuyo objeto no fue cumplido, porque el consorcio presentó facturas por valor de \$12.636.685.229, pero conforme a los comprobantes de egreso se pagaron \$13.492.089.354, es decir, más de lo facturado, aspecto atestiguado por Luis Alberto Rodríguez en su informe IC0006168750 de 26 de enero 2021, pág. 4. Esta diferencia se encuentra reflejada en los documentos denominados *causaciones* que corresponde a los allegados por el operador y que se introdujeron a juicio, así como los respectivos comprobantes de egreso.

Tercera: solo 10 proveedores del consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 acumularon el 89.37% de la facturación total, siendo la mayor proveedora la firma Suministros & Suministros Sion con un 54.27% por más de \$6.858.000.000, según facturas a folios 466 y 467 de las causaciones, empresa de la cual hacía parte Fabián Leonardo Dangond Rosado, sobrino de Ivis del Carmen Rosado, representante legal de la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, uno de los integrantes del consorcio operador, que comporta una irregularidad referida a liquidación del contrato, lo que debió ser tomado en cuenta por el departamento.

Cuarta: se liquidó el contrato sin verificar previamente el adecuado cumplimiento de las obligaciones pactadas. Así lo deduce de los testimonios de los docentes que declararon en el juicio: Melvis Oviedo Gelvis, Jaime Troncoso Suárez, Luis Eduardo Cotes Mogollón, rectores de algunos de los centros educativos donde se prestó el servicio del PAE, segundo semestre 2015, quienes informaron acerca de irregularidades en la prestación del servicio en cuanto que el complemento alimenticio no llegaba para todos los estudiantes por lo que en algunas oportunidades hubo la necesidad de reducir las porciones, hecho corroborado por Lugo Palomino, testigo de la defensa, quien dijo que se dejaron de entregar alimentos en un porcentaje del 10% solamente, “lo que corrobora en todo caso la falta de planeación”.

Además, estos testigos pusieron de manifiesto la entrega de alimentos en mal estado o demasiado madurados, falta de vehículos adecuados para el transporte, quejas de los padres por las porciones, falta de dotación de los manipuladores, deficiencia de espacio para preparación y distribución de alimentos, lo que le permitió asumir que el contrato no se ejecutó a satisfacción.

Nada se dijo al momento de la liquidación. Los testimonios de Álvaro Collantes y Bibiana Picón, testigos de la defensa, aunque pretendieron minimizar el hecho, admitieron que en algunos casos los alimentos llegaban en regular estado de conservación, debido a que no tenían los vehículos adecuadamente equipados. En algunos casos los alimentos no

alcanzaban para todos los estudiantes, por lo que era necesario reducir la ración.

Quinta: la fiscalía probó lo expresado en la adición al escrito de acusación, esto es, la anomalía en la liquidación referida a las inconsistencias halladas en las muestras del 10% de las planillas reportadas por el operador correspondientes a los meses de septiembre y noviembre de 2015 en desarrollo del contrato. Esto respecto de la base de datos del SIMAT y acorde a lo testificado por la investigadora experta, donde se encontraron inconsistencias en el mes de septiembre de 2015 se revisaron 13.090 registros advirtiendo que 651 estudiantes reportados por el operador no estaban en el SIMAT, 807 registrados en el SIMAT no fueron beneficiados con el programa y 361 es “la diferencia numérica en cuanto a beneficiarios reportados por el operador que no se encontraban matriculados”. Lo mismo en el mes de noviembre de 2015 se analizaron 12.638 registros observando que 411 beneficiarios reportados por el operador no estaban registrados en el SIMAT y 211 fue la diferencia numérica de los beneficiarios reportados por el operador que no se encontraban matriculados. Estas circunstancias fueron omitidas al momento de la liquidación por parte del procesado.

El marco normativo del contrato cuestionado se halla en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1176 de 2007, 1450 de 2011, 1474 de 2011, 1712 de 2014 y los Decretos 666 y 2474 de 2008, 3512 de 2013 y 19 de 2012, que han sido desconocidos.

Finalmente, en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se han conculcado los principios de economía, planeación (art. 25, 26 y 30 L. 80 de 1993), responsabilidad (art. 26 L. 80 de 1993), transparencia contenida en el de selección objetiva (art. 23, 24 y 29 de la misma, publicidad, eficiencia y celeridad.

A continuación, abordó el análisis del delito de peculado por apropiación a partir de la jurisprudencia de la Sala de Casación, rad. 50804 de 26 de mayo de 2021.

Empezó por señalar que conforme lo relata el testigo de la fiscalía, Luis Alberto Rodríguez, quien realizó el análisis técnico y financiero del contrato, cuyo monto fue fijado en \$17.145.105.000, se pudo establecer una diferencia de \$1.565.140.142, pagada por la gobernación de MONSALVO GNECCO a favor del contratista, la cual surge de restar del valor del monto del contrato de la correcta fijación del presupuesto realizada por el experto, es decir, \$15.579.964.858, lo que arrojó la diferencia indicada.

Dicho análisis le permitió advertir que el precio de la mayoría de alimentos fue sobrevalorado, superando los precios indicados en el boletín SIPSA, que fue el tomado como referencia por la gobernación, y también observó que para los casos en que los alimentos no estaban disponibles en las plazas de Valledupar, los valores asumidos fueron superiores al

promedio. Asimismo, se registró un porcentaje adicional del IPC, que se fijó en 4.4% cuando el del DANE era de 3.66% y, también, se reconoció un 1% más por concepto de estampillas que fue calculado en 5.5% cuando su valor real era de apenas 4.5%, lo que ocasionó una indebida apropiación de recursos públicos.

El experto indicó que al examinar los precios de los alimentos presupuestados frente a los del boletín SIPSA 123 de 2014, advirtió la diferencia detallada en las tablas de las páginas 3 y 4 del consolidado de datos que incorporó (prueba 89) originada por el mayor valor aplicado a los productos como la leche en polvo, espinaca, guineo verde, carne roja, etc., y el más prominente, el hígado, que se presupuestó en \$65.460 el kilo, maniobra que incidió en el mayor valor de la ración en el presupuesto oficial del contrato que fue el precio pagado al contratista por ración.

Igualmente, cuando el alimento obedecía al precio del boletín no se hizo anotación alguna, pero en aquellos casos en que no se identificó debidamente el alimento o no se encontraba disponible en Valledupar, se recalculó su valor aplicando el promedio nacional, sin emplear otra fórmula por cuanto esto carecía de objetividad siguiendo siempre lo señalado en los estudios previos, en los estudios del sector, en el presupuesto y en los lineamientos técnico-administrativos que es lo que debe hacerse en estos casos.

Así, ponderado el valor real de la materia prima y aplicados los porcentajes correctos del IPC y de estampillas se determinó que el costo efectivo del contrato era de \$15.579.964.858, en consecuencia, según este análisis la gobernación pagó al operador por encima del costo real la suma de \$1.565.140.142.

En el mismo estudio se estableció que la gobernación aplicó un porcentaje del IPC del 4.4%, cuando los datos del DANE para el 2014 indicaban uno menor. Esa diferencia porcentual ocasionó que la gobernación pagara de más \$105.226.014, conforme al cálculo del valor de la ración con un porcentaje del 3.66% del IPC señalado por el DANE para el 2014 y no del 4.4%. Así, el testigo concluyó de acuerdo con el consolidado de datos que el valor de \$625.668.190 aplicado para el rubro correspondiente al IPC con un porcentaje de 4.4% y no de 3.66% que fue el general fijado por el DANE para 2014, que correspondía a \$520.442.177, genera por exceso una diferencia de \$105.226.014 a favor del contratista. Lo anterior porque en su opinión el porcentaje del IPC aplicable era el general del 3.66% fijado por el DANE para 2014 y no el de alimentos como lo sostuvo equivocadamente el declarante Lafont Chica.

Otro aspecto indebidamente presupuestado es el porcentaje por concepto de estampillas departamentales, previsto en la Ordenanza 066 de 2012, pues de acuerdo con esta correspondía al 4.5% y no al 5.5% como se hizo, permitiendo que con esta diferencia el contratista se apropiara

de \$148.153.998, sin que al efecto sea admisible la explicación de la defensa en cuanto a que la diferencia del 1% correspondía al impuesto de industria y comercio, pues este era del 0.7% y no del 1%.

Sobre esto, el testimonio del perito de la defensa, Carlos Alberto Lugo Palomino (5.2.1.17), quien prohió la tesis de que la diferencia del 1% cobrado de más por el ítem de estampillas, fue desvirtuado en el juicio, donde pudo establecerse que ese 1% no tiene correspondencia con la retención por el ICA, porque, primero: el impuesto de retención de ICA es diferente al de estampillas y el porcentaje de éstas era del 4.5% de acuerdo con la Ordenanza 066 de 2012. Segundo: el porcentaje del ICA, según estudios del sector era del 0.7% no del 1%. Y tercero: el porcentaje señalado por el testigo experto de la defensa que finalmente se aplicó al contrato fue del 0.5 al 1%, lo que permite inferir que la cifra del 1% carece de fundamento legal.

Respecto de la capacitación y salarios de los manipuladores y la póliza de seguros, el experto de la fiscalía informó que con el presupuesto oficial del anexo 2 de los estudios previos, se estimó para capacitación un total de \$12.236.000, no obstante, conforme con las facturas del operador en los archivos denominados “causación gastos de administración y ventas” archivo 5, se encontró que el contratista solo destinó \$900.000, según se desprende del documento de la causación 395 y el documento titulado “documento obligatorio cumplimiento para las operaciones con

personas naturales” (fol. 184 y 185 del *PDF* de la prueba mencionada). En consecuencia, la gobernación le pagó al contratista la suma de \$11.336.000 de más por este concepto (prueba 93, pág. 3). Detalló también el experto que en salarios de manipuladores según el presupuesto (prueba 16 anexo 2), se debieron destinar \$3.580.227.300, pero en realidad por este concepto solo se invirtieron \$2.261.814.507, lo que, de acuerdo con el libro estado auxiliar por terceros en sus páginas 22 a 57 y 60 a 94, arroja una diferencia de \$1.318.412.793 pagada por exceso al contratista por este concepto según consolidado de datos del testigo.

Para la fiscalía no es de recibo lo dicho por Lugo Palomino en cuanto a que los rubros del presupuesto podían variar de acuerdo con las necesidades del contrato, lo que, según dijo, explica el hecho de que “lo cuantificado para cubrir el salario de las personas dedicadas a este servicio haya sido menor al presupuestado”, en contraposición a los lineamientos del MEN prueba 41, en cuya página 51 se determina el mínimo de manipuladores de acuerdo con el número de beneficiarios del programa, parámetro bajo el cual se determinó que debían ser contratados, 1.748 manipuladores, pero que finalmente en la ejecución del contrato, contrario a lo presupuestado se desconoció, ya que solo se contrataron 1.105, lo que dio lugar a la apropiación de la cantidad antes indicada.

De otro lado, en el acápite de administración del presupuesto oficial anexo 2 de los estudios previos se dijo que las pólizas de cumplimiento costarían \$65.000.000, sin

embargo, de acuerdo con el libro estado auxiliar por terceros costaron solamente \$24.239.125 resultando una diferencia de \$40.760.875, cifra que se pagó de más al contratista según fue descrito en el consolidado de datos. Este mayor valor fue justificado por el perito de la defensa con el argumento de que fue utilizado para la compra de insumos.

También halló una diferencia por alumnos matriculados en el SIMAT. El investigador de la fiscalía informó que del análisis efectuado al 10% de los registros de estudiantes matriculados en el SIMAT frente a los beneficiarios reportados por el operador procedió a identificar el tipo de ración entregada, posteriormente multiplicó por el valor presupuestado por la gobernación para los meses de septiembre y noviembre de 2015, encontrando las diferencias que plasmó en el informe (prueba 94). Para septiembre de 2015, en el que se identificaron tres inconsistencias solo fue posible cuantificar la de 311 estudiantes que corresponde a la diferencia entre los reportes del operador frente a los registros del SIMAT de los cuales 176 eran de la mañana y 130 de la tarde que al restar las raciones que no fue posible establecer en cada jornada, cinco en total, permitió cuantificar que la diferencia ascendió a \$612.000. Para el mes de noviembre se encontraron dos inconsistencias de 212 alumnos que resultaron de la comparación de los reportes del operador con los registros del SIMAT y 410 estudiantes reportados por el operador que no estaban en el SIMAT, inconsistencias que al ser cuantificadas de acuerdo con el valor del complemento alimenticio permitió concluir que por este concepto la

gobernación pagó en exceso \$430.120 y \$800.730 respectivamente.

Finalmente, concluyó el perito que el total de lo pagado por la gobernación al contratista por estas inconsistencias ascendió a \$1.843.510.

Frente a esto, para la fiscalía no es de recibo que la comparación deba hacerse con los registros del SIMAT del mes anterior al del servicio prestado por el operador como lo señalaron Araújo Gutiérrez y Lafont Chica, sino del respectivo mes. Respecto de Lugo Palomino, señaló que las inconsistencias presentadas en su dictamen base de opinión pericial y en su testimonio permiten concluir que lo dicho por él no es digno de credibilidad y destacó que su análisis recayó sobre lo ejecutado y no sobre lo presupuestado como debió hacerse. Y convenientemente confundió el ICA con el impuesto por estampillas.

Concluyó así, que en desarrollo del contrato se desconocieron los estudios previos, el presupuesto del contrato, los estudios del sector, los lineamientos técnico-administrativos del MEN, ya que no le era permitido al contratista disponer a su arbitrio de los dineros que le estaba pagando la gobernación, menos, cuando el valor del contrato se determinó a precios unitarios por cada ración a suministrar.

Remató asegurando que ha podido probar la apropiación de dineros públicos en cuantía de \$2.937.493.320 por concepto de la indebida estructuración del presupuesto, capacitación y salario de manipuladores y por la póliza de cumplimiento, aclarando sobre el monto del peculado, que en el escrito de acusación al realizar la sumatoria de los valores que lo componen se incurrió en una equivocación al asumir las diferencias por concepto del IPC y estampillas como elementos independientes cuando estas hacían parte de la diferencia que estaba incluida en la fijación del presupuesto oficial tal como se explicó al abordar cada uno de estos aspectos por parte del perito de la fiscalía.

Además, la diferencia advertida por la póliza de cumplimiento no era de \$24.239.125, ya que esta cifra corresponde al valor de esa garantía, sino que la suma pagada de más ascendió a \$40.760.875, situación que quedó debidamente deslindada con el contenido de la acusación, por tanto, este último dato: \$2.937.493.320, es el valor del peculado a cambio de la suma plasmada en el escrito de acusación.

En relación con la tipicidad subjetiva, aseguró que el acusado tenía conocimiento de sus funciones de gobernador, por tanto, sabía que era el responsable de ordenar y dirigir la celebración de la contratación y de su deber de ceñirse a los principios legales y marco normativo determinado por el manual de contratación que regía en la gobernación (pruebas 7 y 8). También sabía que le correspondía realizar el control,

supervisión y vigilancia de la tramitación y celebración del contrato. Empero, atendiendo la magnitud de las irregularidades en que se incurrió en las diferentes etapas del proceso contractual las cuales quedaron debidamente probadas, el procesado de manera voluntaria a través de los empleados a su cargo, decidió iniciar, suscribir y liquidar el contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

De esta forma mostró desprecio por el cumplimiento de los requisitos esenciales del contrato y dejó de cumplir con su obligación de ejercer el control, supervisión y vigilancia que legalmente le competía.

Recuerda que no existe evidencia de que el gobernador hubiera recibido informes del delegado respecto de este contrato como lo demuestra con la prueba 69. Y, en cambio, los aportados por la defensa solo contienen los datos básicos de la contratación y de muchos contratos sin ningún detalle del contrato cuestionado, lo que no se compadece bajo ningún punto de vista con un informe que permitiera ejercer sus deberes de control y vigilancia.

Teniendo la disponibilidad jurídica de los recursos, el acusado de manera consciente y voluntaria decidió adjudicar el contrato aludido, sin que, como se comprobó, mediaran unos estudios previos y del sector completos, reales, concordantes con una verdadera planeación, pues no contenía estudios de

mercado serios o adecuados, consintiendo de esta manera en la generación de sobrecostos lesivos del erario departamental.

Además de las irregularidades sustanciales detectadas en el proyecto de pliego de condiciones y en el pliego de condiciones, no existió un análisis verdadero de la evaluación de la propuesta del contratista, pues ésta fue contraria a la realidad frente al único oferente que ya había sido de antemano escogido.

La condición de economista y especialista en evaluación social de proyectos del acusado le permitían comprender la ilicitud de su comportamiento y de su actuar antijurídico dada su experiencia como servidor público por haber sido representante a la Cámara, por tanto, le era exigible haber obrado de otro modo, pero procedió en forma irregular, tramitando, celebrando y liquidando el contrato. Su experiencia en el manejo de la cosa pública era indiscutible para ese momento.

Por lo demás, no advierte en su actuación el ejercicio de los deberes de control, supervisión y vigilancia, y en ese sentido “cohonestó” con su comportamiento la realización de estos delitos directamente de los cuales es responsable, decidiendo voluntaria y conscientemente desconocer sus deberes y funciones, al apartarse de sus obligaciones, es decir, actuó con dolo.

Acerca de las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58, señaló que la primera es evidente debido a que los dineros apropiados corresponden a los dados por la nación para cubrir las necesidades de educación, alimentación de los menores de edad, sujetos de especial protección constitucional y así se determinó con las pruebas 82 y 83 como también con el objeto contractual.

Lo relacionado con la posición distinguida del acusado por su cargo de gobernador y por su posición económica esto fue probado con las pruebas 1 a 4.

Sobre la coparticipación, acorde a lo demostrado con la prueba allegada el acusado obró en compañía de sus subalternos y contratistas, es decir, actuó en coparticipación con ellos.

En relación con la forma de participación, señaló que, siguiendo el radicado 58182 de 24 de marzo de 2021 de la Sala de Casación Penal, aquellos buscaron un resultado común realizando cada cual una contribución objetiva dirigida a la consecución del fin perseguido, de forma tal que cada interviniente tuvo dominio del hecho con división del trabajo en virtud de acuerdo previo o concurrente, expreso o tácito, según cada caso.

El comportamiento del procesado y las pruebas incorporadas le permitieron concluir que actuó en coautoría

con sus subalternos y contratistas, según se desprende del modo cómo se desarrolló todo el actuar contractual, frente a lo cual el gobernador no ejerció sus deberes de control, supervisión y vigilancia en aras de velar porque las diferentes fases del proceso de contratación se desplegaran de acuerdo con la ley. De ahí puede afirmarse que su aporte fue significativo.

Sobre la antijuridicidad, el procesado lesionó el bien jurídico de la administración pública al utilizar indebidamente las facultades propias de su cargo, desconociendo los deberes de obrar con imparcialidad, pulcritud, transparencia y moralidad en su función.

Finalmente, sobre la culpabilidad señaló que es posible realizar un juicio de reproche, ya que el procesado estaba en capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, pues no padece enfermedad que lo limite en este aspecto.

Remató concluyendo que en el proceso obra la prueba que permite tener la certeza de las conductas ilícitas y de la responsabilidad del acusado más allá de toda duda, en la comisión a título de coautor de los delitos por los que fue acusado cometidos en las circunstancias de mayor punibilidad anotadas, por los cuales solicita se declare penalmente responsable a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO.

4.1.2 Contraloría General de la República

Comenzó por señalar que la teoría del caso esbozada por la fiscalía ha quedado comprobada. El enjuiciado incurrió en las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, con las circunstancias de agravación que se le enrostraron en la acusación.

En relación con el punible citado inicialmente asegura que en este caso se satisfacen los presupuestos de su tipicidad en los términos de la jurisprudencia, en relación con el sujeto calificado y la inobservancia de los requisitos legales esenciales de la contratación en su trámite, celebración y liquidación.

Estos elementos fueron claramente determinados y probados en el juicio, y la defensa no logró desvirtuarlos. En punto de los más importantes, señaló que es absolutamente claro que desde los estudios previos se afectó la contratación adelantada en los principios de planeación, selección objetiva, economía y transparencia. Estas irregularidades posteriormente fueron trasladadas a los pliegos de condiciones y a la celebración generando una infracción a los bienes jurídicos.

Uno de los aspectos probados y no desvirtuados es el referido a la fijación de los precios de los alimentos. Sobre este aspecto descalificó el testimonio de Lafont Chica por tener interés en justificar las irregularidades advertidas en el proceso

contractual. En particular, sobre lo relacionado con los lineamientos técnico-administrativos del MEN, de los cuales adujo que no eran obligatorios, simplemente con la intención de justificar los distintos criterios aplicados por la administración en la fijación de los precios de los alimentos. Posteriormente, inclusive, en otras respuestas, sí los consideró obligatorios. Es decir, selectivamente a conveniencia asumieron cuándo dichos lineamientos eran aplicables y cuándo no.

El hecho de que el gobernador hubiera delegado la etapa precontractual “no lo exime del debido cuidado” necesario para evitar poner en riesgo el patrimonio público. De igual manera, ha quedado claro que el tema de las estampillas también estructura el tipo penal del artículo 410 del Código Penal, por violación del principio de planeación, tanto es así que la Contraloría General de la República profirió fallo con responsabilidad fiscal que finalmente terminó en una cesación de procedimiento, pero por pago del detrimento patrimonial.

En cuanto a los estudios del sector como elementos esenciales de la contratación se probó que fueron difusos, porque se referían a regiones distintas y eso indiscutiblemente terminó por afectar la ejecución contractual.

La otra irregularidad sustancial es la referida a los pliegos, que como se probó estuvieron hechos a la medida de los contratistas, como los llamados “pliegos sastre”, aspecto que se

reveló en el requisito de la bodega en el que primero se hicieron unas exigencias que posteriormente se modificaron con el ánimo de favorecer al contratista, afectando así los principios de selección objetiva, imparcialidad y transparencia. “No se ve” la actuación del ordenador del gasto para controlar y evitar estas situaciones.

Respecto de las irregularidades en la evaluación de la propuesta, adujo que de acuerdo a la experiencia y la lógica si había tantas personas del círculo del gobernador interesadas en el contrato, debió haber ejercido una mayor diligencia para que estas situaciones no sucedieran, salvo que con su omisión estuviera “cohonestando” que se afectara el ordenamiento penal como pasó en este caso. La delegación no lo exime de responsabilidad y de ese deber de garante.

Asimismo, también se estructura el delito de peculado porque se comprobó que hubo sobrevaloración de precios en los alimentos y por concepto de estampillas.

En suma, la contraloría estima que hay certeza para que se dicte sentencia de condena.

4.1.3 Ministerio público

Inicia haciendo referencia a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación. Sobre los estudios previos elaborados por el secretario de educación en julio de 2015, adujo que no se incorporó en ellos la necesidad de suplir la alimentación de los estudiantes durante 59 días, pues no existió coordinación entre el presupuesto del departamento y los lineamientos del MEN.

Además, no hubo claridad acerca de si los oferentes debían tener o no una bodega de almacenamiento. No se aplicó la norma técnica NTC-4595, ni el Decreto 3075 de 1997 que reglamentó la Ley 9 de 1979, en la versión de 2015, vulnerándose los principios de transparencia, economía y planeación, así como el de responsabilidad que exige a los servidores del Estado elaborar documentos completos que no se presten a confusiones o ambigüedades.

En cuanto a la población a beneficiar, se contrató la alimentación escolar de 146.100 niños-ración cifra que desconoce los reportes del SIMAT de los trimestres anteriores pues en el último trimestre a tener en cuenta, es decir, abril de 2015, según los estudios previos la cifra es de 142.284 estudiantes y en los meses de mayo y junio comenzó a decrecer hasta llegar a 140.155, inflación de las cifras en las que puso énfasis la fiscalía que no tiene explicación alguna y corresponde a una inadecuada y falaz planeación del presupuesto oficial del contrato vulnerando este principio.

Sobre el plazo de ejecución de 59 días calendario, dijo que en el 2015 hubo dos contratos con los mismos contratistas, afirmando que los lineamientos técnico-administrativos del PAE obligaban a prestar el servicio durante todo el calendario escolar constituyéndose un fraccionamiento ilegal y vulnerando los principios de planeación y economía, posibilitando la apropiación de recursos.

Otra irregularidad en el presupuesto por tomarse para su elaboración el costo de la materia prima establecida en el boletín del sistema de información de precios y abastecimiento del sector agrario del DANE, y a partir de estos valores adicionar conceptos como el IPC, estampillas, manipuladores y el AIU, asumiendo como irregularidad que se efectuó una indebida separación de los costos establecidos por el MEN, fijando en promedio un costo de \$971 por ración de la mañana y \$1.320 valor del almuerzo que no explicó, todo esto además de las inconsistencias en los valores de los insumos, con lo que se vulneraron los principios de planeación y economía.

Además de lo anterior, adujo, no se realizaron diagnósticos de priorización de la población ni del tipo alimenticio que se debía suministrar, máxime cuando existía una directriz clara sobre ese deber, vulnerando los principios de responsabilidad, planeación y legalidad.

Una nueva irregularidad es la referida a la selección del contratista al incorporarse requisitos tan específicos que

únicamente podían cumplir la Fundación Kabala y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar.

También se incumplió la ley en razón a que el capítulo de la tipificación, estimación y asignación de riesgos indicaba que el contratista asumiría todos los riesgos por cuenta propia, entre ellos, las fluctuaciones de los precios del mercado de los alimentos, las variaciones de las tasas de cambio y en general de los componentes económicos, fiscales, legales y técnicos, necesarios para el desarrollo del contrato por lo que se incluyó un 5% como imprevistos pero aunado a esto se reconoció un 4.4% por IPC, lo que vulneró los principios de economía, responsabilidad y planeación, y a la postre permitió la apropiación de dinero público.

Tampoco se realizó consulta previa a las comunidades indígenas siendo imperativo hacerlo como quiera que la contratación los afectaba.

En los estudios del sector se hizo una transcripción fiel de los del mercado de 2012 cuando la realidad de 2015 era distinta, haciendo alusión a otros departamentos para su análisis de precios de los insumos lo que para la fiscalía es artificioso, conculcándose así los principios de publicidad y planeación.

Las anteriores irregularidades en los estudios previos impactan en la construcción de dicho documento, en el cual se

muestra un direccionamiento en la selección del contratista, que a la postre era quien venía operando el PAE, vulnerándose los principios de selección objetiva, transparencia y planeación, en el entendido que se crearon condiciones específicas muy particulares para que al contratista le fuera adjudicado el contrato como en efecto ocurrió.

En el pliego de condiciones, afirmó, aparte de las anteriores irregularidades se cometieron las siguientes:

Primera: las condiciones resultaban ambivalentes y confusas, por ejemplo, se desconocía si se debían seguir las pautas de 2014 o las de 2015, lo que indudablemente vulneró el principio de responsabilidad.

Segunda: no existe coherencia entre las condiciones a cumplir por parte de los oferentes. En unos casos se muestran estrictos como en la exigencia de la bodega y en otros laxos cuando conviene para los efectos del direccionamiento, como es la exigencia de 1.800 manipuladores de alimentos, pero en el pliego se limitaron a 350 sin ninguna explicación.

Tercera: la experiencia exigida en tanto se requirió su acreditación con máximo cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años contados desde el cierre del presente proceso de selección los cuales debían sumar una cuantía igual o superior al doble del presupuesto oficial expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la

fecha de suscripción, lo que corresponde a un claro direccionamiento en el entendido de que aparte de los contratistas no existía otro oferente que cumpliera dicho requisito.

Cuarta: el requisito que exige acreditar experiencia en la prestación del servicio de alimentación escolar en el sector público. Otro direccionamiento como quiera que se limitó a otras empresas con experiencia en el servicio de alimentación en otras áreas, lo que vulnera el principio de selección objetiva porque se impidió valorar la propuesta más favorable.

Cuarto apartado (sic): en la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos del 28 de julio de 2015, llevada a cabo por Jaime Luis Fuentes Pumarejo, secretario general de la gobernación, con “afán, capricho y desdén”, no se revisaron los riesgos previsibles y si estos eran consecuentes con el proceso contractual, puesto que se convino en que el contratista asumiría la variación de las condiciones económicas y financieras de los precios de los alimentos objeto de la contratación. Pero ilegalmente a cambio, en favor del escogido se fijó al presupuesto un porcentaje del IPC más imprevistos, siendo esto un favorecimiento al contratista y un detrimento para el erario.

Quinta: en el acta de cierre y entrega de propuestas dentro del proceso de licitación del contrato consta que intervino Eder Enrique Castro Páez en representación del Consorcio

Alimentación Escolar a Salvo 2015, sin ser representante legal o apoderado de éste.

Sexta irregularidad: relacionada con la evaluación de la propuesta por haberse asignado un porcentaje que no estaba acorde con la realidad, por cuanto presentaba una serie de inconsistencias respecto de las cuales debía tener especial cuidado y atención, como era la evaluación técnica, el certificado de antecedentes disciplinarios, el cronograma de actividades y la exigencia de una bodega de almacenamiento, lo que se erige en omisión de los deberes de control, supervisión y vigilancia.

Séptimo: hace referencia a la suscripción irregular del contrato 2015-02-1178 de 21 de agosto por parte del secretario general delegado para el efecto, debido a las anomalías señaladas y al hecho de que durante los tres días siguientes no se presentó la póliza correspondiente lo que vulneró el cronograma contractual.

Octavo: liquidación del contrato. No se verificó el cumplimiento de los requerimientos del pliego de condiciones y de los documentos precontractuales. El 89% de los insumos fueron provistos por la firma “revendedora” Suministros & Suministros Sion, empresa de un sobrino de la representante de la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, firma integrante del consorcio contratista. Se presentaron

valores dispares a la interventoría y a la gobernación generando detrimento patrimonial del erario.

Estos hechos jurídicamente relevantes, plenamente demostrados por la fiscalía, añadió, tienen que ver con la violación de los principios de economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva, por lo que coadyuva las peticiones de condena formuladas por esta y el apoderado de la víctima, de acuerdo con lo siguiente: sobre el contrato sin cumplimiento de requisitos tomando en cuenta su descripción normativa y la SEP016-2022 de 24 de febrero, radicado 00255, luego de su extensa cita, concluyó que la delegación no exime de responsabilidad al delegante quien responde por omisión o extralimitación de funciones en el ejercicio del cargo, como ocurre en este caso en el que el acusado debe responder por tramitar y celebrar el contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Sobre el peculado, a partir de la definición normativa del artículo 397 del Código Penal y de la Corte en SP. Rad. 23228 de 23 de abril de 2008, concluyó que de acuerdo con los hechos y las pruebas la fiscalía pudo demostrar los delitos por los cuales se acusó a MONSALVO GNECCO. Dijo que las argumentaciones y razonamientos de la fiscalía y del apoderado de la víctima lo relevan de ahondar en los mismos aspectos.

En relación con la *antijuridicidad* puso de relieve que debe recalcar que los hechos probados sí son constitutivos de daños a la administración pública y a su imagen, y especialmente, a los derechos humanos, en tanto que en la práctica la corrupción impide el goce de los derechos humanos lo que constituye un verdadero obstáculo para consolidar un Estado social y democrático de derecho y en ese orden el procesado afectó gravemente el bien jurídico de la administración pública, fuente real de violaciones de los derechos humanos y fundamentales impactando directa e indirectamente a la sociedad.

Asimismo, la *culpabilidad* no se pone en duda pues MONSALVO GNECCO conocía las ilicitudes y comprendía su alcance, por tanto, le era exigible otro tipo de comportamiento, en ese orden es merecedor del reproche penal.

Son estas las razones que llevan al delegado de la procuraduría a coadyuvar la solicitud de la fiscalía, pues considera se cumplen los estándares probatorios para imponer una sentencia de condena.

4.1.4 El defensor

Luego de una evaluación detallada del extenso material probatorio y examinados los múltiples aspectos fácticos, jurídicos y “pragmáticos” que giraron alrededor del contrato 2015-02-1178, suscrito el 21 de agosto de 2015, entre la

gobernación del Cesar y el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, con el objeto y valor conocidos, y atendidos los elementos de todo orden que ha arrojado el debate en el juicio, solicitó sentencia absolutoria, toda vez que los delitos imputados, según quedó demostrado en el juicio, son atípicos.

En punto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, recordó su definición dogmática y las normas y principios que rigen la contratación pública en Colombia como presupuestos necesarios para verificar su materialidad, y por tanto, la necesidad del análisis de las normas que regulan cada contrato en particular a efectos de realizar el correcto proceso de adecuación típica, destacando el carácter esencial de los requisitos exigibles pues no cualquier irregularidad configura su tipicidad.

Sobre cuáles son los requisitos esenciales citó CSJ. SP004-2023, rad. 62766 de 25 de enero de 2023, que puso de relieve los tres presupuestos rectores de la contratación estatal. El primero, fundado en los arts. 1501 y 1741 Código Civil, relacionado con los elementos que son de la naturaleza de los contratos y los accidentales. El segundo se basa en las causales de nulidad absoluta del contrato público previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Y el tercero, complementario de los anteriores, hace referencia a que un requisito puede catalogarse como esencial a partir del impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios rectores de la contratación que le dan contenido a la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De ahí que no sea posible deducir responsabilidad penal a partir de la exigencia de requisitos *ex post* creados por parte del funcionario judicial, o de formalidades no previstas legalmente producto de interpretaciones amplias o extensivas, como tampoco de la inobservancia de requisitos no indicados en la acusación con desbordamiento del núcleo fáctico de ésta. En otras palabras, en esta clase de tipos penales en blanco se impone el respeto del principio de legalidad propio del de la estricta tipicidad, es decir, el contemplado en una ley previa, cierta, escrita y estricta lo que conlleva a la existencia de límites al proceso de adecuación típica. Por consiguiente, no basta afirmar en abstracto el incumplimiento de uno o varios principios de la contratación para predicar la tipicidad del delito, es necesario que el requisito desatendido sea esencial del respectivo contrato y definido como tal previamente por la ley como lo ha expuesto la CSJ. SP513-2018, radicado 50530 (sic), entre otras.

Así entonces, consideró que, del prolijo listado de irregularidades expuesto por la fiscalía varias no lo son y otras no se pueden calificar de esenciales. Por el contrario, son actos correctamente adelantados.

En relación con la primera irregularidad, esta es, la referida a la deficiencia de los estudios previos respecto de los cuales la fiscalía indicó nueve anomalías, comenzó por precisar que dichos estudios son una exigencia del principio de planeación para evitar la imprevisión y el daño antijurídico. A

continuación, abordó una a una su análisis para determinar si efectivamente lo son o por el contrario son atípicas.

Respecto de la primera, esta es, la ausencia de un verdadero estudio de la necesidad de la prestación del servicio de alimentación escolar por lo que no se proyectaron las acciones a tomar para suplir esa necesidad, ni se ponderó la conveniencia de celebrar el contrato para un lapso de 59 días “con la precisión que demanda la ley que gobierna estas actuaciones estatales”; adujo que es una conclusión equivocada.

El concepto de estudios previos fue previsto en general en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, haciendo referencia al análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, a la tramitación de las autorizaciones y a las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin. Luego el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, definió los estudios previos como los enfocados a establecer la conveniencia y oportunidad de la contratación, a determinar las especificaciones técnicas de los bienes y servicios, su valor y a analizar los riesgos en los que puede incurrir la entidad al momento de contratar. El Decreto 2474 de 2008, que reglamentó la Ley 1150 de 2007, también definió los estudios previos. El art. 20 del Decreto 1510 de 2017 igualmente conceptualizó los estudios previos. Sobre esta temática, agregó, la Corte Suprema de Justicia, rad. 40605 de 25 de mayo de 2016 ha dicho que el concepto de estudios

previos debe interpretarse de manera integral frente a la Ley 80 de 1993 y a los principios constitucionales que rigen la función pública por lo cual debe entenderse como tales aquellos análisis técnicos o tecnológicos, documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar sin importar el régimen legal que las cobije en cualquiera de las modalidades que señale la ley o el manual interno de contratación aplicable.

En síntesis, precisó, los estudios previos son el inicio de la contratación y contienen todas las evaluaciones de sus extremos, sin embargo, no es el único soporte documental de la necesidad y adecuada planeación del futuro contrato, es decir, la necesidad y la correcta planeación no se limita a lo que se consigne exclusivamente en los estudios previos, toda vez que la fase contractual a que alude la Ley 80 integra una serie de documentos que concretan la debida necesidad del servicio por contratar y la adecuada e integral planeación. En este caso, esos documentos fueron: *i)* los estudios previos; *ii)* el convenio interadministrativo 842 de 2014 y sus anexos técnicos; *iii)* los lineamientos técnicos de julio de 2014 y abril de 2015 del MEN; *iv)* el proyecto de inversión de apoyo al PAE en los establecimientos educativos oficiales del Cesar (prueba 7 defensa); y, *v)* los estudios del sector, documentos todos que evaluados integralmente arrojan lo que echa de menos el fiscal, esto es, la adecuada precisión de la necesidad de contratar y la debida planeación.

Por consiguiente, le resulta inadmisibile pretender radicar todas las incidencias del contrato solo a partir del documento denominado estudios previos, pues éste no se constituye en la única carta de navegación del objeto contractual, ya que como quedó visto a este se integran los demás documentos ya mencionados que permiten entender cuál fue la necesidad de la contratación y los derroteros de la adecuada planeación.

La lectura de cada uno de estos documentos describe de manera precisa y técnica la necesidad del objeto a contratar, la cual se apoyó en el parágrafo 4 del art. 36 de la Ley 1450 de 2011. Primero: en los estudios previos en su página 2 se hace una descripción de la necesidad, de donde concluyó que los estudios sí contienen el análisis de la necesidad de poner en marcha el PAE en el departamento.

Segundo: en el convenio interadministrativo 842 y sus anexos, suscrito entre el MEN y el departamento del Cesar se plasmaron las consideraciones acerca de la necesidad de seguir contribuyendo con la alimentación de los estudiantes para mejorar su desempeño académico y reducir la deserción escolar.

Tercero: a su vez los lineamientos técnicos del MEN de julio de 2014 y abril de 2015, justificaron la necesidad de la prestación del servicio de alimentación escolar en el departamento.

Destacó que en los años 2014 y 2015 se presentó una coyuntura especial por la vigencia de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo, que trasladó el PAE del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al MEN, lo que obligó a que éste expidiera una serie de lineamientos que orientaran a los entes territoriales para la prestación de este servicio, dando lugar a un periodo de transición en el que se aplicaron los lineamientos de 2014 (versión transitoria) y 2015, porque los unos no excluían a los otros y los del 2104 se venían aplicando en todo el territorio nacional como quedó consignado en la respuesta al derecho de petición que elevó la defensa al MEN.

Cuarto: se cuenta con el proyecto de inversión de apoyo al PAE en los establecimientos educativos oficiales del departamento del Cesar elaborado por la gobernación el 27 de noviembre de 2014, que fue sustento de la necesidad echada de menos por la fiscalía, toda vez que allí se consignaron derroteros importantes que justificaron el contrato cuestionado. En dicho documento se señalaron datos relevantes sobre deserción escolar en el departamento, población beneficiaria, número de estudiantes, entre otros aspectos, concluyendo la necesidad de la prestación del servicio de alimentación con el fin de favorecer el proceso de aprendizaje. Este documento, afirmó, constituyó fundamento de la necesidad de la prestación del servicio.

Quinto: se contó además con el documento denominado Estudios del Sector Programa de Alimentación Escolar en el cual se consignaron datos y cifras estadísticas que sirvieron de

base para la concreción del contrato cuestionado y justificaron la necesidad de la contratación.

Estos documentos, tenidos en cuenta en conjunto, insistió la defensa, evidencian de manera clara, precisa y concreta que la administración departamental, como lo explicó también Octavio Javier Lafont Chica, sí realizó una descripción detallada sobre la necesidad del contrato, lo que desvirtúa la imputación de la fiscalía en cuanto a esta anomalía, pues en realidad no existió.

En relación con la segunda irregularidad, referida también a la primera sustancial, en particular sobre la población objeto del contrato, señaló que se trata de otra alegación que riñe con la verdad. Al efecto, recordó que el sistema integrado de matrículas, SIMAT, es una herramienta que permite organizar y controlar el proceso de matrícula en todas sus etapas para la toma de decisiones. Por tanto, el SIMAT ofrecía la información relacionada con el número de estudiantes matriculados, datos que son base de la adopción de programas como el PAE. En este caso, adverbó, debe tomarse en cuenta que el contrato fue suscrito en agosto de 2015 pero proyectado a finales de 2014, por lo que inevitablemente se aplicaron las cifras de este último año, pues al no haber iniciado el 2015 se carecía de la información necesaria para la prestación del servicio a contratar y su proyección hacia 2015.

Por esto el proyecto del PAE inscrito en el banco de programas y proyectos se estructuró tomando como referencia el corte del SIMAT de octubre de 2014, encontrándose que las matrículas registraban 139.522 estudiantes que fue la focalización establecida por el departamento, sin embargo, debía hacerse un aumento de la proyección para el año 2015 con el objeto de garantizar la prestación del servicio a los estudiantes nuevos por lo que se estimó un aumento del 4.7%.

Por consiguiente, consideró, no puede haber irregularidad alguna por haberse estimado un número aproximado de 146.000 estudiantes para el año 2015. Además, en el anexo 2 de los estudios previos quedó plasmado que la cifra de estudiantes se tomó de las tablas de “distribución de raciones por instituciones educativas del departamento”, a través de las cuales se hizo una relación de cada establecimiento educativo por municipio de la ración del complemento alimenticio y del almuerzo, la cual arrojó un resultado de 146.100 de ahí que la tabla 4.1 “presupuesto oficial” de los estudios previos, fijó los complementos de la mañana en 87.400 y los almuerzos en 58.700, para un total de 146.000 raciones, de donde se aprecia que nada es caprichoso o arbitrario que haga pensar en la intención de abultar el presupuesto.

Ante estas circunstancias, afirmó, se equivocan quienes sostienen que existió una irregularidad en este aspecto, porque, además, no hay una norma que imponga que se deben aplicar los cortes del SIMAT de los últimos tres meses anteriores al contrato como lo exige la fiscalía. En este caso la

gobernación hizo la proyección de 2015 a finales de 2014, debido a la necesidad que se presentaba. La tesis de la fiscalía implica la exigencia de requisitos legales *ex post* que vulnera los principios de estricta tipicidad y de legalidad.

Por otra parte, en relación con la tercera anomalía de la primera irregularidad sustancial por supuestos errores en el plazo de ejecución del contrato, que violaron el principio de planeación por existir en el mismo año dos contratos con el mismo objeto generándose un *fraccionamiento contractual*, la estimó errada. En términos de los numerales 12 y 13 de la cláusula tercera del convenio interadministrativo 842 de 2014, correspondía a la gobernación: “*presentar al inicio de la ejecución del convenio un plan de ejecución de los recursos 2014 y la contratación del servicio para el año 2015. Adelantar los procesos de contratación a que haya lugar para iniciar la ejecución del PAE desde el primer día del calendario escolar 2015*”. En términos de los lineamientos del MEN la prestación del servicio de alimentación escolar se efectuaría durante el calendario escolar definido por el ente territorial certificado.

De acuerdo con el convenio citado, el aporte de la Nación para la financiación del PAE en la vigencia 2015 fue de \$11.329.548.468 proyectado por 121 días, y no por los 180 días del calendario escolar multiplicados por el número de estudiantes para el año 2014, fecha de la celebración del convenio, y por el valor del complemento de la mañana y el almuerzo calculados en \$970 y \$1.320, respectivamente.

En relación con la financiación del PAE para 2015, el numeral 7 de la cláusula tercera del convenio 842, dijo, además de los recursos aportados por el MEN establecía la posibilidad de ampliar la cobertura a través de la promoción y gestión de recursos para la generación de una bolsa común. A partir del convenio 842, de obligatorio cumplimiento para implementación del PAE, era claro que los recursos, coberturas y minutas definidos por el MEN para su ejecución en la vigencia de 2015, no atendieron a la real necesidad del departamento por cuanto se definieron por un plazo inferior al calendario escolar y la baja estimación de beneficiarios, y minutas complemento alimenticio y almuerzos requiriendo ser ampliados a partir de la gestión de recursos por parte del departamento.

Por su parte, conforme a los lineamientos del MEN desde la formulación del proyecto de inversión de apoyo al PAE en el departamento del Cesar, base estructural para el proceso de selección del contrato cuestionado, la secretaria de educación, precisó, definió que el plazo de ejecución era de 180 días calendario escolar durante la vigencia de 2015, por lo que estimó el presupuesto en \$52.307.100.000, sin incluir interventoría teniendo en cuenta que la ración diaria era complemento mañana y complemento tarde (sic) (ver pág. 15 y 53 del proyecto mencionado).

Desde la formulación inicial del proyecto y atendiendo la necesidad de ampliar la cobertura y ajustar las minutas conforme a los lineamientos técnicos, refirió, la secretaria

definió las siguientes fuentes: recursos del MEN de acuerdo al convenio 842 con adiciones 1 y 2 por \$22.040.204.270 para 2015 y recursos de regalías del departamento (art. 145 Ley 1530 de 2012, reglamentado por el Decreto 185 de 2013), durante la vigencia 2014 a través del convenio 842 y sus adiciones 1, de 29 de mayo de 2015, y 2, de 26 junio de 2015, se transfirieron recursos de la Nación-MEN con destino a cofinanciar la ejecución del PAE Cesar por valor de \$22.040.204.274.

Tomando en cuenta que la proyección del PAE se hizo para el año lectivo 2015, esto es, para 180 días calendario escolar, sostuvo, la gobernación en un adecuado ejercicio de planeación y basado en las limitaciones del artículo 171 del Decreto 111 de 1996, efectuó dos procesos de selección a través de licitación pública, pues para el momento del primer contrato de enero de ese año no se contaba con los recursos suficientes para los 180 días del calendario escolar, pues al abrir el proceso licitatorio LPSGED-0008-2014 de 2014, apenas contaba con las apropiaciones previas y suficientes derivadas del convenio suscrito con el MEN y la transferencia dispuesta por Resolución 22159 de 23 diciembre 2014. Ante la necesidad de garantizar la continuidad del PAE para todos los estudiantes por el tiempo faltante para completar el calendario escolar, es decir 59 días, argumentó, fue necesario apropiar recursos de transferencias derivados de la Resolución 04173 de 26 de marzo de 2015 del MEN y del sistema general de regalías.

Así entonces, si bien el PAE se programó para la vigencia de 2015, también lo es que la insuficiencia de recursos y el acatamiento de la prohibición de contraer obligaciones sin existencia de la disponibilidad presupuestal o en exceso del saldo disponible, art. 71 Decreto 111 de 1996, pregonó, imposibilitaron la celebración de un solo contrato por todo el año lectivo, habiendo sido necesario efectuar uno por 121 días y otro por 59 días.

La anterior explicación, según la defensa, permite inferir que no hubo ninguna irregularidad al celebrar dos contratos con el mismo objeto. Al efecto, resaltó que la modalidad de selección del contratista fue la de licitación pública, lo que impide estructurar un *fraccionamiento* de contrato.

En síntesis, como conclusión lógica debe afirmarse que la anomalía tres “no existe, es atípica”.

En lo atinente a la cuarta de la primera irregularidad, referida a la estructuración del presupuesto del contrato, en atención a que para calcular el valor de la ración se tomó como referencia el costo de la materia prima relacionado en los boletines SIPSA y adicionó conceptos como el pago del IPC, las manipuladoras, estampillas e imprevistos, en su opinión tampoco se configuró, con fundamento en los siguientes argumentos:

Primero: la fiscalía estimó irregular que en los estudios previos se hubiera aplicado el boletín SIPSA 123 de 2014, pero que en el anexo 2 donde se hace el cálculo del presupuesto se haya indicado que se hizo de acuerdo con el boletín de diciembre de 2014 lo que constituye una incoherencia que desconoció el principio de planeación, pues no se justifica emplear boletines de 2014 cuando al tiempo de estructurar los estudios previos del contrato cuestionado ya se habían expedido los de 2015, lo que le permitió a la gobernación adicionar irregularmente un porcentaje del IPC para actualizar los precios de los alimentos al suscribir el contrato.

Para dar respuesta, señaló que los entes territoriales discrecionalmente pueden ajustar los precios y costos para fijar en forma adecuada el presupuesto con la exigencia de que estuvieran en los estudios previos, como así lo ha admitido la fiscalía y lo disponen los lineamientos del MEN. Destacó cómo en el proyecto del PAE se encuentra la certificación de 4 de noviembre de 2014 del secretario de educación departamental, Araújo Gutiérrez, que hace constar que los precios unitarios definidos en el proyecto apoyo de alimentación escolar en los establecimientos educativos, están contemplados dentro de los análisis de los estudios de mercado con base en los lineamientos del MEN en los cuales se reflejan unos valores existentes en el mercado y están acordes a los precios de la región. Los lineamientos aplicados al PAE para la vigencia 2014-2015, fueron los establecidos conforme a la información del MEN en su respuesta con radicación 2022-EE2355-22 de 21 de septiembre de 2023, los cuales son de alcance nacional.

Lo cierto es que en ninguno de los parámetros de 2014 y de 2015 aplicados para el PAE del departamento, se menciona que se debe emplear un boletín SIPSA específico de acuerdo al momento contractual, por esto, para el caso se tuvo en cuenta la certificación expedida por la gobernación adjunta al proyecto del PAE, de tal manera que la afirmación de la fiscalía que exige aplicar un boletín SIPSA determinado no tiene sustento normativo.

Para la defensa nada impedía que la gobernación del Cesar aplicara los boletines tanto de 2014 como de 2015 y de esa forma fijar los precios de los alimentos, máxime cuando los estudios previos del contrato se elaboraron en 2014 y se concretaron en julio de 2015, lo importante es que siempre se tuvo en cuenta cuál era la fuente de referencia de la materia prima, indicándose que serían los boletines SIPSA (pruebas 48 y 49).

Ahora bien, que algunos precios de pocos productos no coincidieran con los boletines SIPSA o sobrepasaron sus valores, esto no afectó el presupuesto, porque de todas maneras los precios se fijaron entre los mínimos y máximos de los boletines, siendo impreciso, como lo dijo el perito de la fiscalía que los precios debían partir de los mínimos de cada alimento o que debían promediarse, porque si el DANE estableció unos rangos mínimos y máximos y la gobernación los respetó no puede existir irregularidad. Y si bien en algunos se fijaron por encima del máximo, también lo es que otros se

establecieron por debajo del mínimo, sin que tales errores involuntarios como sucedió con el hígado, que fue un error de digitación, hayan impactado el presupuesto.

En cuanto a que la utilización de los boletines de 2014 le permitió a la gobernación sobrestimar el presupuesto al aplicar un IPC para actualizarlos a 2015, considera que esta afirmación carece de sustento porque la inclusión del IPC se hizo en el año 2014, época en que se elaboró el proyecto y por eso se requirió la actualización de precios a 2015. Dicho en otros términos, para definir el costo de la ración a finales de 2014 para el PAE de 2015, la gobernación tomó un porcentaje octubre-diciembre el cual dio como resultado un IPC del 4.4% inferior a la variación para el “grupo de alimentos” del DANE el cual fue de 4.69%, lo que le permitió inferir que en diciembre de 2014 no se proyectó un valor superior por concepto de alimentos, sino que se tuvo en cuenta la inflación del último trimestre.

En síntesis, fue necesario incluir un mecanismo objetivo de actualización de precios definido de manera específica para el “sector de alimentos” para su debida ejecución en el año 2015.

Segundo: en la acusación se afirmó que la cifra de las 1.748 manipuladoras no se justificó. Para el defensor esta aseveración carece de sustento porque en la Tabla 20 del numeral 5.2.2.1 de los lineamientos del PAE –versión

transitoria– de julio de 2014, a los cuales les integraron los lineamientos de 2015, que se deben considerar ambos de manera conjunta; se fijaron las reglas para determinar el número de manipuladoras para este caso. En dicho documento se estableció que conforme con el número de raciones se fijaba la cantidad de manipuladores requeridos de uno por cada 75 raciones; de 76 a 150, dos manipuladores, de 151 a 300, tres manipuladores; y de 301 a 500, tres manipuladores, como se determinó en la tabla 20 citada.

A su vez dando aplicación a la regla anterior en los estudios previos se indicó y explicó el número de manipuladores que se requerían para la ejecución del contrato en la página 14, no en el anexo 2, como erróneamente lo indicó la fiscalía: *“Asimismo se procedió a estimar el número de manipuladores a contratar teniendo en cuenta el número de instituciones, escuelas y sedes educativas beneficiadas con algún número de raciones, asignando los manipuladores según el número de raciones a preparar en cada institución con base las indicaciones dadas en la Tabla 20 de los lineamientos técnico-administrativos del PAE. De dicho análisis se concluye que es necesario contratar 1.752 manipuladores a tiempo completo, ocho horas, para atender el servicio en las instituciones, escuelas y sedes educativas beneficiadas con los dos tipos de raciones complemento alimenticio jornada mañana y/o almuerzo. El salario de dicho personal se estimó de acuerdo con las horas laborales y el análisis se encuentra anexo al presente documento”*. Haciendo el cálculo respectivo, en este caso se contrataron incluso menos manipuladores de los requeridos conforme a lo plasmado en los estudios previos y lineamientos del MEN.

En consecuencia, concluyó que la gobernación sí justificó la cifra de manipuladores a emplear para el contrato.

Tercero: en lo atinente a las estampillas, o lo que es lo mismo, cargas impositivas o impuestos, aseguró que por ley casi todos los contratos tienen asociadas cargas impositivas que son variables de conformidad con el estatuto de rentas de cada entidad territorial. Para el caso en cuestión son cargas del orden departamental y municipal. Y en lo atinente a las estampillas departamentales estas se fijaron en el 4.5% y las mismas se establecían en el estatuto de rentas departamental, u Ordenanza 066 de 2012 (prueba 11).

Para el caso de las cargas del orden municipal también se configuraba para 2015 el ICA como impuesto o retención a imponer por el departamento. Se establecía, según los convenios entre los municipios y el departamento del Cesar, que éste fuera agente retenedor de este impuesto, los porcentajes de retención se promediaron en el 1% y eran establecidos por acuerdos municipales. Teniendo en cuenta la sumatoria de los ítems citados, argumentó, se fijaron en un 5.5% las cargas impositivas al valor de cada ración ejecutada en el departamento del Cesar, esto es lo que se denomina “estampillas, impuesto e ICA”, y no hay duda de que el ICA fue objeto de retención por la gobernación como quedó demostrado con las órdenes de pago y los comprobantes de egreso allegados donde se aprecian los descuentos que se hicieron al operador por este concepto, de ahí que el hecho de que el término ICA no hubiera aparecido en los estudios previos no desvirtúa que

este impuesto no haya sido tomado en cuenta en la proyección del presupuesto como lo declaró el testigo Lafont Chica y el perito Carlos Lugo.

Ahora bien, aseveró, tampoco puede considerarse anomalía haber fijado el ICA en el 1%, toda vez que tal porcentaje fue un estimativo propio de la proyección futura, siendo en la liquidación contractual donde se termina sabiendo a ciencia cierta cuáles son los valores retenidos o pagados, sin que pueda calificarse de irregular el hecho de que al ser menor del 1% haya sido un asunto ilícito o irregular, porque esos recursos no salieron de la gobernación al ser retenidos en unos casos o pagados en otros para que el operador los cancelara al respectivo municipio, no olvidando que el manejo de este impuesto estaba supeditado a los convenios que la gobernación celebraba con los distintos municipios del Cesar como fue expuesto por Lafont y Lugo.

En fin, como puede apreciarse en tales factores, que son de orden legal, concluyó el defensor, no existe anomalía toda vez que son cargas tributarias que deben ser contempladas en el proyecto de presupuesto a aplicar en la ejecución de contratos, obteniéndose las cifras a partir de las proyecciones y porcentajes, toda vez que la estructuración del proyecto se hizo en octubre de 2014 para ejecutarse en 2015. Para él queda así demostrada la inexistencia de la anomalía cuarta, siendo claro que la estimación de los costos de la materia prima, el porcentaje del IPC y el número de manipuladores se ajustaron a las realidades del momento y a los protocolos mencionados.

En la anomalía cinco de la primera irregularidad, la fiscalía refiere que no se hizo un estudio de la población a beneficiar. Tal afirmación, agregó, es inexacta, porque los lineamientos del MEN, versión julio 2014, orientaba a criterios de priorización y focalización para la escogencia de las sedes a beneficiarse en función de zonas geográficas y condiciones de vulnerabilidad. Se priorizaron así sedes ubicadas en zonas rurales con un solo docente, después una población étnica y finalmente las urbanas con alta concentración de población vulnerable.

El numeral 3.5.2 (sic) de los lineamientos del MEN indicaba los criterios para seleccionar a los beneficiarios, precisando como el primero la población étnica y rural que se debía cubrir en el 100% de los matriculados que cursaban preescolar y primaria.

Para el caso del departamento del Cesar, con apoyo en estos criterios, en desarrollo del PAE 2015 se priorizaron el 100% de las sedes educativas, en total 1.050. Asimismo, se focalizó al 100% de la población registrada en el SIMAT de los grados 0 al 9 por el 100% y se focalizó el 100% de las sedes educativas de los territorios indígenas. Las sedes urbanas se priorizaron en el 100% y la alimentación se suministró a los estudiantes registrados en el SIMAT en dichos grados, como quedó claramente consignado tanto en el proyecto de apoyo al PAE como en los estudios previos del contrato.

El estudio que echa de menos la fiscalía, dijo, se hizo en la página 37 del proyecto de apoyo al PAE en donde señala que el suministro de la alimentación se haría en la modalidad de provisión de raciones complemento alimenticio jornada de la mañana y almuerzo para escolares matriculados en las jornadas de la mañana-tarde y única, atendiendo criterios de focalización y una nutrición equivalente al 20-35% de la necesidades diarias de calorías y nutrientes para la población colombiana de acuerdo con la recomendaciones del ICBF como se precisa en la página 38 de la Tabla 1.

Igualmente se establecieron las minutas patrón del almuerzo de acuerdo a los grupos etarios, frecuencia y cantidad mínima, como se ve reflejado en la tabla de las páginas 38 y siguientes. Además, los anteriores parámetros son explicados por Lafont Chica, quien en la primera parte del audio (0:42:59) expuso en qué consistió el PAE y dejó claro que se trata de un programa que complementa la alimentación escolar de los estudiantes de las instituciones oficiales del Cesar.

Del mismo modo, aseveró, en los estudios previos del contrato 1178 (sic), se concretó la población a beneficiar indicándose que se brindarían los complementos alimenticios tipo almuerzo y jornada de la mañana y tarde, como lo disponía el numeral 4.1 de los lineamientos del MEN, precisándose que si bien el consumo se daría en cada sede educativa la preparación en algunos casos se haría en cocinas centralizadas el mismo día del consumo y se trasladaría a la respectiva sede.

Todo esto se reflejó en los estudios previos anexo 2, y se encuentra plasmados en varios cuadros, en las modalidades, edades, alimentos, frecuencias, etc. Tan completo es este estudio que en el numeral 1.2 de la página 4 de los estudios previos se halla el tema de la población mencionando que serían beneficiarios los estudiantes de las áreas urbana y rural registrados en el SIMAT, de igual manera en el numeral 2.1.1 se incluyeron los complementos, diferenciándose dos clases, y concretando en particular que sería atendido el 100% de la población estudiantil oficial departamental, cumpliéndose así el requisito echado de menos por la fiscalía y el objeto del contrato, como lo constataron los profesores y rectores que declararon como testigos de la fiscalía y de la defensa en el juicio.

Respecto a la anomalía seis de la primera irregularidad, consistente en que la gobernación exigió una especificación técnica que afectó los factores de selección del contratista, como fue pedir un máximo de cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años contados desde la fecha de cierre del proceso de selección, lo que permitió que solamente pudieran ser escogidas la Fundación Kabala y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, entidades que a su vez constituyeron el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, y que la constitución de este consorcio fue ilegal e irregular; negó que tal circunstancia pudiera calificarse como irregular.

En su opinión, por el contrario, se trató de una exigencia ajustada a los requisitos habilitantes que imponía un contrato de las características y cuantía del cuestionado. Se pregunta: ¿cómo poder entender que exigir un máximo de cinco contratos de condiciones similares terminados en los últimos cinco años constituya una maniobra que permitió la selección irregular del consorcio contratista?, cuando no hay duda que frente a la especialidad y complejidad de la contratación, representaba una exigencia necesaria que conllevaba a seleccionar al contratista apto para tal fin, siendo claro que el cumplimiento del objeto del contrato implicaba una estructura logística, operativa y financiera y de experiencia que garantizara la eficiente prestación del servicio erigiéndose el número de certificaciones, entre otros requisitos, en un válido elemento de la positiva capacidad del oferente a seleccionar.

La experiencia en el ámbito contractual, afirmó, es un factor importante que implica su conocimiento derivado de la participación previa en actividades similares o iguales a las del objeto del contrato. Ésta debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y a su valor. Según el Manual Colombia Compra Eficiente, “La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar”, es decir, “la experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar”. En este caso, consideró, la experiencia exigida es proporcional y adecuada al objeto de contrato, por lo que, lejos de generar un direccionamiento o favorecimiento, es garantía de una adecuada prestación del servicio alimentario escolar como el PAE. Por ello no es contrario a la ley, ni a los

lineamientos del MEN o de Colombia Compra Eficiente exigir una experiencia con el máximo de cinco certificaciones, pues, insiste, es en este escenario donde se ejecutaría la contratación ofrecida.

Así, lejos de un favorecimiento indebido, lo cierto es que los requisitos habilitantes definidos según la licitación 008-2015, en punto de la experiencia cumplían los requisitos de adecuación y proporcionalidad requeridos y en manera alguna pueden considerarse una violación a los principios de transparencia y economía, mucho menos un direccionamiento.

Establecer máximo cinco certificaciones de experiencia, insistió, no puede entenderse como un favorecimiento al consorcio que ya venía contratando, ya que según el testigo Lafont Chica, esto se previó así con el fin de limitar este aspecto, porque en otras ocasiones se allegaron hasta 15 certificaciones y porque el Manual de Colombia Compra Eficiente determina un máximo de cinco.

En conclusión, afirmó, la sexta anomalía tampoco tiene asidero.

La séptima anomalía de la primera irregularidad consistente en que, la matriz de riesgos de los estudios previos se incluyó un 5% por imprevistos y además, se agregó indebidamente un 4.4% por concepto del IPC de 2014 “de manera fraudulenta para inflar el valor del contrato”, cuando,

entre otras cosas, el IPC “general” fue del 3.66%, argumentó el defensor, también resulta un planteamiento equivocado, pues “imprevistos” es un ítem que siempre debe ser tomado en cuenta en la mayoría de la contratación estatal por lo que su inclusión junto con el IPC en materia de costos no resulta irregular y mucho menos un factor que permite inflar el presupuesto.

En respuesta a lo anterior, adujo que el Decreto 1510 de 2013 “por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación públicas” en su artículo 3 inciso 23, se refiere al *riesgo previsible* y lo define como “un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato”. En otras palabras, el porcentaje por imprevistos incluido en los costos de contratación consiste en una forma de asimilar y tratar un riesgo que la entidad le traslada al contratista con el fin de que, en caso de surgir gastos no previstos, éste pueda asumirlos haciendo uso de ese rubro. Es un valor que se paga al contratista para que asuma el riesgo ante la ocurrencia de imprevistos.

Calificó de desacertada la atribución de la fiscalía de esta temática pues los *riesgos imprevisibles* necesariamente debían ser incluidos en los estudios previos sin que los mismos pudieran contener el correspondiente IPC, por tanto, la tipificación, estimación y asignación de riesgos no resultó contradictoria ni excluyente y menos violatoria de los principios

de planeación y responsabilidad frente a la denominada *ecuación contractual*.

Igual, estimó, incurrió en error el acusador al cuestionar el 4.4% por IPC, pues su finalidad fue traer a valor presente los precios de los bienes, insumos y materias primas correspondientes al suministro de alimentación complementaria y prestación de este servicio, ya que su proyección se hizo con base en los precios de 2014 pero los gastos se ejecutaron en 2015 como quedó plasmado en el documento denominado apoyo al PAE. Aclaró que el contrato tuvo como objeto prestar servicio de alimentación preparado y servido en sitio, de ahí que tomar un IPC general que en octubre de 2014 era de 3.3% era indebido, puesto que uno general contiene variaciones de todos los sectores de la economía y la mayoría de ellos no incidía en el PAE ni se asociaban al objeto contractual, por tal razón el IPC correcto era el de alimentos en la medida en que se relaciona directamente con el objeto del contrato.

Así las cosas, la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles, la prohibición de riesgos imprevisibles, y la inclusión de un concepto de actualización de precios a partir del IPC del sector alimentos efectuados por la gobernación, adujo, dieron claridad a las reglas de participación de los oferentes dentro del proceso de selección y redujeron la concurrencia de controversias judiciales y extrajudiciales, razones por las que no es dable concluir una violación de los principios de la contratación.

No existe una norma que ordene acudir al IPC general y no al de alimentos, lo que lleva a concluir que la fiscalía creó un requisito *ex post* que termina vulnerando el principio de estricta tipicidad y consecuentemente el principio de legalidad.

Por lo mismo, no es cierto que el haber incluido *riesgos imprevistos* y además un porcentaje aplicable al IPC, obedeció a la sobrestimación de los costos de los alimentos para concretar mayores valores que permitieran la apropiación ilícita de dineros del erario departamental. En consecuencia, a su juicio, esta anomalía tampoco existió.

En relación con la irregularidad ocho, referida a que no se hizo la respectiva consulta previa con las comunidades indígenas, afirmó que es otra grave equivocación de la acusación. Agregó que lo que se debe tener claro es que los entes territoriales no son los obligados a adelantar la consulta previa, pues la norma que la ordena se encontraba prevista en los lineamientos del MEN de 2014-2015. En primer lugar, deben revisarse los lineamientos transitorios de 2014 cuyo numeral 2.5.2 establecía que la alimentación era un acto cultural en el cual las comunidades indígenas jugaban un papel cultural importante y por ello se debía tener un especial respeto para no interferir las tradiciones propias de su comunidad. Por ende, la figura de la consulta se había considerado como el mecanismo constitucional adecuado para respetar las tradiciones indígenas, máxime cuando se trata de un derecho que tienen los pueblos indígenas. Sin embargo, el

Decreto-Ley 200 de 3 de febrero de 2003, modificado por el Decreto 4530 de 2008 y los lineamientos de 2014, establecieron que la responsabilidad para llevar a cabo procesos de consulta previa es compartida entre los Ministerios de Educación y del Interior y de Justicia, siendo éste el responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso.

El Ministerio de Educación, afirmó, es responsable de participar activamente en el proceso de consulta y de proporcionar los recursos necesarios para esto (ver pág. 51 párrafo 5 de los lineamientos). Es por esta razón que no se le podía crear esa carga al departamento, quedando relevada la gobernación de esa responsabilidad. Ahora, posteriormente con los lineamientos del MEN 2015 se dejó atrás ese requerimiento, exigiéndose estudios con enfoque diferencial de las comunidades étnicas para salvaguardar sus derechos y necesidades específicas según pertenencia y permanencia a diferentes grupos poblacionales tal como se observa en el numeral 1.7.3 de los mencionados lineamientos de 2015 (pág. 17).

En síntesis, la consulta previa inicialmente considerada en los lineamientos de 2014, aseguró, nunca fue objeto de aplicación por dos razones: 1. Era responsabilidad de los Ministerios de Educación y de Justicia y del Interior. 2. Por las dificultades y demoras que producía su trámite. No obstante, si en gracia de discusión se asumiera que la consulta previa debió aplicarse, su incumplimiento no es atribuible al gobernador del Cesar sino a los ministerios indicados.

Por último, alude a los estudios del sector tenidos en cuenta, que fueron los del 2011 y 2012 y no los del 2015, como correspondía, porque solamente se elaboró un formato con una extensa transcripción de literatura nacional e internacional asociada a la malnutrición infantil, pero sin relación con el proceso contractual. Al respecto recordó, sin importar si eran los transitorios de 2014 o los de 2015, pues ambos incluían la necesidad de realizar unos estudios del sector, que fue en el Decreto 1510 de 2013, artículo 15, incluido después en el Decreto 1082 de 2015 donde se establecía el deber de las entidades de analizar el sector. Dicha normatividad imponía a la administración hacer un análisis para determinar el contexto de la contratación, es decir, identificar los riesgos y determinar los requisitos habilitantes por lo que el ordenamiento indicaba que la gobernación debía hacer un estudio de todo orden (legal, comercial, financiero, organizacional, técnico, y de análisis de riesgo) y dejar constancia en el proceso (art. 15, Decreto 1510 de 2013).

Los estudios del sector, para la época de los hechos, eran un análisis que permitía identificar algunos riesgos, verificar los requisitos habilitantes y establecer la forma de evaluar la oferta por lo que acorde con los decretos citados, se debía tener en cuenta tres aspectos fundamentales: 1. Unos generales; 2. Estudio de la oferta; 3. Estudio de la demanda. Estas conceptualizaciones no fueron tomadas en cuenta por la fiscalía. No hay ninguna duda que todos fueron analizados en los estudios del sector para contratar el PAE vigencia 2015, tal

como allí aparece, abordando en extenso la descripción de cada uno.

En conclusión, para la defensa los estudios del sector plasmados en los estudios previos cumplen a cabalidad los estándares legales y jurisprudenciales por lo que no se explica el porqué del cargo.

En definitiva, concluyó que ninguna de las nueve anomalías imputadas por la fiscalía se configura, y por esa razón la primera irregularidad sustancial “es atípica”.

Dos. En relación con la segunda irregularidad que tiene que ver con el prepliego de condiciones, atinente a la exigencia de la bodega de almacenamiento al momento de presentar la oferta que fue objeto de observación. Agregó, que posteriormente a ésta, la gobernación terminó por aceptar una carta de intención cuando ya el reclamante había “salido de circulación” y de esa forma se terminó favoreciendo al consorcio contratista, que sí contaba con la bodega en razón de su antecedente contractual con el ente territorial.

Esta afirmación, aseguró, “carece de toda lógica y veracidad”. En primer lugar, porque este requisito no se estableció por capricho de la gobernación, pues hace parte de los lineamientos del MEN de 2014, en los cuales se indica a pág. 64: “Infraestructura bodega. El operador puede o no contar con un espacio de bodega para realizar el

almacenamiento (...)" . Con base en este lineamiento se expidió el proyecto de pliego de condiciones en el cual "mencionó" tal requisito, sin embargo, la gobernación no estableció de forma imperativa que los proponentes debían contar con una bodega de almacenamiento al momento de presentar la oferta pues en ninguna parte aparece tal exigencia, lo que se determinó fue que en caso de no ser propietario del inmueble y no tener uno en arrendamiento, debía aportar una carta de intención suscrita por el propietario del inmueble en que se comprometiera a arrendarlo de ser favorecido, como quedó plasmado en la pág. 21 del proyecto de pliego de condiciones.

Lo consignado en los pliegos dista de lo que se quiere hacer ver por la fiscalía, pues, por el contrario, la posibilidad de que el oferente presentara una carta de intención suscrita por el propietario de una bodega en las condiciones mencionadas, permitía que más proponentes pudieran ofertar. Para la defensa es claro que el requerimiento de capacidad instalada desde los estudios previos y el proyecto de pliego de condiciones se estableció como un requisito de ofrecimiento respaldado por una carta de intención del propietario de la bodega, soportada por el certificado de libertad y tradición.

Aclaró que la observación planteada por Castellón Rodríguez a la que hizo alusión la fiscalía, en cuanto solicitó que se acreditara el requisito con una declaración bajo juramento no era atendible, porque para este tipo de contrato se requería de un respaldo más sólido, más aún cuando el adjudicatario tenía un término de alistamiento de 15 días como

lo señalaban los lineamientos y lo mencionó el testigo de la defensa, Octavio Lafont Chica, para preparar la ejecución, porque vencido ese término debía iniciar la prestación del servicio.

Concluyó, entonces, que no hubo violación en la forma de garantizar la capacidad instalada en el curso del proceso, es decir, que la acreditación del ofrecimiento de la bodega no cambió en el transcurso de la licitación conservando siempre la posibilidad de probarla, en caso de no ser propietario del inmueble, con la carta de intención de arrendamiento suscrita por este.

Esta carta siempre estuvo en el proceso licitatorio, documento que descarta que el consorcio fuera el propietario del bien, contrario a lo afirmado por la fiscalía, por lo que no se configura ninguna irregularidad, referida a esta supuesta violación de los principios de selección objetiva y transparencia.

Tres. La tercera irregularidad relacionada con el pliego de condiciones en la medida referida a que se presentaron tres anomalías por una confusión con unas pautas que debían seguirse, desconociéndose el art. 26-3 de la Ley 80 de 1993, además de no haber sido coherente con el pliego de condiciones y que, como cosa curiosa se hubiera exigido una experiencia máxima y no mínima para favorecer al contratista seleccionado; expresó que en primer término, la defensa probó

que para los años 2014-2015 se presentó una coyuntura en materia de implementación del PAE, toda vez que la Ley 1450 de 2011 por la cual se inscribió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, trasladó el PAE del ICBF al MEN para que desde allí se realizara la orientación, ejecución y articulación del PAE a todos los entes territoriales del país. Esto hizo que el Ministerio de Educación Nacional expidiera los documentos contentivos de los lineamientos técnico-administrativos que debían seguir los entes territoriales, siendo estos: la versión transitoria de 2014 y la versión de 2015, debido a que por tratarse de una transición ejecutada para la época eran aplicables al PAE como lo informó el ministerio en la respuesta al derecho de petición elevado por la defensa.

En el pliego de condiciones, afirmó, se incorporaron ambos por ser complementarios y no excluyentes, razón por la cual el departamento tuvo en cuenta los de 2014 para el pliego de condiciones del contrato de 2015, porque para ese momento ya se venía implementando el PAE en todo el territorio nacional como quedó consignado en la respuesta al derecho de petición. Si este hubiera sido un tema controversial así lo hubieran hecho saber los oferentes, pero, por el contrario, no fue asunto de observaciones a los pliegos, como se infiere de las pruebas.

En segundo lugar, sostuvo, se refirió al cuestionamiento del hecho de que en los estudios previos se hubieran previsto 1.748 manipuladores, pero en el pliego de condiciones solamente se exigieron 350 que cumplieran determinados requisitos, asunto que refutó aduciendo que en los

lineamientos técnicos y en relación con la necesidad se requirió que los operadores debían contar con el personal necesario durante las distintas etapas de la ejecución del contrato para esto se dispuso contar con un número de manipuladores que garantizaran la calidad del servicio.

El número de manipuladores variaba de acuerdo a los múltiples factores entre los que se encontraban la modalidad de la prestación del servicio, las condiciones de cada institución educativa y el número de estudiantes a atender como se advierte en la pág. 57 de los lineamientos de 2014.

La relación para determinar el número de manipuladores de alimentos que se pagarían bajo la modalidad de preparados en sitio se calculó con base en el numeral 5.2.2.1 de los lineamientos de 2015, los cuales se refieren al recurso humano requerido.

Con base en esto la gobernación calculó el número de manipuladores en 146.100 raciones diarias en 1.058 sedes educativas, para un total de 1.748. Esto se puede verificar en la estructura de costos de la licitación.

Si bien es cierto que en los lineamientos técnicos de 2014, pág. 89, se establecía que para la entrega de 1-75 raciones se requería un manipulador, se trataba de un estimativo que no necesariamente correspondía a las que se debían emplear, sin embargo, el contratista necesitaba contar con la totalidad de

manipuladores que exigía el lineamiento técnico de acuerdo con las circunstancias fácticas que debía atender de tal manera que en el proceso de selección la entidad debía asegurarse de que el proponente sí disponía del personal necesario como se previó en la pág. 22 del pliego de condiciones.

Fue así como la gobernación consideró que exigir la hoja de vida de 1.748 manipuladores constituía una limitante y haría más compleja la participación en el proceso de selección motivo por el cual redujo el requisito a 350, siendo claro que este número representaba un muestreo como así se indicó en la pág. 28 del pliego de condiciones, pero hacía más “viable y operativo” el proceso de selección. Por esa razón se exigieron 350 hojas de vida aun cuando se requerían más, las que deberían ser contratadas dentro de los 15 días siguientes a la suscripción del contrato. Dicha exigencia fue razonablemente mínima y permitió que más proponentes pudieran participar. Era una cifra estimada.

Aclaró que el personal no debía estar vinculado laboralmente con el proponente al momento del cierre del proceso, pues este tenía la posibilidad de contar con personal de propia nómina o del banco de hojas de vida, lo importante era que dicho personal contara con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones conforme a las exigencias del Ministerio de Educación, sin olvidar que la obligación debía estar respaldada en una carta de compromiso, por tanto, estimó, no es dable afirmar una irregularidad con base en esta circunstancia comoquiera que la cantidad requerida obedeció

al cumplimiento de una obligación contenida en los requerimientos técnicos. Si bien al momento de estructurar el presupuesto se exigió una cifra de 1.748 manipuladores, también lo es que durante la ejecución del proceso el contratista se obligaba a ajustar cada mes las relaciones técnicas de acuerdo con el número de raciones preparadas en sitio y que debían servirse de acuerdo con el SIMAT.

En tercer lugar, respecto de la irregularidad referida a la exigencia de la acreditación de la experiencia con máximo cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años, contados desde el cierre del proceso de selección cuyas cuantías debían ser iguales o superiores al doble del presupuesto oficial; explicó que lo que se buscaba con ello era permitir a otros proponentes que no contaban con dicha experiencia pudieran conformar un consorcio o uniones temporales para que sumada esa experiencia pudieran participar.

En cuarto lugar, en punto a la exigencia de que en dos de los cinco contratos certificados se acreditara el suministro de 140 raciones diarias, cuya sumatoria fuera de 11 millones de raciones a entregar en 59 días, contando con 877 restaurantes escolares era un requisito que solo podía cumplir la Fundación Kabala; adujo que cada requisito de experiencia general o específica se fundamentó en lo establecido en el manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación expedido el 23 de diciembre de 2013 por Colombia Compra Eficiente, que definió la experiencia

como el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades similares o iguales a las del objeto contractual.

En síntesis, en lo relativo a la experiencia, consideró, concurren características como que sea adecuada y proporcional. Para este caso la gobernación acudió a las directrices del manual citado, siendo este la carta de navegación. El pliego de condiciones determinó: el oferente debe acreditar experiencia en la prestación del servicio de alimentación escolar en el sector público. Esta irregularidad no existió, aseguró.

Respecto de la audiencia de tipificación, estimación y asignación de riesgos que realizó el 28 de julio de 2015 el secretario general, y que la fiscalía aseguró que no se realizó de manera adecuada por cuanto contrario a los artículos 88 del Decreto 2474 de 2008 y 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 que ordenaba la fijación de un acta detallada sobre lo acontecido en la audiencia, así como la asignación definitiva de los riesgos detectados por la administración no se cumplió en este caso, agregando que el acta fue una “pantomima”, además, al no concurrir nadie a la diligencia la gobernación debió buscar a los posibles oferentes para que se presentaran; arguyó que es necesario entender e interpretar el contenido del art. 88 citado que prevé que en ese tipo de audiencia se concurre para determinar los riesgos previsibles, y este va a ser, entre otras observaciones, el motivo de la audiencia.

El correcto entendimiento del precepto, afirmó, permite concluir que los pormenores del acta son producto de la discusión de las observaciones que postulen los oferentes que asistan a la audiencia y no la gobernación. Entonces, si no concurrió ningún oferente no hubo discusión, quedando constancia de ello en la respectiva acta como aconteció. Y no era obligación de la gobernación buscarlos. De ahí que no fuera entonces aplicable el artículo 2.2.1.2.1.1.2 antes citado que regula el trámite de la audiencia cuando asisten los oferentes con interés, lo que aquí no sucedió, por lo que la irregularidad no existió.

La quinta anomalía referida al acta de cierre y entrega de propuestas consistente en la intervención de Eder Enrique Castro Páez como supuesto representante del consorcio sin ninguna acreditación, adujo la defensa que esta se queda en el ámbito de la especulación por las siguientes razones: en primer lugar, para el cumplimiento de este requisito basta con la firma de la carta de propuesta por el representante legal del oferente que se llena con un simple formato. Distinta es la entrega de la propuesta que se hizo en el lugar indicado por la entidad. La entrega material de la oferta no está definida en la ley como un requisito habilitante, pues no mide la aptitud del oferente y tampoco exige que sea entregada personalmente por este o por su representante legal. La propuesta fue entregada por dicho ciudadano y suscrita por la representante legal del consorcio María Angélica Araújo, sin más formalismos, de tal manera que, contrario a lo afirmado por el fiscal, no hubo duda de quién la presentó, como así quedó evidenciado en la prueba 26 y tampoco ese hecho puede constituir una irregularidad.

En punto de la sexta ilegalidad, consistente en que la evaluación formal de la propuesta, que permitió la selección del contratista, se hizo en un documento sin fecha, sin especificación de folios, sin los antecedentes de los representantes legales ni los certificados del consorcio, y sin la presentación de un cronograma de actividades; dijo, se trata de otra afirmación sin sustento, porque la acreditación de estos aspectos surge del contenido de los documentos que soportan tanto el proceso contractual como la propuesta y no de uno solo, lo que se puede advertir de las pruebas 12 y 13 de la defensa y 26 y 28 de la fiscalía, en donde aparecen registrados todos los aspectos echados de menos por ésta. Incluso en el punto 11 del aviso, pág. 3, figura el cronograma detallado de contratación.

En el acta de cierre y entrega de propuestas se consignó la presentada por el consorcio, y el número de folios, sin que se haya planteado ninguna observación, es decir, sí estaba enumerada; lo que permite concluir que al interior de la propuesta aparecen los datos que extraña el fiscal y que erige en una irregularidad sustancial, tales como las certificaciones y antecedentes del consorcio según aparece en las páginas 11 a 36 de la prueba documental 28.

No era función del comité, afirmó, hacer un estudio de títulos para saber quiénes eran los familiares de la persona que presentó la carta de intención, pues eso no lo exigía la ley, debía simplemente verificar la existencia del predio, de su propietario

y del compromiso de su futuro arrendamiento para lo cual bastaba el certificado de tradición y libertad, así, para la defensa esta irregularidad no existe.

En relación con la séptima anomalía sustancial referida a la firma del contrato por parte del secretario general, que de haber procedido el gobernador en forma adecuada y ejercido el debido control, supervisión y vigilancia no se hubiera suscrito, dado el cúmulo de irregularidades advertidas, como la suscripción del contrato sobre una base desactualizada; la mención de los lineamientos de 2014 cuando correspondían los de 2015; y, la publicación en el SECOP seis meses después, señaló la defensa que estas tampoco existen.

Afirmó que durante los años 2013-2015 periodo de la gobernación del procesado se adelantaron más de 4.200 procesos contractuales, entre ellos los del PAE, siéndole imposible estar a cargo de todos, por lo que los procesos se adelantaron bajo el principio de “legítima confianza”, Decreto 0987 de 2010, el cual establecía la delegación y desconcentración de competencias en materia de ordenación del gasto y contratos en la secretaría general de la gobernación, normativa que posteriormente fue modificada por el Decreto 125 de 2013 que dada la cantidad de contratos autorizó al gobernador delegar en sus secretarías.

Ahora, no cabe duda, afirmó, que la delegación implica unos deberes específicos para el delegante pues debe ejercer

vigilancia, seguimiento y control de las facultades delegadas como lo ha explicado la Sala Especial de Juzgamiento, de tal manera que la responsabilidad del gobernador se circunscribe a sus propias acciones u omisiones en lo que respecta a sus deberes de dirección, orientación, instrucción y control, mas no a las acciones u omisiones del delegado, pues es claro que el delegante no responde por las acciones de éste, pues solo lo hace en caso de que omita los deberes legales derivados de la delegación.

Por tanto, se impone para la fiscalía probar que el procesado no ejerció sus deberes, es decir, no existió una adecuada vigilancia del proceso contractual que dio lugar a la licitación del contrato, y no limitarse a afirmar que el procesado no cumplió con sus obligaciones por el hecho objetivo de haberse presentado una serie de irregularidades que la defensa ha podido demostrar que no son ciertas y que son atípicas, lo cual descarta el supuesto “desdén” y la ausencia de seguimiento que se le atribuye al acusado, además de cualquier comportamiento ajeno a la ley, no pudiéndose dejar de lado que la acusación de culpabilidad ha sido ambivalente, confusa e imprecisa ya que en algunos momentos ha calificado de doloso su comportamiento por cuanto ordenó y dirigió el trámite precontractual y contractual, lo que no es cierto, insistiendo que su comportamiento fue con conocimiento y voluntad, pero en otros apartes refiere que la contratación se realizó con improvisación y desdén términos que resultan contrarios a un comportamiento doloso.

En fin, aseveró, su defendido confió en el adelantamiento del trámite contractual con apego a los principios de la contratación pública por parte de sus delegados, convencido del obrar adecuado e informado en el ejercicio del control y seguimiento realizado, lo que materializó en el *principio de confianza* soportado en la información que le suministraba el secretario general de la gobernación mediante memorandos, además de los reportes verbales que le fueron entregados como lo declararon los testigos Jorge Araújo y Octavio Lafont, funcionarios de la gobernación, sin olvidar que la delegación recayó en un equipo idóneo de funcionarios que nunca alertaron sobre posibles irregularidades o de actos ilegales que hubiesen puesto en cuestión el trámite contractual que lo hubieran llevado a reasumir su competencia.

La inexistencia de irregularidades, los múltiples memorandos e informes verbales dan cuenta que MONSALVO GNECCO buscó cumplir con los mandatos legales que giraron alrededor de la contratación del PAE, siempre con la buena fe de que los alimentos suministrados llegaran a sus destinatarios, siendo claro que el objeto del contrato se cumplió como lo declararon profesores y rectores, entre ellos: Jaime Troncoso, Luis Eduardo Mogollón, Bibiana Guzmán Picón y Melvis Oviedo, quienes dieron cuenta de que el servicio de alimentación no tuvo inconveniente alguno en sus regiones.

Lo anterior le permite concluir al defensor, que la séptima irregularidad no existió.

En cuanto a la octava y última irregularidad que tiene que ver con la liquidación del contrato respecto de la cual la fiscalía dedujo como anomalías: la primera, que no se determinó el porcentaje de la ejecución del contrato, ni cuál fue la razón de la diferencia de las cifras en ese acto, lo que impidió verificar si el mismo había sido realmente cumplido a cabalidad, agregando que se liquidó sin cuentas o soportes claros; frente a lo cual sostuvo que el porcentaje ejecutado del contrato alcanzó el 89.5% dentro de la secuencia razonable plasmada en el documento acta de liquidación. En su consideración 7, adujo, se puede observar que hasta el 24 de noviembre se había ejecutado el 68.44%, allí mismo se aclaró que faltaba el informe final que debía presentar el operador del periodo comprendido entre el 1 y el 24 de noviembre, fecha en la que terminó el contrato, dándose a entender de manera clara que hasta ese momento se había presentado solamente la facturación hasta el mes de octubre y que con la presentación y aprobación del acta de liquidación se cancelaría el periodo del mes de noviembre.

Consecuente con lo anterior, más adelante, en el ítem “avance de la ejecución” se plasmó el porcentaje final ejecutado por el operador del 89.5% relacionándose, por tanto, la facturación del mes de noviembre del 1 al 24, la cual hizo parte del acta de liquidación, requisito para reclamar el respectivo paz y salvo.

En cuanto a la segunda anomalía en la liquidación, sobre la cual sostuvo la fiscalía que el contratista presentó a la

interventoría copia de una factura de suministro cuyo valor ascendió a \$12.636.685.229, pero que conforme al comprobante de egreso emitido por la gobernación el valor era de \$13.492.089.354, es decir, muy por encima de lo declarado por el operador, arrojando una diferencia de varios millones; aseguró que como lo mencionó el perito experto de la defensa, debe señalarse que en la contabilidad de la gobernación se registró que el consorcio facturó \$15.388.164.588 por concepto de raciones entregadas aplicándose los descuentos por visitas técnicas que son glosas por la suma de \$127.276.000 para un pago total efectuado por la gobernación de \$15.260.887.877, pudiéndose deducir que se dejó de ejecutar la cifra de \$1.884.217.123 del valor inicial del contrato que fue superior a \$17.000.000.000.

Ahora bien, al revisar la contabilidad del contratista los ingresos generados por el consorcio tuvieron origen en actividades propias del suministro de alimentos escolares, es decir, su única fuente de ingresos correspondió a las facturas presentadas a la gobernación como se verifica de los libros auxiliares por terceros, observándose que sus ingresos por servicios facturados fueron de \$16.253.650.700. Además, es claro para la defensa, que el consorcio emitió un total de cinco facturas entre el 15 de octubre y el 2 de diciembre, todas a nombre de la gobernación por concepto del suministro de raciones alimenticias como así se desprende del informe técnico rendido por la defensa en este juicio.

Recordó que la factura num. 3 por valor de \$865.789.020, no fue pagada al consorcio debido a que correspondía a tres días de suministros efectuados por el operador que no se le reconocieron por no cumplir con los requisitos legales para firmar el acta de inicio del contrato.

Ahora, al analizar los recursos que se debieron invertir para mantener bien el producto en su estructura financiera del contrato, dijo que allí se tuvieron en cuenta tanto los costos directos como los indirectos. Al verificar los libros auxiliares por terceros, dijo haber encontrado que se registraron costos por valor de \$11.174.812.058, toda vez que la ejecución del contrato se apoyó en 41 proveedores. Por su parte, los costos indirectos recayeron en el proceso productivo general de uno o más productos por lo que no se puede asignar a uno solo de estos sin aplicar algún criterio de asignación, por ejemplo, arrendamientos, servicios públicos, transporte, entre otros. El consorcio registró estos rubros en la cuenta 51 operacional de administración, 53 no operacionales, y 61 costos de ventas y de prestación de servicios, hasta llegar, por costos indirectos, a una cifra de \$5.123.410.831. Los más significativos: los manipuladores, los elementos de aseo y cafetería, estampillas, fletes de transporte, menaje y la liquidación de manipuladoras para un porcentaje del 31.44% frente al costo total. Sumados costos directos e indirectos estos ascendieron a \$16.298.222.889, valor total que el consorcio invirtió para ejecutar el contrato.

Ahora bien, en la factura presentada por el consorcio por valor de \$12.636.685 (sic) estaban registrados los costos indirectos (sic), mientras que en el comprobante de egresos expedido por la gobernación se incluyeron además los costos indirectos (sic), estos son: la nómina de los manipuladores, la administración, las estampillas, y el impuesto de industria y comercio, conceptos que fueron desconocidos por la fiscalía.

En definitiva, comprobada la inexistencia de las irregularidades para “inflar” el presupuesto, concluyó que no hubo apropiación de dineros a favor del contratista por parte del gobernador. Estimó entonces que quedó probado que si no hay inexistencias (sic) debe llegarse a la conclusión con base en la prueba que no hubo ningún tipo de apropiación, que no se perdieron recursos del departamento, pues todo se llevó a cabo de acuerdo con los lineamientos y preceptos que establece la ley.

No es posible la apropiación de dineros sobre la base de errores en la estructura de los costos y del cálculo del presupuesto proyectado, pues para que se pueda imputar objetivamente el resultado en el delito de peculado por apropiación es necesario demostrar que, existiendo las diferencias o los sobrecostos estimados en el presupuesto como lo ha pretendido sin éxito el fiscal, efectivamente ingresaron al patrimonio de los particulares, es decir, que sí fueron pagados por el Estado, cosa que en este caso no aconteció, pues la fiscalía no probó esa hipótesis. En gracia de discusión, si hubiera sido así ¿adónde fueron a parar los dineros?, ¿a qué

bolsillos llegaron? Lo único que pagó la gobernación está soportado con los comprobantes de egreso y las órdenes de pago aportadas a este proceso.

Finalmente concluyó que las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales y peculado por apropiación de terceros enrostradas a su defendido “son atípicas”, “no existieron”, por lo que solicita sentencia absolutoria a favor de su defendido.

5. AUDIENCIA DE SENTIDO DE FALLO E INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA

5.1 Fiscalía

Empezó por referirse a los datos personales del procesado afirmando que se encuentra plenamente identificado con sus generales de ley, los que obran en el proceso. Se refiere a cada uno de ellos, incluido su período de gobernación. En lo que hace relación con la pena aplicable recuerda que los delitos por los que se anuncia la condena son el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 C. P.) y peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía (art. 397 inc. 2 C. P.). Señaló que el grado de participación que se le atribuye es el de coautor conforme al artículo 29 del Código Penal. Igualmente indicó que se le imputaron las causales de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal que como se anunció serán tomadas en

cuenta para efectos de la punibilidad. La fiscalía deja a criterio de la Sala la imposición de la pena condigna que por el monto y la naturaleza de los delitos impedirá la concesión de cualquiera de los subrogados penales conforme al artículo 68A del Código Penal.

5.2 Víctima

Reclamó únicamente la no concesión de los subrogados penales en atención a la prohibición contenida en el artículo 68A del Código Penal.

5.3 Procuraduría

Declinó hacer cualquier consideración sobre los tópicos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

5.4 Defensor

Empezó por determinar los delitos por los que se anunció condena y las penas previstas en la ley para cada uno de estos, además de las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal. Sin embargo, en su sentir la última de éstas no puede considerarse en la sentencia, pues a su prohijado se lo condenará a título de coautor, lo que riñe con dicha circunstancia, pues de

imponérsele se violentaría la prohibición de doble incriminación del artículo 8 del Código Penal.

Agregó que para efectos de la tasación de la pena además de eliminarse la circunstancia aludida, es evidente que también concurre la de menor punibilidad del 55-1 del C. P., como es la carencia de antecedentes penales, así se plasma en el anuncio del sentido del fallo. Igualmente, en su opinión también concurre la circunstancia de menor punibilidad del numeral 7 en concordancia con el numeral 10 del artículo 55 *ibidem*, pues nunca ha sido capturado y por el contrario siempre se ha presentado voluntariamente ante la autoridad que lo ha requerido como consta en el proceso.

Desde esta perspectiva en su sentir en este caso concurren dos circunstancias de menor punibilidad y dos de mayor punibilidad, razón por la cual para la individualización de la pena se impone partir de los cuartos medios, lo que significa, teniendo en cuenta que el peculado es el delito más grave, que la pena debe partir del mínimo del primer cuarto medio, es decir, 14 años, 5 meses, o lo que es lo mismo 173 meses, aumentada en tres o cuatro meses por el concurso para imponer una pena que no supere los 15 años de prisión.

Destacó que para efectos de la dosificación la defensa tuvo en cuenta los lineamientos propuestos por la Sala Especial de Juzgamiento en sentencias como la SEP00065-2019, radicado 41817 de 30 de mayo de 2019, la SEP111-2023, radicado

47325 de 18 de agosto de 2023, entre otros fallos por delitos similares o iguales.

En cuanto a la dosificación e imposición de la sanción, tomando en cuenta las funciones de la pena, ésta debe ajustarse a un marco proporcional, racional y justo en la medida en que el exceso terminaría desnaturalizando dichas funciones.

Asimismo, pide a la Sala que no haga efectiva la ejecución de la sentencia mientras esta no cobre ejecutoria material y haga tránsito a cosa juzgada, no haciéndose necesario el traslado de MONSALVO GNECCO a un centro de reclusión por las siguientes razones: (i) Desde que se decretó la medida de aseguramiento de detención domiciliaria del condenado hasta la fecha su comportamiento ha sido ejemplar, pues no existe informe de las autoridades en distinto sentido. Recuerda que el motivo en que se fundó la detención domiciliaria fue el de evitar que continuara delinquiriendo si seguía en el cargo de gobernador, es decir, evitar el peligro para la comunidad, nunca la fiscalía se refirió a la no comparecencia del entonces imputado. Incluso, enterado el día de ayer del sentido de la sentencia condenatoria, se ha mantenido cumpliendo su privación de la libertad y siempre ha cumplido con presentarse a todos los actos en que ha sido citado por la justicia. (ii) Asimismo, siempre ha acudido a todas las diligencias y ha estado atento al llamado de las autoridades. Y asegura que siempre cumplirá su detención domiciliaria y así lo hará hasta el final incluso hasta el fallo de segunda instancia sea

cualquiera su resultado. (iii) Igualmente, sobre el procesado recae un fuerte arraigo familiar, personal, social y profesional aspectos que impiden absolutamente la posibilidad de no comparecencia y de no cumplir sus decisiones, va a afrontar el resultado de la sentencia. Mientras la sentencia no quede ejecutoriada debe mantenerse su presunción de inocencia, derecho que en su opinión debe protegerse.

Invoca además la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria decretada por el Gobierno nacional, lo que lleva a entender el hacinamiento del sistema. Tales circunstancias se podrían obviar con mantener al procesado detenido en su domicilio. Insiste en que su defendido pueda permanecer en su domicilio mientras no cobre ejecutoria la sentencia.

5.5 Acusado

Declina intervenir.

6. CONSIDERACIONES

6.1 Competencia

A la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia concierne la facultad de proferir sentencia

dentro del proceso adelantado contra LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, de conformidad con el artículo 235-5 de la Carta Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, que radica en esta la competencia para juzgar, entre otros funcionarios a los gobernadores, previa acusación del Fiscal General de la Nación, y en este caso, además de desempeñarse actualmente como gobernador, los hechos que se le atribuyen fueron ejecutados cuando fungía como tal en el periodo constitucional 2012-2015; y guardan evidente relación con sus funciones.

6.2 Análisis fáctico y probatorio

En el análisis que ha de emprender la Sala deberá tener en cuenta que conforme al artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para dictar sentencia condenatoria es necesario que de las pruebas legal y oportunamente obtenidas, se llegue al «*conocimiento más allá de toda duda*» acerca de la ejecución de las conductas punibles objeto de reproche, y de la responsabilidad del acusado, conclusión que debe surgir de la valoración integral de los medios de convicción, acorde con las reglas de la sana crítica, según lo previsto en el artículo 380 *ibidem*.

Bajo este marco jurídico, tomando como punto de partida la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación en contra de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, y las alegaciones en extenso presentadas por partes e intervinientes en el juicio oral, se abordará el examen separado de cada una

de las conductas punibles materia del reproche, en el mismo orden de la acusación.

6.2.1 Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales

El artículo 410 del Código Penal, bajo el epígrafe de contrato sin cumplimiento de requisitos legales sanciona con penas de prisión, multa e inhabilitación para ejercer cargos públicos, al servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de estos. Así fue dispuesto por el legislador:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

El supuesto de hecho descrito enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir en un proceso de contratación, e incumple los requisitos sustanciales exigidos para su trámite u omite verificar que se hayan cumplido al celebrar o liquidar el contrato¹³.

¹³ Cf. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución. La primera: no observar los requisitos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos previos hasta su celebración; y, la segunda: al momento de su formalización o de su liquidación, omitir verificar que se hubieran satisfecho¹⁴.

De esta forma la ley penal distingue la conducta ejecutada por los servidores públicos facultados para tramitar el contrato, de la que realiza el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración o de liquidación¹⁵.

La primera modalidad alude a tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que, en la segunda, el contenido de la prohibición consiste en firmar el contrato sin verificar que se hubieran cumplido las exigencias legales esenciales en la etapa precontractual. Esta distinción se fundamenta en las modalidades de delegación y desconcentración de competencias a través de las cuales actualmente se ejerce la función pública en las entidades estatales¹⁶.

Las etapas previas y de ejecución son asignadas al personal del nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto, labor que éste ejecuta con estricto acatamiento de las formalidades legales en la etapa previa, por

¹⁴ Cf. *Ibidem*.

¹⁵ Cf. *Ibidem*.

¹⁶ Cf. *Ibidem*.

ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial¹⁷.

Los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de los niveles directivo o ejecutivo o equivalentes.

En todo caso, se reitera, la delegación y la desconcentración no implican el desprendimiento de la responsabilidad del encargado de la contratación, pues la función de adjudicación está a su cargo¹⁸.

El concepto de requisitos esenciales como elemento normativo hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber

¹⁷ Cf. CSJ, SP18532-2017, *ibidem*.

¹⁸ Cf. CSJ SP4413-2019, rad. 55967. La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, y en la Ley 80 de 1993¹⁹, normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan²⁰.

Lo anterior surge de una interpretación constitucional y sistemática de los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2° de la Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto²¹.

Asimismo, el artículo 209 de la Carta prescribe que la función pública está al servicio del interés general y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones²².

Se desprende de los artículos 1° y 2° de la Constitución, y 3 de la Ley 80 de 1993, que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado y sus trámites regidos por tales principios.

¹⁹ Al respecto CSJ. SP4463-2014, reiterado en CSJ. SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; y, CSJ. SP15528-2016, rad. 40383.

²⁰ Entre estas: Ley 1150 de 2007.

²¹ Cf. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383 de 26 de octubre de 2016.

²² Cf. *Ibidem*.

De otro lado, los cánones 1, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales²³.

En otras palabras, tal estatuto fija los requisitos que deben observar los servidores públicos al tramitar, celebrar y liquidar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo con los fines del Estado sino con la prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados²⁴.

El principio de planeación debe irradiar todas las fases para el perfeccionamiento y liquidación de los contratos, con lo cual se impide la improvisación pues prevé una acción preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia de establecer criterios de selección, de definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado²⁵.

Sobre el particular, el Consejo de Estado dijo:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de

²³ Cf. *Ibidem*.

²⁴ Cf. *Ibidem*.

²⁵ Cf. *Ibidem*.

*los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden*²⁶.

De ahí la importancia de la selección del contratista y de la celebración de los correspondientes contratos con respeto del régimen jurídico aplicable. Su ejecución y posterior liquidación deben ser ajenos a la improvisación, y resultado de una tarea programada y preconcebida que permita situar las actividades contractuales de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias del Estado con funciones planificadoras²⁷.

Por su parte, el principio de transparencia²⁸ resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista. Su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, con excepción de los casos previstos en la norma²⁹.

²⁶ Cf. CE 070012331000199900546-01, 28 de mayo de 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

²⁷ Cf. CE 15001233100019880843101-8031, 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

²⁸ Art. 24 Ley 80 de 1993.

²⁹ Cf. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Quiere decir lo anterior que el principio de transparencia está ligado al de selección objetiva, del cual deriva que la elección del contratista debe obedecer a razones de interés general para asegurar la oferta más favorable para la entidad, al margen de criterios subjetivos como la amistad, la conveniencia personal o el interés político.

En relación con este principio, la escogencia del contratista debe realizarse teniendo en cuenta la oferta más favorable a la entidad según los fines que se persigan, sin consideración de los mencionados criterios subjetivos³⁰.

El artículo 24 de la Ley 80 de 1993, determina las excepciones para no optar por la licitación o concurso públicos, entre ellas la menor cuantía de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, que se determina según el presupuesto anual de las entidades públicas, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, para cumplir con el deber de selección objetiva es menester la obtención previa de por lo menos dos ofertas, verbales o escritas, con la información necesaria del contrato. Incluso, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos³¹.

³⁰ Cf. CSJ. SP. Rad. 30933 de 26 mayo 2010.

³¹ Cf. CE., 15234. *Ibidem*.

Por su parte, el parágrafo del artículo 39 de la citada ley exceptúa de las formalidades plenas los contratos que no superan las cuantías allí delimitadas de cara a los presupuestos anuales de las entidades, evento en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien se delegó la ordenación del gasto³².

Para finalizar, conviene poner énfasis en que el bien jurídico de la administración pública es polivalente, es decir, protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del bien jurídico, como los bienes de la administración, la concepción estática del mismo³³.

A partir de esta noción es posible afirmar que el bien jurídico de la administración pública se pone en riesgo o lesiona cuando se infringen los principios de igualdad, imparcialidad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, principios que, como se dijo antes, sustentan el quehacer de la administración, se encuentran determinados en el artículo 209 de la Constitución Política, y en concreto en las normas específicas que los desarrollan como la Ley 80 de 1993,

³² Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383.

³³ Cf. CSJ. SP2294-2019, radicado 47475 de 26 de junio de 2019.

y los Decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, aplicables a este caso por la época de comisión de la conducta³⁴.

Al decir de la Corte el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales ampara los principios fundamentales de la contratación con prescindencia del fin o detrimento económico. Por eso un contrato a pesar de ser favorable, puede ser ilegal, de tal manera que para su materialización basta que se transgredan los principios fundantes de la contratación oficial sin importar otras consecuencias.

En ese ámbito, el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 está concebido en función de la protección, entre otros, del principio de transparencia y no del propósito económico. Por eso un contrato puede ser incluso beneficioso en términos económicos, pero igualmente ilegal, como ocurre cuando el proceso de selección se amaña con el fin de buscar la asignación del contrato a un particular mediante la exclusión de otros. Al obrar así, quien lo hace, irrumpe contra los principios de transparencia e imparcialidad, al excluir a otros de la oportunidad de acceder a la contratación pública en igualdad de condiciones y bajo las mismas oportunidades del beneficiado. Esa es la dimensión del injusto³⁵. (En ese mismo sentido: CSJ. SP3130-2021, radicado 58201 de 21 de junio de 2021).

Esta conducta típica, no recae en *cualquier* irregularidad en el proceso contractual. Las hipótesis de punibilidad sólo se contraen a la *tramitación, celebración y liquidación* del contrato, quedando por fuera de reproche penal del artículo 410, las anomalías presentadas en la fase de ejecución. De otra parte, no todo defecto conduce a realizar la descripción típica, pues la inobservancia de requisitos legales ha de serlo en relación con

³⁴ Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem*.

³⁵ Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem*.

aquellos que se reputan *esenciales*³⁶ Además, por respeto al principio de legalidad, la atribución de responsabilidad no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de *principios* de la contratación infringidos, sino que, con referencia a éstos, ha de identificarse el concreto precepto normativo y el mandato de conducta quebrantado por el servidor al *tramitar, celebrar o liquidar* el contrato, sin que sea dable hacer una interpretación *ex post* y lata de tales principios, a fin de crear presupuestos no exigibles al funcionario a la hora de contratar (CSJ. SP3963-2017, rad. 40216)³⁷.

El mandato en cuestión tiene también por característica el de ser un tipo penal en blanco, que precisa de la remisión a otros regímenes o disposiciones para completar su ámbito de prohibición, en este caso, el contenido y alcance de los ingredientes normativos. La jurisprudencia administrativa ha clasificado en dos categorías diferenciadas dichas normas extrapenales en consideración al régimen jurídico aplicable, por la distinción que ha hecho entre los contratos estatales propiamente dichos, reglamentados íntegramente por la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias (artículos 1º y 32 *ib.*), y los contratos especiales regulados por preceptos diferentes al mencionado estatuto, sujetos a un régimen legal propio.

Para quien ejerce la función administrativa, la observancia de los principios constitucionales y legales de la contratación y la función administrativa resulta obligatoria y a su tutela se orienta el artículo 410 del estatuto punitivo, al cual se

³⁶ Cfr. CSJ. SP513-2018, rad. 50530 y SP17159-2016, rad. 46037

³⁷ Cf. CSJ. SP-10382-020, radicado 52768 de 3 de junio de 2020.

encuentran materialmente incorporados en tanto determinan las exigencias esenciales del *trámite, la celebración y la liquidación* de los contratos estatales, ello sin perjuicio, se insiste, del régimen contractual bajo el cual se celebre el negocio jurídico por parte de la entidad estatal.

Teniendo de presente este marco conceptual la Sala se adentrará en el examen, en específico, de los elementos del tipo penal en relación con la actuación del acusado.

6.2.1.1 Tipo objetivo

En armonía con la descripción normativa de esta conducta, para lograr una plena adecuación típica es necesario establecer que el sujeto activo cualificado, es decir, el servidor público, hubiera incumplido por lo menos uno de los requisitos esenciales o sustanciales en el *trámite* de un contrato, o lo hubiera *celebrado* o *liquidado* sin verificar su observancia, siempre que se hayan vulnerado dichos requisitos. La etapa de ejecución queda al margen de la prohibición penal contenida en el artículo 410.

En relación con el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales la fiscalía acusó a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, porque como gobernador del departamento del Cesar “*inició, suscribió y liquidó*” el contrato de suministro 2015-02-1178 de 21 de agosto de 2015 del Programa de Alimentación Escolar (PAE), suscrito entre el

departamento del Cesar, a través de su secretario general Jaime Luis Fuentes Pumarejo, como delegado del gobernador, y el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, representado por María Angélica Araújo Noguera y conformado por la Fundación Kabala y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, sin el lleno de los requisitos legales esenciales que rigen la contratación de la administración pública e incumplió con el deber de *“realizar el control, supervisión y vigilancia que legalmente le competía, tanto en su tramitación como en su celebración y finalmente su liquidación”*.

En el presente caso, no existe discusión sobre la calidad de servidor público de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, tal como se determina con la certificación de la lideresa del programa de gestión humana de la gobernación del Cesar, Marithza Soto Lacouture, de 19 de noviembre de 2020, en la que hace constar que aquel se desempeñó como gobernador del departamento del Cesar desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 (5.1.2.7). Esto complementado con la credencial de declaratoria de elección (formulario E-28) como gobernador por la circunscripción electoral del departamento del Cesar para el periodo 2012-2015, expedida por los delegados del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil (5.1.2.5) y con el acta de posesión como gobernador para ese periodo ante la Asamblea Departamental del Cesar el día 1 de enero de 2012 (5.1.2.6).

Se concluye así que, para la fecha de los hechos, aproximadamente entre los meses de julio a noviembre de

2015, LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO se desempeñaba como gobernador del departamento del Cesar, es decir, ostentaba la calidad de servidor público, circunstancia que permite tener por cumplido el primer presupuesto de la tipicidad objetiva.

En cuanto al supuesto de hecho en concreto ha de recordarse que el parágrafo 4° del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, estableció que el Programa de Alimentación Escolar PAE, que venía ejecutando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, se trasladara al Ministerio de Educación Nacional, quedando en manos de este la orientación, ejecución y articulación sobre la base de estándares mínimos de *obligatorio cumplimiento* para su prestación, en concurrencia con las entidades territoriales.

En cumplimiento de lo previsto en dicha ley, el Ministerio de Educación Nacional elaboró los lineamientos que definen las orientaciones para la prestación de un servicio de calidad, y ofrece elementos técnicos para la ejecución de acciones alrededor de la alimentación escolar en el país. En su elaboración se consideró también que el Programa de Alimentación Escolar es una estrategia de política social territorial en la cual las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil tienen responsabilidad, en particular con la aplicación de la garantía de los derechos de la niñez.

Con dicho propósito el Ministerio de Educación Nacional debe realizar la revisión, actualización y definición de los parámetros técnico-administrativos, de los estándares y de las condiciones para la prestación del servicio para la ejecución del programa que serán aplicados por las entidades territoriales, los actores y operadores del programa³⁸.

La implementación del Programa de Alimentación Escolar del departamento del Cesar para el calendario escolar de 2015, tuvo origen en el Convenio Interadministrativo 842 de 2014 suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y el departamento del Cesar, representado por su gobernador, LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, *“con la finalidad de cofinanciar la ejecución del programa y lograr con esto contribuir al cierre de brechas se opta por suscribir el convenio interadministrativo de cooperación con el DEPARTAMENTO DEL CESAR para el desarrollo del Programa de Alimentación Escolar de acuerdo con los lineamientos técnico y administrativos que hacen parte integral del presente convenio, entendiendo esto como parte de los esfuerzos de ambas partes para alcanzar además la cobertura del Programa de Alimentación Escolar –PAE”*.

En dicho convenio, entre otras obligaciones, el departamento se comprometió a ejecutar el PAE con sujeción a los lineamientos entregados por el ministerio *“en documento anexo”*, los cuales debían ser incorporados por el departamento en las contrataciones derivadas; a adelantar los procesos de contratación a que hubiera lugar para iniciar la ejecución del PAE *“desde el primer día del calendario escolar del año 2015”*;

³⁸ Cf. Ministerio de Educación Nacional, Lineamientos Técnico-administrativos y Estándares del Programa de Alimentación Escolar PAE – Versión transitoria, mayo 2013.

establecer como parte integrante de las contrataciones derivadas del convenio los lineamientos técnico-administrativos y estándares del PAE definidos por el ministerio; a incorporar en las contrataciones derivadas del convenio garantías únicas que contengan como mínimo los amparos de cumplimiento, calidad, salarios y prestaciones sociales y responsabilidad extracontractual; a registrar los estudiantes beneficiarios del PAE en el módulo de estrategias del SIMAT; a entregar al ministerio informes mensuales sobre la ejecución financiera, técnica, legal y administrativa de este convenio de acuerdo con los medios y procedimientos establecidos por éste, que deben contener una constancia sobre el registro de beneficiarios en el SIMAT, los cupos contratados y realmente atendidos por modalidad; y, al finalizar el convenio entregar al ministerio un informe final que incluya un consolidado de los informes mensuales, además de los resultados sobre logros, dificultades y recomendaciones sobre la ejecución del PAE.

Por ser un tipo penal en blanco, la definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica ha de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la *contratación estatal*. Ello comporta, de acuerdo con los artículos 1 y 32 de la Ley 80 de 1993, su integración, por vía de remisión normativa, con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo complementen³⁹. Sin embargo, dada la existencia de regímenes contractuales especiales, regulados por disposiciones normativas diferentes al mencionado estatuto, de

³⁹ Sobre la constitucionalidad del reenvío normativo en el proceso de integración de los tipos penales en blanco, cfr., entre otras, C. Const. C-559/99, C-739/00, C-1490/00, C-333/01, C-917/01, C-605/06, C-121/12 y CSJ SP 19.12.2000, rad. 17.088.

acuerdo con la naturaleza del contrato, serán aquéllas las llamadas a definir los elementos normativos del tipo, cuando de tipologías o procedimientos de regulación propia se trate⁴⁰.

De lo señalado puede concluirse que la observancia de los principios constitucionales y legales de la contratación en general y de la naturaleza jurídica del contrato en particular, y de la función administrativa resulta obligatoria y a su tutela se orienta el artículo 410 del estatuto punitivo, al cual se encuentran materialmente incorporados en tanto determinan las exigencias esenciales del trámite, la celebración y la liquidación de los contratos estatales, esto, se insiste, según el régimen contractual bajo el cual se celebre el negocio jurídico por parte de la entidad estatal.

Ahora bien, en esta oportunidad se acusa al gobernador del Cesar de incurrir en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en relación con el trámite, celebración y liquidación del contrato 2015-02-1178, cuyo objeto fue el suministro de raciones alimenticias para las niñas, niños y adolescentes escolarizados del departamento del Cesar, durante 59 días del calendario escolar de los colegios oficiales, acorde con los lineamientos técnico-administrativos y estándares del programa de alimentación escolar PAE expedidos por el Ministerio de Educación de Nacional; por no haber verificado el cumplimiento de los requisitos legales esenciales durante el trámite y liquidación del contrato, por parte de los funcionarios subalternos en quienes delegó tanto el trámite como la

⁴⁰ Cf. CSJ. SP-712-2017, radicado 48250 de 25 de enero de 2017.

celebración y liquidación del mismo; como quiera que se demostró que controló todo el proceso contractual.

Con el fin de evidenciar la demostración de las irregularidades atribuidas al acusado en el trámite, la Sala abordará el análisis de cada una de ellas en el orden propuesto en la acusación, y luego verificará que las mismas le son atribuidas al acusado, por haber omitido ejercer los deberes derivados de la delegación, esto es, de instrucción, vigilancia y control, justamente porque controló todo el proceso contractual.

6.2.1.1.1 Primera irregularidad. Estudios previos

Sobre el particular planteó el ente fiscal la ilegalidad de los estudios previos elaborados en el mes de julio de 2015⁴¹ por Jorge Eliécer Araújo Gutiérrez, a la sazón secretario de educación, conclusión que a su vez dedujo de nueve hechos irregulares que se presentaron en dichos estudios, que en su sentir son violatorios de la normatividad contractual aplicable al negocio jurídico cuestionado y de los principios de planeación, economía, responsabilidad y legalidad de la contratación pública, los cuales se analizarán en el mismo orden propuesto por la fiscalía, así:

⁴¹ Prueba 5.1.2.18.

6.2.1.1.1.1 Primer hecho irregular. No se hizo estudio de necesidad

Lo hizo consistir, *grosso modo*, en que en dichos estudios no se estableció la necesidad de la contratación, ni su conveniencia, pues se limitaron a indicar los *objetivos generales* de la política nacional de alimentación escolar, pero nada se dijo acerca de la *conveniencia* de celebrar un contrato para suplir esa necesidad de alimentar durante 59 días a la población beneficiaria. La descripción de la necesidad es uno de los presupuestos exigidos por la Ley 80 de 1993 en su artículo 25 y por el Decreto 1082 de 2015 (art. 2.2.1.1.2.1.1) y hace referencia al objetivo que persigue la entidad con la adquisición del bien o servicio.

Afirmó la fiscalía que en este caso no se determinó cuál era la necesidad que se pretendía satisfacer frente a la realidad concreta del departamento, pues los estudios previos se limitaron a hacer una descripción de la situación nacional e internacional en relación con la situación de desnutrición infantil, sin abordar la situación específica del departamento y las necesidades que debía satisfacer con el objeto de la contratación en orden a superar la deserción escolar.

Al respecto señaló la defensa que el concepto de estudios previos fue previsto de forma general en los numerales 7 y 12 del art. 25 de la Ley 80 de 1993, y hace referencia al análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la

tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin. Sobre esa temática, agregó, la Corte Suprema de Justicia, rad. 40605 de 25 de mayo de 2016, expuso que el concepto de estudios previos debe interpretarse de manera integral frente a la Ley 80 de 1993 y a los principios constitucionales que rigen la función pública, por lo cual deben entenderse como tales, aquellos análisis técnicos o tecnológicos, documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar, sin importar el régimen legal que las cobije en cualquiera de las modalidades que señale la ley o el manual interno de contratación aplicable.

En síntesis, para el defensor los estudios previos son el inicio de la contratación y contienen todas las evaluaciones de sus extremos. Sin embargo, no es el único soporte documental de la necesidad y adecuada planeación del futuro contrato, es decir, la necesidad y debida planeación no se limita a lo que se consigne exclusivamente en los estudios previos, toda vez que la fase contractual a que alude la Ley 80 de 1993 integra una serie de documentos que concretan la debida necesidad del servicio por contratar y la adecuada e integral planeación. En este caso, esos documentos fueron: *i)* los estudios previos; *ii)* convenio interadministrativo 842 de 2014 y sus anexos técnicos; *iii)* los lineamientos técnicos de julio de 2014 y abril de 2015 del MEN; *iv)* el proyecto de inversión de apoyo al PAE en los establecimientos educativos oficiales del Cesar; y, *v)* los estudios del sector, documentos todos que evaluados integralmente arrojan lo que echa de menos el fiscal, esto es, la

adecuada precisión de la necesidad de contratar y la debida planeación.

Por consiguiente, le resulta inadmisibile que pretenda el ente fiscal radicar todas las incidencias del contrato solo a partir del documento denominado *estudios previos*, pues éste no se constituye en la única carta de navegación del objeto contractual, ya que como quedó visto a este se integran los demás documentos ya mencionados que permiten entender cuál fue la necesidad de la contratación y los presupuestos de la adecuada planeación.

Añadió que en el convenio interadministrativo 842 de 2014 y sus anexos, se plasmaron las consideraciones acerca de la necesidad de seguir contribuyendo con la alimentación de los estudiantes para mejorar su desempeño académico y reducir la deserción escolar. A su vez los lineamientos técnicos del MEN de julio de 2014 y abril de 2015, justificaron la necesidad de la prestación del servicio de alimentación escolar en el departamento.

Destacó, adicionalmente, que durante los años 2014 y 2015 se presentó una coyuntura especial por la vigencia de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo, que trasladó el PAE del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– al MEN lo que obligó a que éste expidiera una serie de lineamientos, que orientaran a los entes territoriales para la prestación de este servicio, lo que dio lugar a un periodo de

transición, por lo que se aplicaron los de 2014 (versión transitoria) y 2015, porque los unos no excluían los otros y los primeros se venían aplicando en todo el territorio como quedó consignado en la respuesta al derecho de petición que elevó la defensa al MEN.

La gobernación contó con el Proyecto de Inversión de Apoyo al PAE en los establecimientos educativos oficiales del departamento del Cesar elaborado el 27 de noviembre de 2014 que fue sustento de la necesidad extrañada por la fiscalía, toda vez que allí se consignaron derroteros importantes que justificaron el contrato cuestionado.

En este documento, agregó, se consignaron datos relevantes sobre deserción escolar en el departamento, población beneficiaria, número de estudiantes, entre otros aspectos, concluyéndose en la necesidad de la prestación del servicio de alimentación con el fin de favorecer el proceso de aprendizaje, documento que, sin duda, constituyó fundamento de la necesidad de la contratación.

Argumentó que se contó además con el documento denominado Estudios del Sector Programa de Alimentación Escolar en el cual se consignaron datos y cifras estadísticas que sirvieron de base para la concreción del contrato cuestionado y justificaron la necesidad de la contratación.

Estos documentos, tenidos en cuenta en conjunto, a su juicio, evidencian de manera clara, precisa y concreta que la administración departamental, como lo explicó también Octavio Javier Lafont Chica, sí realizó una descripción detallada sobre la necesidad de la contratación, lo que desvirtúa la imputación de la fiscalía.

En relación con este primer hecho irregular, la Sala empieza por señalar que los estudios previos tienen fundamento en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, que dispone que previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

A su vez el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, vigente a partir del 26 de mayo de 2015, fecha anterior a la elaboración de los estudios previos del contrato cuestionado, reguló lo relacionado con su contenido, señalando que son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. De acuerdo con esta norma, deben contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección, entre otros: *“1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación”*.

Es precisamente este aspecto el que la fiscalía enrostra al acriminado señalando graves deficiencias en su desarrollo, especialmente la falta de concreción de la necesidad del departamento para contratar el PAE para los 59 días del calendario escolar de 2015 que restaban, que impiden tener por satisfecho este presupuesto esencial del contrato 2015-02-1178 y, en ese orden, se violó la legalidad de su trámite.

En efecto, revisados los estudios previos del contrato en cuestión que datan de julio de 2015, en particular la descripción de la necesidad (1.1), advierte la Sala que le asiste razón a la fiscalía, pues su contenido no contempla la necesaria referencia a la situación concreta del departamento y a la necesidad específica que se pretende satisfacer con el contrato cuestionado, como lo demanda el artículo citado del Decreto 1082 de 2015, cuando hace referencia a uno de los elementos que debe contener los estudios previos: *“la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación”*.

Por el contrario, la *“descripción de la necesidad”* plasmada en los estudios previos (5.1.2.18) hace referencia general a unos análisis realizados por el Ministerio de Educación Nacional entre los años 2002 y 2011, relacionados con las tasas de deserción escolar en Colombia, y de estas, el alto porcentaje de estudiantes que lo hicieron por ausencia de ayudas alimenticias, conclusiones apoyadas en la *“Encuesta nacional de la situación nutricional en Colombia 2010”*.

A continuación hizo mención a la “*Estrategia mundial sobre régimen alimentario, actividad física y salud*” de mayo de 2004, divulgada por la 57^a Asamblea Mundial de la Salud celebrada por la Organización Mundial de la Salud, además de las metas de reducir a la mitad los índices de hambre y pobreza, asumidas por la Asamblea de la Naciones Unidas en septiembre de 2000, metas definidas por Colombia en el CONPES 140 de 2011, que posteriormente se tradujeron en la Política Nacional de Seguridad Alimentarias y Nutricional dirigida a toda la población colombiana, cuyos objetivos tiene impacto directo en el PAE.

A partir de estos contenidos y con el propósito de dar cumplimiento a la política pública relacionada con el Programa de Alimentación Escolar “*tomando como referente la matrícula del SIMAT y los lineamientos del MEN para la actual vigencia*”, se dijo haber puesto en marcha el programa con una meta de 87.000 raciones diarias de alimentos, calendario escolar, en los establecimientos educativos del departamento.

De ahí puede afirmarse la evidente ausencia de un estudio o análisis relacionado con la situación concreta del departamento para ese momento que justificara la necesidad de la celebración del contrato y el alcance de su objeto como lo exige el Decreto 1082 de 2015, presupuesto que no puede ser

suplido por otra clase de análisis o documento como equivocadamente lo sugiere el defensor.

Ahora, conviene precisar que lo que aquí se discute no es la ausencia de estudios previos, sino el correcto desarrollo de uno de sus aspectos estructurales como lo es la “*descripción de la necesidad*” de la contratación en los términos del Decreto 1082 citado, que la entidad pública pretende satisfacer con la celebración del contrato, lo que, como se ha dicho, implica un análisis que tome en cuenta la situación particular del departamento en el asunto relacionado con la realidad de sus estudiantes y de sus necesidades alimenticias, todo con datos actualizados, y no como se hizo aplicando información general del Ministerio de Educación Nacional de los años 2002 y 2011, absolutamente obsoleta para la fecha de la contratación, y de alcance nacional que nada dice de la situación específica del departamento para ese momento en relación con los temas materia del objeto del contrato, como corresponde al cumplimiento del fin que se persigue con la exigencia de que en los estudios previos se haga una descripción de la necesidad que se busca satisfacer con la contratación, requerimiento íntimamente vinculado a los principios de planeación y economía.

La descripción de la necesidad debe estar plenamente desarrollada y justificada en los estudios previos y no en otros documentos, como lo pretende la defensa, pues se trata de un presupuesto o elemento que conforme al 2.2.1.1.2.1.1 del

Decreto 1082 de 2015, debe estar contenido en los estudios previos del contrato a celebrar que a su vez son el soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, el pliego de condiciones y el contrato mismo.

Los estudios y análisis referenciados por la defensa, como los lineamientos del MEN y el contrato interadministrativo 842 de 2014, en manera alguna reflejan la necesidad concreta y del momento del departamento del Cesar en orden a proveer los complementos alimenticios para su población estudiantil, que es la requerida para estructurar correctamente los pliegos de condiciones y la contratación que se pretendía adelantar de acuerdo con la necesidad particular descrita.

Además, la información plasmada en el documento en referencia se halla desactualizada si se toma en cuenta que los estudios previos se elaboraron en el mes de julio de 2015 para ejecutar desde ese mes hasta noviembre siguiente y para esto supuestamente se apoyaron en información y estudios del Ministerio de Educación Nacional de los años 2002 y 2011 y de estudios de la Organización Mundial de la Salud del año 2004, época en la que se promulgó la Estrategia Mundial de la Salud invocada en los estudios previos, lo que significa que además de general, se manejó una información desactualizada, por lo que no se cumplió con este requisito, pues a partir de datos generales e información obsoleta no puede arribarse a una conclusión real de la necesidad que justificaba la celebración del contrato en los términos de los principios de planeación y

economía, es decir, identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas, evitando la improvisación y procurando el máximo aprovechamiento de los recursos.

En los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴², las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.

Esa misma corporación⁴³, posteriormente reiteró que todos los procesos contractuales deben estar condicionados a lo establecido por los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, es decir, a los principios generales de la contratación, como lo son el de planeación, economía, publicidad y selección objetiva del contratista.

En ese orden de ideas, sostuvo, el principio de planeación en materia contractual es uno de sus pilares, pues a partir de este se racionaliza el gasto público, por lo tanto, debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica y el impacto social. Es así como

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de agosto de 2006.

⁴³ Cf. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". CP. Luis Rafael Vergara Quintero. Rad.11001-03-25-000-2012-00762-00 (2520-12) de 20 de octubre de 2014.

debe existir una sólida justificación del gasto con el objeto de optimizar el manejo de los recursos estatales.

Es por esto que, con anterioridad a la apertura del proceso de selección del contratista, la entidad contratante debe elaborar los estudios previos necesarios que permitan establecer la conveniencia, las necesidades y los servicios o los bienes que pretenda contratar.

Posteriormente el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, reglamentó el tema relacionado con los estudios previos al disponer que:

“En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1.- La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación. (...).”

Así las cosas, independientemente de la modalidad de selección que proceda, resultan obligatorios los estudios previos, para todos los eventos contractuales.

De esta manera, dejó claro el Consejo de Estado⁴⁴ que, en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis

⁴⁴ Cf. Sala de lo Contencioso Administrativo, *ibidem*.

suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual.

Y que, el desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los estudios previos vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros.

En este caso, como se ha expresado, el estudio de la necesidad concreta del departamento para proceder a la contratación del suministro de alimentos para el PAE 2015 durante los 59 días del calendario escolar restantes carece de la seriedad, complejidad y rigor necesarios como para tener por cumplido este importante presupuesto de la contratación como garantía del principio de planeación, incumplimiento que en manera alguna puede ser sustituido por las consideraciones plasmadas en el convenio interadministrativo 842 de 2014 entre el MEN y el departamento del Cesar, ni los lineamientos técnico-administrativos del MEN, como lo sugiere la defensa.

De esta manera también se omitió satisfacer los requerimientos del numeral 5.1.1.1 “Diagnóstico situacional del municipio y análisis de la información” de los Lineamientos técnico-administrativos del PAE del Ministerio de Educación Nacional, expedido sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento de conformidad con la Ley 1450 de 2011⁴⁵, relacionados con la suficiente información y análisis concretos que justifican, entre otros, la *necesidad* de la

⁴⁵ Numeral 4.1.7 de los Lineamientos Técnico-administrativos de abril de 2015.

contratación, que impone a las entidades territoriales en relación con la planeación del PAE efectuar un diagnóstico situacional y análisis de información con el fin de identificar la población escolar a priorizar con relación al número y porcentaje de niños, niñas y adolescentes en edad escolar, condiciones geográficas, caracterización de acceso a los establecimientos educativos, zonas o barrios de mayor pobreza, jornadas escolares, total cobertura del sistema escolar, total de matrícula por grados, entre otras, todo orientado a determinar la *necesidad* de la contratación y su medida.

Sobre la importancia del principio de planeación en la contratación estatal, la Sala de Casación Penal⁴⁶, explicó que tal como está previsto en la legislación colombiana, hace parte integral de los principios de economía y responsabilidad, y guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y legalidad, concepto según el cual la escogencia de los contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no puede ser de ninguna manera producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o de sus funcionarios, sino de unos pasos serios, ordenados y organizados hacia la consecución de los fines esenciales del Estado.

Más aún, la planeación contractual se constituye como una etapa determinante en la definición de las condiciones del futuro contrato. A partir de ésta se establecen los elementos fundamentales que acompañarán las fases subsiguientes, es

⁴⁶ SP6809-2016, radicación 40605 de 25 de mayo de 2016.

decir, el proceso precontractual en sí mismo, contractual y poscontractual.

En conclusión, estima la Sala que con esta conducta se vulneró el principio de planeación de la contratación en el caso del contrato cuestionado.

6.2.1.1.1.2 Segundo hecho irregular. Inexactitud en la cantidad de población beneficiaria y priorizada

Es el relacionado con la cantidad de población beneficiaria y priorizada con el contrato, que en el caso no guarda correspondencia con el número de estudiantes registrados en el SIMAT. Esto tiene respaldo en el hecho de que la información del SIMAT de 2015 refleja cómo los estudiantes inscritos en el mes de abril eran 142.284; en mayo 141.812 y en junio 140.155, lo que hace que la cantidad de 146.100 asumidos en los estudios previos, es decir, 5.000 estudiantes sea una cifra superior al promedio que infló el cálculo de raciones a suministrar, al punto de haber quedado más del 10% del contrato sin ejecutar, lo que adicionalmente pone de manifiesto la falta de planeación. Es decir, la información de 2014 tenida en cuenta en los estudios previos es distinta de la disponible en el segundo trimestre de 2015, tres meses anteriores a julio de 2015, fecha de elaboración de dichos estudios que fue la que debió aplicarse para determinar la población estudiantil a beneficiar.

Sobre esta irregularidad el defensor expresó que el sistema integrado de matrículas, SIMAT, es una herramienta que permite organizar y controlar el proceso de matrícula en todas sus etapas para la toma de decisiones. En este caso, sostuvo, debe tomarse en cuenta que el contrato fue proyectado a finales de 2014, por lo que se aplicaron las cifras del SIMAT de octubre de ese año, evidenciándose que las matrículas registraban 139.522 estudiantes que fue la focalización establecida por el departamento, sin embargo, debía hacerse un aumento de la proyección para el año 2015 con el objeto de garantizar la prestación del servicio a los estudiantes nuevos por lo que se estimó un aumento del 4.7%, de ahí que la tabla 4.1 “presupuesto oficial” de los estudios previos fijó los complementos de la mañana en 87.400 y los almuerzos en 58.700 para un total de 146.100 raciones, de donde, adujo, se aprecia que nada es caprichoso o arbitrario que haga suponer la intención de inflar el presupuesto.

Además, añadió, no hay una norma que imponga que se deben aplicar los cortes del SIMAT de los últimos tres meses anteriores al contrato como lo exige la fiscalía. Para la defensa este cargo constituye una exigencia de requisitos *ex post* que vulnera los principios de estricta tipicidad y de legalidad.

Pues bien, para la Sala, de acuerdo con el numeral 1.2 “población objetivo” de los estudios previos (5.1.2.18), ha de expresar que la contratación estaba dirigida a “Niños, niñas y adolescentes del área rural y urbana, registrados en el Sistema de Matrícula SIMAT como estudiantes oficiales”, lo que significa que,

de conformidad con ello, para efectos de determinar el número de estudiantes a beneficiar con el programa, un correcto ejercicio de planeación hacía menester verificar y atender los registrados para la época de los estudios previos, en este caso, los inmediatamente anteriores a julio de 2015, fecha de elaboración de tales estudios, como bien lo señala la fiscalía, y no los de octubre de 2014 como lo pretende la defensa.

En sentir de la Sala no resulta admisible que unos estudios previos elaborados en julio de 2015 empleen datos de años anterior cuando, como se sabe las bases de datos del SIMAT, son permanentemente alimentadas por los rectores de las instituciones educativa conforme lo ordena la Resolución 7797 de mayo de 2015 del MEN, de tal manera que regularmente se encuentran actualizadas. De la permanente actualización del SIMAT da cuenta el testigo Gelvis Oviedo Melvis (5.2.1.8), docente directivo, rector de la Institución Educativa, Ernestina Castro Aguilar del corregimiento de Costilla, municipio de Pelaya, al señalar: *“cuando llegaban alumnos nuevos nosotros los matriculábamos e inmediatamente con eso se actualizaba el SIMAT y cuando se retiraban nosotros los retirábamos del SIMAT. Era una constante”*⁴⁷.

En este mismo sentido Luis Eduardo Cote Mogollón, actual rector de la Institución Educativa Nacionalizada de Pelaya, Cesar y para la época de los hechos rector de la Institución Educativa Sor Matilde Sastoque del municipio de San Martín, dio cuenta de que diariamente cuando llegaban los

⁴⁷ Audio 01:10:00, sesión de audiencia de juicio oral de 7 de septiembre de 2022.

estudiantes se les hacía el registro y de igual manera descargaban del sistema a los que se desvinculaban⁴⁸.

La obligatoriedad de emplear la información actualizada del SIMAT se imponía incluso a pesar de supuestamente haberse iniciado la proyección del PAE en octubre de 2014, porque un correcto ejercicio de planificación exige necesariamente la actualización de los datos e información requeridos, pues no de otra manera se entendería la finalidad de los obligados estudios previos que por disposición legal deben anteceder a todos los procesos contractuales en los términos del Estatuto General de la Contratación Pública, máxime que de conformidad con el 1.6.1 de los lineamientos de abril de 2015, la población objetivo del programa se focaliza en los niños, niñas y adolescentes registrados en el SIMAT como estudiantes oficiales, registro que por razones obvias de sentido común, deben estar lo más actualizado posible, pues su actualidad precisamente hace que sea consecuente con el principio de planeación. O ¿qué sentido podría tener entonces proyectar un contrato con datos obsoletos o desactualizados? Es un asunto de sentido común.

De ahí que no sea plausible la explicación ofrecida por el testigo de la defensa, Jorge Eliécer Araújo Gutiérrez⁴⁹, a la sazón, secretario de educación y estructurador del proyecto, cuando señaló que la proyección o planeación se hizo para todo el calendario escolar 2015 y no para dos contratos, puesto que,

⁴⁸ Audio 02:20:39, *ibidem*. Reitera la actualización permanente del SIMAT a 02:44:23.

⁴⁹ Audio 1:41:30 sesión de juicio oral de 12 de octubre de 2022.

en opinión de la Sala, si se iban a tramitar dos contratos como efectivamente se hizo, era obligado efectuar los estudios respectivos para cada uno y no uno solo para todo el año 2015 como se pretende, ya que cada proceso de contratación es independiente y debe contar con sus propios estudios y análisis debidamente actualizados, de tal manera que la proyección para todo el año escolar 2015, sería admisible solamente para la primera contratación y no para la segunda que es la que interesa, pues esta, se reitera, se llevó a cabo en agosto de 2015 y por tanto, de cara al principio de planeación ameritaba la actualización de toda la información.

Y, es por esto mismo que tampoco sea de recibo la explicación ofrecida por Lafont Chica, que admiten que para determinar el número de estudiantes beneficiarios se tomó el SIMAT de octubre de 2014 que a esa fecha mostraba un aproximado de 139.000 estudiantes de cero a noveno grados, pero con una proyección de un 4% adicional para el año 2015 “que arrojó un guarismo de 146.100 estudiantes”, y sobre este número se fijó la inversión estimada para el calendario escolar 2015. De todas maneras, el cálculo efectuado por el testigo, aún con sus cifras, es incorrecto porque hecho así arroja un resultado de 144.560 estudiantes y no de 146.100 como se plasmó en los estudios previos, persistiendo, aún en esa hipótesis, una diferencia de 1.540 estudiantes.

De cualquier manera, es inadmisibles asumir que el proyecto de inversión del PAE 2015 se hubiera programado para todo el calendario escolar sin contar con el presupuesto

total, pues cada contrato es independiente y debe estar precedido de todos los requisitos esenciales, de tal manera que el cuestionado requería de sus propios estudios previos debidamente actualizados, y demás requisitos y trámites necesarios para resguardar su legalidad como lo demanda la Ley 80 de 1993 y lo exigen los lineamientos técnico-administrativos del PAE expedidos por el MEN.

La aplicación de datos actualizados no es un requisito *ex post* como lo sugiere el defensor del procesado, se trata de un presupuesto lógico consonante con la debida planificación del proceso contractual, lo cual permite que el mismo se ajuste lo más cercano posible a la realidad.

De cualquier manera, ni en los estudios previos (5.2.2.3), ni en el Proyecto de Apoyo al PAE (5.2.2.12), se explica o se identifica cuál es la fuente que determinó el número de 146.100 estudiantes a beneficiar con las raciones alimenticias. Ni se dice allí y tampoco se infiere de dónde surge esa cantidad de estudiantes beneficiarios del PAE. En el anexo 2 “Presupuesto oficial” de los estudios previos aparece un listado denominado “Distribución de raciones por IED” que asigna un número de raciones a cada institución educativa que en total finaliza con 146.100, pero no se revela de dónde se tomó la información aplicada.

Dicha información tampoco surge de los cortes del SIMAT de enero-mayo de 2015 (5.2.2.22) y junio de 2015 (5.2.2.22),

aplicables como se dijo por razón de la época de la contratación, pues ninguna de las cifras plasmadas en dichos archivos coincide con la aplicada por la gobernación para determinar el número total de raciones y de estudiantes beneficiarios en 146.100. Además, en dichos archivos se listan la totalidad de estudiantes del departamento desde el grado 0 hasta el 11, mientras que el PAE 2015 iba dirigido a los grados desde el 0 hasta el 9 solamente, lo que desdice de una debida planeación y pone en evidencia el capricho e improvisación de la administración para calcular el número de estudiantes beneficiarios.

6.2.1.1.1.3 Tercer hecho irregular. Indebida planeación

Se refiere a una indebida planeación del PAE desde el punto de vista temporal y por eso se surtieron dos procesos contractuales idénticos en el mismo año: el 2015-02-0041 celebrado con el Consorcio Alimentando un Cesar más Educado; y el 2015-02-1178, que aquí es objeto de análisis, suscrito con el Consorcio Educación Escolar a Salvo 2015, integrados ambos por las mismas personas jurídicas, según se desprende de los documentos de creación de los dos consorcios. Esto le permitió a la fiscalía predicar un *fraccionamiento* del contrato.

De acuerdo con los presupuestos técnico-administrativos del PAE, la prestación del servicio se efectuaría durante todo el

calendario escolar de 180 días definido por la entidad territorial certificada, como lo indicó Lafont Chica. Sin embargo, el plazo de ejecución del contrato 2015-02-1178 objeto de investigación, solo fue de 59 días calendario. Conforme con el principio de planeación el departamento tenía la obligación de asegurar las partidas presupuestales, así como constituir las reservas para garantizar el año lectivo como término para la prestación del servicio, y no 59 días, como se hizo.

La defensa por su parte desestimó esta apreciación, pues en los términos del convenio interadministrativo 842 de 2014 (5.2.2.5), correspondía a la gobernación presentar al inicio un plan de ejecución de los recursos 2014 y la contratación del servicio para el año 2015, además de adelantar los procesos de contratación a que hubiera lugar para ejecutar el PAE desde el primer día del calendario escolar 2015. En términos de los lineamientos del MEN la prestación del servicio de alimentación escolar se efectuaría durante el calendario escolar de 180 días definido por el ente territorial certificado.

Explicó que, de acuerdo con dicho convenio, el aporte de la Nación para la financiación del programa en la vigencia 2015 fue de \$11.329.548.468 proyectado para 121 días y no para los 180 días del calendario, desde la fecha de la celebración del convenio, y con un valor del complemento de la mañana y el almuerzo calculados en \$970 y \$1.320, respectivamente.

Sobre la financiación del PAE para 2015, afirmó la defensa que el numeral 7 de la cláusula tercera del convenio 842, además de los recursos aportados por el MEN establecía la posibilidad de ampliar la cobertura a través de la promoción y gestión de recursos para la generación de una bolsa común.

Sostuvo el apoderado que a partir del convenio 842, de obligatorio cumplimiento para implementación del PAE, era claro que los recursos, coberturas y minutas definidos por el MEN para su ejecución en la vigencia de 2015, no atendieron la real necesidad del departamento por cuanto se definieron por un plazo inferior al calendario escolar y la baja estimación de beneficiarios y minutas complemento alimenticio y almuerzos requiriendo ser ampliados a partir de la gestión de recursos por parte del departamento.

De otro lado, siguió, acorde a los lineamientos del MEN, desde la formulación del proyecto de inversión de apoyo al PAE en el departamento del Cesar, base estructural para el proceso de selección del contrato cuestionado, la secretaria de educación definió que el plazo de ejecución era de 180 días calendario escolar durante la vigencia de 2015, por lo que estimó el presupuesto en \$52.307.100.000, sin incluir interventoría, teniendo en cuenta que las raciones diarias eran un complemento alimenticio en la mañana y el almuerzo en la jornada de la tarde.

Según la defensa, teniendo en cuenta que la proyección del PAE se hizo para todo el año lectivo 2015, esto es, para 180 días calendario escolar, la gobernación en un adecuado ejercicio de planeación y basada en las limitaciones del artículo 171 del Decreto 111 de 1996, efectuó dos procesos de selección a través de licitación pública, pues para el momento del primer contrato de enero de ese año no se contaba con los recursos suficientes para los 180 días del calendario escolar, pues al abrir el proceso licitatorio LPSGED-0008-2014 de 2014, apenas reunieron las apropiaciones previas y suficientes derivadas del convenio suscrito con el MEN y la transferencia dispuesta por Resolución 22159 de 23 diciembre 2014. Ante la necesidad de garantizar la continuidad del PAE para todos los estudiantes por el tiempo faltante para completar el calendario escolar, es decir 59 días, agregó, fue necesario apropiar recursos de transferencias derivados de la Resolución 04173 de 26 de marzo de 2015 del MEN y del sistema general de regalías. Todo esto imposibilitó la celebración de un solo contrato para todo el año lectivo, siendo necesario efectuar uno por 121 días y otro por 59 días, por lo que no puede afirmarse la existencia de un *fraccionamiento*, amén de que la selección del contratista fue por licitación pública.

Para dar respuesta al cargo debe comenzar la Sala por señalar que la fuente inmediata de implementación del PAE por parte del departamento del Cesar es el Convenio Interadministrativo 842 de 30 de octubre de 2014 (5.1.2.35), suscrito entre aquél, representado por MONSALVO GNECCO y el Ministerio de Educación Nacional cuyo objeto consistió en: *“aunar esfuerzos, técnicos, administrativos y financieros para implementar*

el programa de alimentación escolar de acuerdo con los lineamientos técnico-administrativos anexos a este convenio y con los términos y alcance establecidos en el mismo”.

Dentro de este marco de cooperación en la cláusula tercera se establecieron una serie de obligaciones que debía cumplir la entidad territorial certificada (ETC), entre otras, en relación con la financiación del PAE, asumir los compromisos de: (i) solicitar ante los concejos municipales o ante las asambleas departamentales, según el caso, *“las autorizaciones para comprometer vigencias futuras con fundamento en los recursos propios destinados a la ejecución del programa, así como con los recursos que aportará el ministerio en cumplimiento del presente convenio”*; (ii) incorporar los recursos aportados por el ministerio al presupuesto de la ETC en un plazo máximo de treinta (30) días calendario contado a partir de la fecha del perfeccionamiento del convenio; (iii) promover esquemas y gestionar recursos para la generación de una bolsa común que permita ampliar la cobertura y/o cualificar la minuta con los requisitos mínimos establecidos por el ministerio.

De acuerdo con el 3.4 de los lineamientos técnico-administrativos del MEN, versión transitoria de mayo de 2013, aplicable para la fecha del Convenio 842, *“el PAE realizará la prestación del servicio durante el calendario escolar definido por cada entidad territorial”*.

Entonces, así las cosas, se tiene que si se optó por suscribir dos contratos ello obedeció no a la carencia de

recursos suficientes para adelantar la contratación por todo el periodo del calendario escolar, sino a la omisión de la gobernación, o mejor, a su falta de gestión para reunir los recursos presupuestales necesarios para cubrir todo el año lectivo de 180 días como lo exigen los lineamientos del MEN y como se comprometió el propio gobernador acusado al suscribir el convenio interadministrativo.

Es que revisadas las distintas posibilidades de financiación del PAE señaladas en el numeral 2.2 “Fuentes de financiación” de los lineamientos del MEN referidos (5.1.2.35) el departamento contaba con infinidad de posibilidades presupuestales para financiar el programa durante todo el periodo lectivo. Contaba entonces con recursos del presupuesto general de la nación asignados anualmente por el Ministerio de Educación Nacional (2.2.1); los provenientes del sistema general de participaciones SGP, de destinación específica que se transfieren a las entidades territoriales que deben invertirse en el PAE; los provenientes de regalías y recursos propios de libre inversión, e incluso, pudieron solicitar autorización de la Asamblea Departamental para comprometer *vigencias futuras*, con fundamento en los recursos propios destinados a la ejecución del programa y en los aportados por el ministerio en cumplimiento del convenio interadministrativo⁵⁰.

⁵⁰ En este sentido ver cláusula tercera del Convenio interadministrativo 842 de 2014 “obligaciones de la entidad territorial” (5.1.2.35)

Incluso, los lineamientos referidos (2.2.4) consagran otras fuentes de financiación por parte del sector privado, cooperativo o no gubernamental del nivel nacional e internacional y cajas de compensación, siempre y cuando ese presupuesto se maneje de forma independiente a los aportados por la Nación y los entes territoriales.

El escenario descrito permite enervar la validez de la propuesta defensiva sobre este particular, dirigida a justificar la celebración de dos contratos PAE para la vigencia de 2015 a la insuficiencia de recursos para cubrir la totalidad del calendario escolar de 180 días con este argumento, también esbozado por el testigo Lafont Chica⁵¹, toda vez que, como lo señaló la fiscalía, el principio de planeación y las obligaciones adquiridas a través del convenio interadministrativo, le imponían al departamento el deber de asegurar las partidas presupuestales suficientes, así como constituir las reservas para garantizar el año lectivo como término para la prestación del servicio, para ello contaba, como se acabó de mencionar, con distintas fuentes de financiación que de haberlas gestionado hubieran permitido asegurar los recursos necesarios para tramitar un solo contrato y no dos, como irregularmente se hizo.

Corresponde, en consecuencia, abordar la figura del *fraccionamiento* de contrato, la cual ha sido descrita por la jurisprudencia⁵², así:

⁵¹ Audio 03:20:53, sesión de audiencia de 13 de octubre de 2022. Parte 1.

⁵² CSJ. SP3963-2017, radicado 40216 de 22 de marzo de 2021.

Acerca de la figura del fraccionamiento contractual como mecanismo encaminado a evadir el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para los contratos estatales, sostuvo esta Sala en la sentencia CSJ. SP, dic. 2 de 2008, rad. 29285, que «se verifica cuando la administración de manera artificiosa deshace la unidad natural del objeto con miras a sustraerse del procedimiento contractual que debía llevar a cabo, adelantando en cambio dos o más contratos a través de trámites menos estrictos, práctica que indudablemente riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva».

De la misma forma, en la sentencia SP, nov. 28 de 2007, rad. 26857 estimó la Corte que el fraccionamiento se configura cuando «la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas». En esa misma providencia se determinaron, a su vez, los presupuestos que caracterizan esa práctica, señalando que «[E]n su demostración, deben confluír las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues sólo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública».

En este caso, se evidencian los dos presupuestos que según la Corte definen el concepto de fraccionamiento: (i) unidad de objeto contractual, y (ii) inexistencia de criterio razonable de interés público para dividir el contrato.

En efecto, aquí además de verificarse la unidad de objeto en cuanto ambos contratos se hicieron para el suministro de raciones alimenticias a los estudiantes de establecimientos escolares oficiales del departamento, se pudo verificar también que el criterio con el que se pretendió explicar la celebración de

dos contratos, carece de justificación legal y, por tanto, se distancia del interés general.

Sobre el particular conviene traer a cita el testimonio de Araújo Gutiérrez, secretario de educación para la época, en cuya oficina se estructuró el PAE, que permite entender que la administración era conocedora de que la contratación debía planificarse para toda la vigencia escolar y no parcialmente, veamos: *“(...) adelantamos todos los trámites pertinentes para lograr tener un proyecto de inversión que nos permitiera atender el programa de alimentación escolar, tanto para el primer como para el segundo semestre de 2015, teniendo en cuenta los 180 días de calendario escolar establecidos por las normas que rigen la materia, así fue como el día 4 de noviembre de 2014, desde la secretaría de educación presentamos el proyecto de inversión a la oficina asesora de planeación de la gobernación estipulando una matrícula de 146.100 estudiantes y recursos por valor de \$52.000.000.000 que nos daba para toda la vigencia de acuerdo a proyecciones de corte de matrícula del 30 de octubre y 27 de noviembre de ese 2014, nos pide que la oficina asesora de planeación el certificado de priorización que nos permitía a nosotros ya tener la viabilidad para poder solicitar el certificado de disponibilidad presupuestal y adelantar los trámites pertinentes del proceso licitatorio que se llevó a cabo para la vigencia de 2015”⁵³ (sic).*

Obsérvese entonces cómo la administración sabía que el presupuesto debía planificarse para toda la vigencia escolar del año 2015 y no por períodos. Además, aunque no se ahondó en este aspecto, se infiere de lo transcrito que los recursos estaban disponibles, pues no de otra manera se entiende de acuerdo con lo dicho por Araújo Gutiérrez y Lafont Chica, que además

⁵³ Audio sesión de 12 de octubre de 2022. Parte 1. A partir de 03:41:00.

de haberse proyectado para toda la vigencia 2015, se hubiera solicitado la expedición del *certificado de priorización* de la oficina de planeación, para dar viabilidad al certificado de disponibilidad presupuestal “*y adelantar los trámites pertinentes del proceso licitatorio que se llevó a cabo para la vigencia de 2015*”.

Sin duda este testimonio permite confirmar que no existió un criterio razonable que justificara la celebración de dos procesos contractuales, ambos con el mismo objeto –prestación del suministro de alimentación escolar– y con las mismas personas jurídicas consorciadas. En el primero, es decir, el contrato 2015-02-0041, el consorcio contratista denominado Alimentando un Cesar más Educado estuvo integrado por la Fundación Kabala, la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar y la Corporación Corazón País, esta última con un 10% de participación y representado por Ivis del Carmen Rosado Robles. En el segundo contrato, que ocupa la atención de la Sala, el 2015-02-1178, el consorcio contratista denominado Alimentación Escolar a Salvo 2015 se integró por la Fundación Kabala y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, representado por María Angélica Araújo Noguera. (5.1.2.77 y 5.1.2.17).

En síntesis, la contratación se dividió artificialmente, sin explicación razonable de interés público que la justificara, produciéndose el *fraccionamiento*, al tiempo que se soslayaron las normas de la contratación que le obligaban a contratar el suministro de la alimentación escolar en el departamento del Cesar por todo el calendario escolar, todo con el propósito de

favorecer a las mismas personas jurídicas que venían contratando con el departamento, privilegiándose así el interés particular en detrimento del interés público, pilar de la contratación oficial.

6.2.1.1.1.4 Cuarto hecho irregular. Incorrección en la estructuración del presupuesto

Tiene qué ver con la *estructuración del presupuesto* oficial. Señaló la fiscalía que el presupuesto a la luz del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 y de la guía para la elaboración de los estudios del sector de “Colombia Compra Eficiente”, imponen la obligatoriedad de que se estructure con la debida justificación, detalle y la suficiente descripción, incluyendo la forma cómo fue calculado y con sus soportes.

En este caso, el anexo 2 de los estudios previos permite advertir que se tomó como referencia el costo de la materia prima establecida en el boletín 123 del sistema de información de precios y abastecimiento del sector agrario del DANE (SIPSA) de octubre de 2014, al que adicionaron conceptos como el índice de precios al consumidor (IPC), estampillas, manipuladores, gastos administrativos, imprevistos y utilidades, sin que exista una razón atendible para tomar como soporte dicho boletín con datos desactualizados cuando estos se emiten semanalmente. Para el mes de julio de 2015, cuando se elaboraron los estudios previos, existía ya el de la última semana de ese mes.

Apoyada la fiscalía en el testimonio de Luis Alberto Rodríguez Casallas, sostuvo que, incluso si en gracia de discusión se tomara como válido el boletín SIPSA de octubre de 2014, igualmente se advierten fallas en identificación y costo de la materia prima de tal manera que no se pudo explicar de dónde tomaron los precios, por ejemplo, de la leche, de la arepa o del hígado, que implicó que un número importante de alimentos superara los precios promedio fijados en el boletín SIPSA 123 de 2014, aplicado por la gobernación para estructurar el presupuesto, según lo indicado en el capítulo 4, numeral 4.1 que trata del presupuesto oficial, literal 2, aspecto que a su vez incidió en que la gobernación terminara pagando un mayor valor por estos conceptos, haciendo evidente la falta de planeación.

Otro aspecto, que a juicio del ente acusador quedó claro es el precio referencia de los alimentos que debió fijarse de acuerdo con la ubicación o abastecimiento de estos, para lo cual debieron contemplarse los del mercado nacional, según lo señalado en los estudios del sector que es ley del contrato, contrario por supuesto al parecer y la subjetividad del doctor Lugo Palomino, quien, junto con Lafont Chica, dijo que solamente se debían tomar en cuenta los de los sitios próximos a Valledupar.

Y para la fiscalía ello es lógico y entendible en tanto que, acorde con el boletín SIPSA, son innumerables los factores que se utilizan para determinar el valor de un producto, como la

ciudad de ubicación, su variedad, abastecimiento, etc., de ahí que se enuncien en dicho documento unos precios topes, es decir, unos máximos y unos mínimos y unos promedios que fue precisamente el aplicado por el experto de la fiscalía para encontrar los precios de mercado con los cuales se debió elaborar el presupuesto para determinar los precios a pagar por los insumos. Por el contrario, según se determinó en la audiencia por este testigo, a título de ejemplo, el valor del hígado se presupuestó en el anexo 2 a un precio de \$65.460 el kilo cuando el valor de la carne figuraba en esa época en el boletín SIPSA en \$14.000 el kilo, que era lo más próximo al hígado, sin que sea admisible un supuesto error de digitación en los centavos como dijo Lafont Chica.

Pasando a otro aspecto del mismo tema del presupuesto contenido en los estudios previos, señaló la acusación que en el anexo 2 de los estudios previos el valor del IPC aplicado fue del año 2014 de 4.4%, sin embargo, al consultar la página *web* del DANE, se constató que el porcentaje real fue del 3.6% y no del 4.4% como fraudulentamente se adujo en los estudios previos, de manera que no se explica la razón por la que se tomó esta cifra, sin que sea de recibo que esto se hizo solamente respecto del ítem de alimentos, pues el IPC aplicable era el general.

La siguiente “falacia” también referida a la elaboración del presupuesto, adujo la fiscalía, tiene que ver con la forma cómo se calculó el gravamen de las estampillas que acorde con la Ordenanza 066 de 2012 ascendía al 4.5%, sumadas las

distintas estampillas, no obstante, en el anexo 2 se fijó en el 5.5%, es decir, se adicionó un punto sin ninguna explicación, lo que generó, al igual que el IPC, un sobrecosto que afectó el erario y el principio de planeación en la confección del presupuesto.

En relación con estas irregularidades la defensa alegó la discrecionalidad para ajustar los precios y costos del presupuesto con la exigencia de que estuvieran en los estudios previos, como así lo ha admitido la fiscalía y lo disponen los lineamientos del MEN. Destacó la certificación de 4 de noviembre de 2014 del secretario de educación departamental, Araújo Gutiérrez, en la que consta que los precios unitarios definidos en el proyecto de apoyo de alimentación escolar en los establecimientos educativos, están contemplados dentro los análisis de los estudios de mercado acorde con los lineamientos del MEN, en los cuales se reflejan unos valores existentes en el mercado y están conformes con los precios de la región.

Añadió la defensa que los lineamientos aplicados al PAE lo fueron para la vigencia 2014-2015. Estos no obligan a emplear un determinado boletín SIPSA⁵⁴ por eso podía aplicarse los de 2014 o 2015, lo importante fue que se determinó la fuente de referencia de la materia prima, indicándose los boletines SIPSA usados como referencia.

⁵⁴ Dentro de las funciones del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) está el brindar información básica para la toma de decisiones en todos los sectores de la economía. El SIPSA es el encargado de informar los precios mayoristas de los productos agroalimentarios que se comercializan en el país, así como la información de insumos y factores asociados a la producción agrícola y el nivel de abastecimiento de alimentos en las ciudades. Es un boletín de emisión semanal. Fuente: www.dane.gov.co

Que algunos precios de “pocos” productos no coincidieran con los boletines o sobrepasaran sus valores, adujo, no afectó el presupuesto, porque de todas maneras los precios se fijaron entre los mínimos y máximos de los boletines, siendo impreciso, como lo dijo el perito de la fiscalía que los precios debían partir de los mínimos de cada alimento o que debían promediarse, porque si el DANE estableció unos rangos mínimos y máximos y la gobernación los respetó no puede existir irregularidad.

Respecto de la cifra de las 1.748 manipuladoras, dijo, se aplicaron los lineamientos del MEN, según los cuales conforme con el número de raciones se fijaba la cantidad de manipuladores requeridos: uno por cada 75 raciones; de 76 a 150, dos manipuladores; de 151 a 300, tres manipuladores; y de 301 a 500, tres manipuladores. De dicho análisis concluyó la necesidad de contratar 1.752 manipuladores a tiempo completo, ocho horas para atender el servicio en las instituciones, escuelas y sedes educativas beneficiadas con los dos tipos de raciones complemento alimenticio jornada mañana y/o almuerzo. El salario de dicho personal se estimó de acuerdo con las horas laboradas y el análisis se encuentra anexo al presente documento”. En consecuencia, concluyó que la gobernación sí justificó la cifra de manipuladores a emplear para el contrato.

Sobre las estampillas, explicó el apoderado, estas se fijaron en el 4.5% y las mismas estaba establecidas en la

Ordenanza 066 de 2012 o estatuto de rentas departamental. Para el caso de las cargas del orden municipal también aplicaba el ICA como impuesto o retención a imponer por el departamento promediándose en el 1% y era establecido por acuerdos municipales. Teniendo en cuenta la sumatoria de los ítems citados se fijaron en un 5.5% las cargas impositivas al valor de cada ración ejecutada en el departamento del Cesar, esto es, lo que se denomina “estampillas, impuesto e ICA”, y no hay duda de que el ICA fue objeto de retención por la gobernación como quedó demostrado con las órdenes de pago y los comprobantes de egreso allegados donde se aprecian los descuentos que se hicieron al operador por este concepto.

Revisadas las pruebas allegadas al juicio advierte la Sala que no le asiste razón a la defensa en su alegación y por contraste encuentra que la fiscalía logró demostrar plenamente el cargo.

En primer lugar debe indicar la Corte que, dada la fecha de la elaboración de los estudios previos relacionados con el contrato cuestionado –julio de 2015–, el boletín SIPSA –de emisión semanal– que debió aplicarse fue el de la última semana de junio o al menos uno del mes de junio de ese año, como lo impone, no la normatividad sino la lógica y el sentido común, ya que si se trata de la estructuración del presupuesto este debe ajustarse lo máximo posible a la realidad del momento como lo demanda el principio de planeación; es inadmisibles la alegación de la defensa cuando señala que podía aplicarse indistintamente el de 2014 o 2015 porque no existe

norma que lo imponga. Sin embargo, para la Sala tal afirmación riñe con el principio de planeación, porque de lo que se trata es de contar con precios actualizados que permitan ajustar el presupuesto lo más cercano a la realidad del momento de su elaboración, desde esta perspectiva es inconcebible la elaboración de un presupuesto con precios desactualizados que no se ajusten a la realidad.

De otro lado, tampoco es atendible el argumento esgrimido por la defensa en cuanto que era viable estructurar todo el presupuesto del año 2015 con los precios de esa anualidad, por haberse elaborado el proyecto de apoyo al PAE en noviembre de 2014, pues al dividirse la contratación el trámite del segundo necesariamente debió individualizarse y actualizarse atendiendo que cada proceso contractual es autónomo e independiente y por ende demanda la satisfacción de todos los presupuestos normativos que lo regulan, incluida la estructuración de costos presentes que es lo que permite *“la actualización técnica de las características de los elementos del costo del servicio a contratar garantizando que la ET adquiera los bienes y servicios acorde con el mercado y las necesidades identificadas, generando optimización en el uso de los recursos”*⁵⁵.

Ahora, en relación con el IPC aplicado del 4.4% del año 2014, la defensa y en particular su testigo Lafont Chica⁵⁶, señalaron que dicho valor se determinó sobre el *rubro de alimentos* acumulado a octubre de 2014, fecha de elaboración

⁵⁵ Guía para la estructuración de costos de estudios para la contratación del PAE del Ministerio de Educación Nacional.

⁵⁶ 00:48:38 en adelante, sesión de 13 de octubre de 2022. Parte I.

de los estudios previos, por ser el que más incidía en el valor de la ración. El testigo perito de la defensa, Carlos Alberto Lugo Palomino⁵⁷, justificó la cifra con el argumento de que aplicar el IPC general del 3.66% certificado por el DANE para 2014, generaba un desequilibrio económico al contratista, siendo lo conveniente aplicar el de alimentos que para el total de ese año fue de 4.69%.

Aunque la Sala estima que lo correcto era haber aplicado los precios del SIPSA del mes anterior a la elaboración de los estudios previos del contrato en cuestión, es decir, de junio de 2015, lo que hubiera evitado a la gobernación acudir al IPC de 2104, porque ya los precios estaban actualizados; lo cierto es que el porcentaje aplicado del 4.4% no concuerda, ni siquiera utilizando los criterios que señalaron los testigos, desconociéndose de dónde salió dicha cifra, ya que para esa fecha el DANE certificó el IPC acumulado de alimentos en 4.5% lo que confirma la deficiente planeación en la estructuración de los costos de las raciones, que no se justifica en el hecho de que la cifra seleccionada sea menor en 0.1%, ya que lo cierto es que el porcentaje aplicado, en la forma en que lo explicaron, no coincide con la fuente de información.

Otro tanto ocurrió con el monto presupuestado por concepto de estampillas, pues de acuerdo con la Ordenanza 066 de 2012 por medio de la cual se expidió el estatuto de rentas del departamento del Cesar, para la época estaban previstas las siguientes: (i) Pro Desarrollo Departamental: 1%;

⁵⁷ Audio sesión de audiencia de 1 de febrero de 2023.

(ii) Pro Desarrollo Fronterizo: 1.5%; (iii) Pro Cultura 1%; (iv) Pro Universidad del Cesar: 0.5%; y (v) para el Bienestar del Adulto Mayor: 0.5% para un monto total por este concepto de 4.5%.

No obstante, en el valor fijado en el presupuesto se sobrestimó este rubro en un punto porcentual, fijándose en 5.5% como se extrae de los estudios previos (5.1.2.18)⁵⁸, lo que impactó directamente el costo del valor de la ración.

La defensa pretendió justificar esta irregularidad aduciendo que el punto porcentual adicional en el rubro de estampillas surgió de la inclusión del 1% por concepto de la retención del impuesto de industria y comercio (ICA) promediada en esa proporción y efectivamente descontada, según lo certificó la gobernación para el año 2015 (5.2.2.10). No obstante, Lafont Chica reconoció que incluir la retención del ICA en el rubro de estampillas fue una “imprecisión”⁵⁹, calificación que para la Sala no es de recibo porque como lo dijo la fiscalía son gravámenes distintos, por lo que al rubro de estampillas debió habersele asignado el valor correspondiente, este es, el 4.5% conforme con la ordenanza aludida, por lo que esta distorsión se erige en una verdadera irregularidad que afectó el principio de planeación y por contera el de economía, al aumentarse el valor de la ración por este concepto en un 1% de más que, dadas las cantidades contratadas, resulta un

⁵⁸ Estudios previos. Anexo 2. Presupuesto oficial. Costos por ración del Programa de Alimentación Escolar detallado 2015.

⁵⁹ A partir de 02:53:35. Sesión de audiencia de 23 de noviembre de 2022, parte I.

aumento bastante considerable como se verá al estudiar el delito de peculado.

Para la Sala, este sí se trata de un argumento *ex post facto* esgrimido por la defensa con el único propósito de intentar justificar el cargo pero que no tiene asidero en las pruebas porque, en primer lugar, si esto fuera cierto debió incluirse con la debida explicación en el presupuesto, señalando que el 5.5% incluía el 1% por concepto de retención del ICA y no dejarse a interpretación. En segundo término, el 1% supera el promedio del gravamen calculado en el 0.7% (7x1.000) en el documento “Estudio del Sector”⁶⁰. En tercer lugar, en el mismo documento en su apartado A2.1.9 se calculó el valor de estampillas en 4.5% e independientemente, en el apartado A2.1.11, se estimó el importe del ICA en el 7x1000 aplicado sobre el valor total del contrato. Y, en cuarto lugar, a pesar de haberse presupuestado sobre el valor total del contrato, no en todos los casos se hizo la retención de este gravamen como correspondía.

En tales condiciones para la Sala resulta inadmisibles hablar de una “imprecisión” como lo sugieren la defensa y sus testigos, porque si como pudo verse, en el documento “Estudio del sector” se discriminaron individualmente las cargas impositivas: estampillas (A2.1.9) 4.5%; impuestos (A2.1.10) se excluyó el IVA; e Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros ICA (A2.1.11) 7x1000 aplicado sobre el valor total del

⁶⁰ A2. 1.11 Impuesto de Industria y comercio, avisos y tableros – ICA: es un tributo de carácter municipal que grava toda la actividad industrial, comercial o de servicios que se realiza en cada ciudad en forma ocasional o permanente con o sin establecimientos el cual se estima en el 7x1000 aplicado sobre el valor del contrato.

contrato los gravámenes de estampillas y de retención por el ICA, no hay razón entonces para admitir la tesis de la defensa de que el haber imputado al coste de la ración el 5.5% por concepto de estampillas se trató de una “imprecisión”, sino, por el contrario, en el mejor de los casos, de un pésimo ejercicio de estructuración presupuestal violatorio de los principios de planeación y economía.

Además, no puede perderse de vista que esto aumentó artificiosamente el valor de la ración alimenticia y por contera el valor del contrato, amén de que finalmente no se efectuó al contratista la retención por concepto de ICA de todos los 24 municipios donde se prestó el servicio, y en los que se hizo, el promedio no superó el 0.77%, es decir, 0.23% menos de lo presupuestado.

Lo anterior emerge de la información aportada al proceso de carácter contable, consolidada en el Anexo 3 “Descuentos RETEICA”, se observa que mediante los comprobantes de egreso 20023 y 20024 del 1.12.2015; 20527 y 20528 del 4.12.2015 y 23236 del 31.12.2015, el departamento del Cesar realizó retenciones por concepto de “RETEICA-DEMÁS ACTIVIDADES DE SERVICIOS” solo a una parte de estos municipios: Valledupar (1%); Agustín Codazzi (0.5%); La Jagua de Ibirico (1%); San Diego (0.5%); San Alberto (1%); La Paz (1%); Curumaní (0.7%); Bosconia (0.5%); El Copey (0.7%); El Paso (0.5%); Pailitas (1%); Becerril (0.5%); Chiriguaná (0.8%); Pelaya (0.5%) y San Martín (1%). Como puede advertirse, en primer lugar, no puede hablarse de un promedio del 1%; en segundo

lugar, solo aparecen 15 municipios de los 24 donde se prestó el servicio de suministro de alimentación escolar; y, tercero, como dato curioso se incluyó el municipio de Valledupar el cual no estaba comprendido dentro del contrato en cuestión.

El valor total de los descuentos fue la suma de \$56.927.294, equivalente a un promedio porcentual del 0.77% y no del 1% como lo sostienen los testigos y la defensa.

Al respecto, es necesario recordar que los estudios previos deben determinar las variables o cálculos efectuados por la entidad para soportar el valor estimado del contrato. Este valor debe contar con los soportes presupuestales que garanticen su pago a través de la respectiva disponibilidad presupuestal, registro presupuestal o la aprobación de vigencias futuras. Para ello, es imprescindible determinar el valor estimado del contrato y las variables para calcular el presupuesto que efectivamente se convertirá en una erogación presupuestal del ente territorial.

Y por esto precisamente, es por lo que para la Sala tampoco son de recibo las explicaciones ofrecidas por el testigo Lafont Chica⁶¹, con las que pretendió justificar el por qué el contratista empleó un número menor de manipuladoras de las 1.748 determinadas en los estudios previos. Esta maniobra incidió en un aumento considerable del valor de las raciones alimenticias.

⁶¹ Sesión de audiencia de 13 de octubre de 2022. Parte 1. Audio a 01:59:15 en adelante.

Si en los estudios previos para determinar el valor de la ración se calcularon con base en los lineamientos del MEN un número determinado de manipuladores, en este caso, 1.748, a un costo de \$34.715.33 diario durante 8 horas por manipuladora, es decir, \$60.682.403 diarios por concepto de todas las 1.748 y esto durante 59 días para un total de \$3.580.261.777⁶², pero finalmente solo se invirtieron por este concepto \$2.212.060.827.60, surge una apreciable diferencia a favor del contratista de \$1.368.200.949.40, entre lo presupuestado y lo realmente invertido por éste, que desde luego no encuentra justificación en el peregrino argumento de que las manipuladoras inicialmente fueron previstas para la preparación de alimentos en las sedes educativas, pero al centralizar los servicios de cocinas por el operador se debió “prescindir de algunas manipuladoras”, porque estas circunstancias debieron haber sido previstas con una correcta y adecuada planeación, que es precisamente lo que se echa de menos. Lo único que confirma semejante diferencia es, como lo propone la fiscalía, una grave falla de planeación en los estudios previos con impacto en el principio de economía.

De esta manera se materializó en este caso otra irregularidad violatoria del principio de planeación, que impactó negativamente la estructuración del presupuesto en los estudios previos como se probó.

6.2.1.1.1.5 Quinto hecho irregular. Ausencia de diagnóstico de la población a priorizar

⁶² Sobre estas cifras ver Estudios previos. Anexo 2. Presupuesto oficial. (5.1.2.18).

Según la fiscalía no se hizo un diagnóstico de la población a priorizar, ni del tipo de complemento alimenticio a suministrar, como quiera que los lineamientos técnico-administrativos solo fueron transcritos para mostrar “formalmente” el cumplimiento del requisito, pero no fueron acatados en su contenido y metodología.

Estos exigían la presentación de un diagnóstico situacional del departamento que comprendiera las condiciones geográficas, zonas de mayor pobreza, población víctima de conflicto armado, los criterios para priorizar la población a atender y el tipo de complemento alimenticio a suministrar teniendo en cuenta requerimientos de energía y nutrientes. No obstante, la gobernación limitó esos estudios a una tabla básica, sin explicación, que determinara el número de establecimientos educativos a atender, población matriculada y otras tablas que tan solo mencionan el tipo de alimento, sin ningún análisis nutricional como lo exigen los lineamientos técnicos, deficiencia que confirma la violación del principio de planeación en el marco de los estudios previos.

Para la defensa el cargo es inexacto. Los lineamientos del MEN, versión julio 2014, orientaban a criterios de priorización y focalización para la escogencia de las sedes a beneficiarse en función de zonas geográficas y condiciones de vulnerabilidad. Se priorizaron así sedes ubicadas en zonas rurales con un solo docente, después una población étnica y finalmente las urbanas con alta concentración de población vulnerable.

Añadió el defensor que el numeral 3.5.2 (sic) de los lineamientos del MEN indicaba los criterios para seleccionar a los beneficiarios, precisando en primer lugar, la población étnica y rural que se debía cubrir en el cien por ciento de los matriculados que cursaban preescolar y primaria.

Para el caso del departamento del Cesar, dijo, con apoyo en estos criterios, en desarrollo del PAE 2015 se priorizaron el cien por ciento de las sedes educativas, en total 1.050. Asimismo, se focalizó a la totalidad de la población registrada en el SIMAT del grado 0 al 9° y se focalizó el total de las sedes educativas de los territorios indígenas. Las sedes urbanas se priorizaron también en el cien por ciento y la alimentación se suministró a los estudiantes registrados en el SIMAT de los grados indicados como quedó claramente consignado tanto en el proyecto de apoyo al PAE como en los estudios previos del contrato.

Para el defensor, el estudio que echa de menos la fiscalía se plasmó en la página 37 del proyecto de apoyo al PAE y señalaba que el suministro de la alimentación se haría en la modalidad de provisión de raciones complemento alimenticio jornada de la mañana y almuerzo para escolares matriculados en las jornadas de la mañana-tarde y única, atendiendo criterios de focalización y una nutrición equivalente al 20-35% de la necesidades diarias de calorías y nutrientes de la población colombiana de acuerdo con la recomendaciones del ICBF como se precisa en la Tabla 1 de la página 38.

Agregó que igualmente se establecieron las minutas patrón del almuerzo de acuerdo a los grupos etarios, frecuencia, cantidad mínima como se ve reflejado en la tabla de las páginas 38 y siguientes. Además, los anteriores parámetros son explicados por Lafont Chica, quien en la primera parte del audio (0:42:59) expuso en qué consistió el PAE y dejó claro que se trata de un programa que complementa la alimentación escolar de los estudiantes de las instituciones oficiales del Cesar.

Del mismo modo, sostuvo la defensa, en los estudios previos del contrato se concretó todo el estudio de la población a beneficiar indicándose que se brindarían los complementos alimenticios tipo almuerzo y tipo jornada de la mañana y tarde como lo disponía el numeral 4.1 de los lineamientos del MEN, precisándose que si bien el consumo se daría en cada sede educativa la preparación en algunos casos se haría en cocinas centralizadas el mismo día del consumo y se trasladaría a la respectiva sede. Todo esto se reflejó, afirmó, en los estudios previos anexo 2 donde se encuentra plasmado en varios cuadros, en las modalidades, edades, alimentos, frecuencias, etc. Tan completo es este estudio que en el punto 1.2 de la página 4 de los estudios previos se halla el tema de la población mencionando que serían beneficiarios los estudiantes de las áreas urbana y rural registrados en el SIMAT. De igual manera en el numeral 2.1.1 se sugirieron los complementos, diferenciándose dos clases, y concretando en particular que sería atendido el cien por ciento de la población estudiantil

oficial departamental, cumpliéndose así el requisito echado de menos por la fiscalía y el objeto del contrato como lo constataron los profesores y rectores que declararon como testigos de la fiscalía y de la defensa en el juicio.

En relación con este cargo ha de expresar la Sala que, los lineamientos técnicos de abril de 2015, aplicables para la fecha del contrato, en el numeral 5.1 contemplan una fase del programa que denominan “Planeación del PAE desde las entidades territoriales” y la definen como fundamental para la adecuada implementación del programa *“ya que de la información que de aquí se derive, dependerá la contratación y ejecución del mismo”*.

A continuación, en el 5.1.1.1 “Diagnóstico situacional del municipio y análisis de la información” con el propósito de caracterizar a la población escolar prioritaria a atender, destacó la importancia de “recopilar, consolidar y analizar” la información del municipio en relación con el número de niñas, niños y adolescentes en edad escolar; condiciones geográficas (urbana y rural); acceso a los establecimientos educativos: lugares de mayor pobreza; población víctima del conflicto armado; población étnicamente diferenciada o en condición de discapacidad; total de cobertura del sistema escolar y de matrícula escolar por grados; tasas de ausentismo y deserción escolar; y menores que se hallen fuera del sistema educativo y que no accedieron al programa en años anteriores, entre otros.

En el 5.1.1.2, los lineamientos determinaron los “Criterios para la selección de establecimientos educativos y definición de coberturas” debido a la magnitud de la población escolar en situación de vulnerabilidad y la necesidad de garantizar el derecho a una buena alimentación. Se trata de una *estrategia de priorización* de establecimientos educativos. El primer criterio: el área rural todos los establecimientos educativos deben ser seleccionados. Segundo: establecimientos educativos área urbana que atiendan a comunidades étnicas (indígenas, afrocolombianos, raizales, rom/gitanos y palenqueros). Tercero: establecimientos educativos área urbana, que atiendan a víctimas del conflicto armado. Cuarto: establecimientos educativos, área urbana con alta concentración de población con puntajes del SISBEN de acuerdo con la metodología SIBEN III.

Una vez priorizados los establecimientos educativos la ETC debió realizar la asignación de cupos para cada uno de ellos, aplicando los criterios de focalización del 5.1.2 “Focalización de titulares de derecho”.

Esta *estrategia de priorización* se estableció con el propósito de dar cumplimiento a las Leyes 715 de 2001 y 1176 de 2007, que obligan a garantizar que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable: población desplazada, comunidades rurales e indígenas y establecimientos educativos con mayor concentración de población clasificada en niveles 1 y 2 del SISBEN.

En este sentido el primer inciso del artículo 19 de la Ley 1176 de 2007 determinó: “**FOCALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO**”. La focalización es responsabilidad de distritos y municipios, y se llevará a cabo por las respectivas autoridades territoriales quienes, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Distrital y/o Municipal de Política Social, seleccionarán los establecimientos educativos oficiales, dando prelación a aquellos que atiendan población desplazada, comunidades rurales e indígenas y a los establecimientos educativos con la mayor proporción de la población clasificada en los niveles 1 y 2 del Sisbén.

En este mismo sentido el CONPES 113 de 2008, citado en “Estudio del sector – Programa de Alimentación Escolar 2015” (5.2.2.16), determinó que la Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional PSAN, está dirigida a toda la población colombiana y requiere de acciones que disminuyan las desigualdades sociales y económicas en los grupos de población en condiciones de vulnerabilidad: los grupos de población de desplazados por la violencia; de afectados por desastres naturales; los grupos étnicos (indígenas, raizales, afrocolombianos, gitanos) y los grupos más bajos del SISBEN (1 y 2) son los *prioritarios* de las acciones de esta política.

De otro lado, el numeral 5.1 “Planeación del PAE desde las entidades territoriales” de los lineamientos del MEN de abril de 2015, destaca la importancia de esta etapa para la adecuada implementación del PAE *“ya que de la información que de aquí se derive, dependerá la contratación y ejecución del mismo. De ahí la*

*importancia de desarrollar todos los pasos que conforman esta etapa*⁶³.

En el 5.1.1 “Convocatoria reunión de planeación del PAE”, radicó en cabeza de la secretaría de educación la función de convocar y presidir una mesa de trabajo para la planeación del PAE para tratar y definir temas como “Diagnóstico situacional del municipio y análisis de la información” con el fin de identificar a la población escolar que debe recibir prioritariamente la atención alimenticia para cuyo propósito es importante “recopilar, consolidar y analizar la información” de la ETC en relación con los *criterios de priorización* ya referidos, y una vez hecho esto, realizar la asignación de cupos para las instituciones educativas aplicando los criterios de focalización definidos en el 5.1.2 “Focalización de titulares de derecho”.

Así, concluye la Sala, de acuerdo con los lineamientos técnico-administrativos y las leyes citadas, además del Convenio interadministrativo 842 de 2014⁶⁴, era imprescindible elaborar el estudio de *priorización* de la población a beneficiar con el suministro de los complementos alimenticios y almuerzos.

No obstante, revisados los estudios previos (5.1.2.18) del año 2015 no aparece un acápite o apartado dedicado a este

⁶³ A folio 42.

⁶⁴ La cláusula tercera de dicho convenio “Obligaciones de la entidad territorial”, prevé, entre otras, la del numeral 15: “realizar la focalización de las instituciones educativas y de los estudiantes beneficiarios del PAE de conformidad con los lineamientos que emita EL MINISTERIO”

análisis de focalización de esta población priorizada que permita advertir la observancia de este lineamiento de forzoso acatamiento, que como se sabe, está orientado a garantizar que los recursos del PAE se destinaran efectivamente a la población en edad escolar más necesitada por razones de ubicación geográfica, étnicas, víctimas del conflicto armado y por encontrarse en los niveles más bajos del SISBEN (1 y 2).

La única referencia a la población beneficiaria del programa a que hace alusión los estudios previos se encuentra en su numeral 1.2 “Población objetivo”: *“Niños, niñas y adolescentes del área rural y urbana, registrados en el sistema de matrícula SIMAT como estudiantes oficiales”*, con lo que se omitió aplicar los *criterios de priorización* para focalizar la población favorecida con el programa alimenticio dispuestos por los lineamientos del MEN y el CONPES 113 de 2008.

Atendido lo anterior, no es plausible la afirmación de la defensa en cuanto a que se priorizaron sedes ubicadas en zonas rurales con un solo docente, después una población étnica y finalmente las urbanas con alta concentración de población vulnerable, pues esto no se infiere de la prueba documental aportada en la que, como se evidencia, no existe una sola alusión a las razones que llevaron a identificar y focalizar la población estudiantil beneficiaria.

Incluso, como lo admite el testigo Lafont Chica⁶⁵, se focalizó a la totalidad de la población registrada en el SIMAT de los grados 0 al 9° y el total de las sedes educativas de los territorios indígenas, pero únicamente en los grados referidos, circunstancia que no consulta los reales *criterios de priorización* a los que hace referencia los lineamientos del MEN en el 5.1.2, y no en el 3.5.2 como lo sostiene la defensa, que prioriza, por ejemplo, a la totalidad de los escolares víctimas del conflicto armado y no solamente a quienes cursaran grados 0 a 9° como se hizo. Del mismo modo era necesario cubrir la totalidad de la población étnica y en condición de discapacidad de las áreas urbana y rural y no solamente la de estos grados. Incluso Lafont Chica reconoció que en la convocatoria que hizo el secretario de educación se definió la atención a todos los escolares de los grados 0 al 9°, por lo que “*no fue necesaria dicha convocatoria a los consejos de política social de los municipios*”, circunstancia que pone de manifiesto una vez más el incumplimiento del artículo 19 de la Ley 1176 de 2007 y del CONPES 113 de 2008, además del contrato interadministrativo 842 de 2014 y los lineamientos técnico-administrativos del MEN de abril de 2015.

Además, observa la Sala que en los estudios previos y los demás documentos que cita la defensa tampoco se plasmaron, como dijo; las razones que se tuvieron en cuenta para orientar el suministro de la alimentación hacia los escolares de todas las entidades educativas oficiales del departamento desde los grados 0 a 9° registrados en el SIMAT, apartándose del

⁶⁵ Audio 02:33:52, sesión de 12.10.22. Parte 2.

cumplimiento de la directriz que disponía focalizar la población beneficiaria con los criterios establecidos en los lineamientos del MEN, es decir, priorizar población rural, en condiciones de vulnerabilidad, víctimas del conflicto armado, etc., como lo imponían la normatividad y reglamentación citadas.

En relación con el tipo de complemento alimenticio a suministrar, que según la fiscalía no contó con los análisis nutricionales exigidos por los lineamientos del MEN de abril de 2015, el numeral 9 del apartado 5.2.2.2 denominado “Fase de alistamiento – Operador”, señala que le corresponde a este elaborar un ciclo de menús con un mínimo de 21 días de acuerdo a las minutas patrón estipuladas en el lineamiento y entregar la respectiva lista de intercambio, teniendo en cuenta las recomendaciones de energía y nutrientes para la población titular del derecho según la Tabla 7 de recomendaciones de energía y nutrientes para los grupos poblacionales con la siguiente distribución del valor calórico, así: (i) proteínas: 12 – 14%; (ii) grasa: 28 – 32%; (iii) carbohidratos: 55 - 65%.

Según el lineamiento en cita el suministro del complemento alimenticio jornada mañana debía aportar el 20% de las recomendaciones diarias de energía y nutrientes según grupo etario; el complemento alimenticio jornada de la tarde mínimo el 20% de las recomendaciones diarias de energía y nutrientes acorde al grupo de edad; y el almuerzo mínimo el 30% de las recomendaciones diarias de acuerdo con la edad.

Con base en esto el profesional en nutrición del operador debió elaborar los ciclos de menús de 21 días con su respectivo análisis de calorías y nutrientes de acuerdo con la tabla de composición de alimentos del ICBF de 2005, publicarlos y cumplirlos estrictamente. En el caso de los grupos étnicos debieron incluirse alimentos autóctonos y tradicionales que respeten sus hábitos alimenticios y fomenten el rescate de sus tradiciones.

No obstante, aunque la defensa arguyó que el estudio extrañado por la fiscalía obra en la página 37 del proyecto de apoyo al PAE y que el suministro de la alimentación se hizo en la modalidad de provisión de raciones complemento alimenticio atendiendo criterios de focalización y una nutrición equivalente al 20-35% de la necesidades diarias de calorías y nutrientes de la población colombiana de acuerdo con la recomendaciones del ICBF como se precisa en la Tabla 1 de la página 38, dicho “análisis”, como lo mencionó la fiscalía, es apenas una copia de la Tabla 7 “Recomendaciones de energía y nutrientes para los grupos poblacionales” de los lineamientos del MEN de abril de 2015, que, sin embargo, no cumple con el requerimiento, pues nada se dijo acerca de que los complementos alimenticios debían cubrir el 20% de las recomendaciones diarias de energía y nutrientes y el almuerzo mínimo el 30% de acuerdo al grupo etario.

Dicha tabla a la que hace referencia la defensa tampoco cumple con el requerimiento de incluir en los ciclos de menús y lista de intercambios los alimentos autóctonos y tradicionales

de los grupos étnicos que respeten sus hábitos alimenticios y fomenten el rescate de sus tradiciones como lo exigía el ICBF.

No bastaba entonces hacer una alusión a esto en los documentos de soporte del contrato, sino que se requería un verdadero estudio nutricional y de alimentos autóctonos para las comunidades que impusiera al operador la obligación de suministrar la alimentación que cumpliera con los requerimientos nutricionales y con enfoque diferencial en el caso de las comunidades étnicas; omisión que no se suple con los cuadros del anexo 2 de los estudios previos a que alude la defensa que no contienen ningún análisis concreto respecto del cubrimiento del complemento alimenticio y el almuerzo de las necesidades diarias de energía y nutrientes acorde con la edad, ni de la inclusión en los ciclos de menús diferenciales de alimentos autóctonos y tradicionales de las comunidades étnicas.

Las omisiones advertidas vulneran los principios de planeación y economía.

6.2.1.1.1.6 Sexto hecho irregular. Violación del principio de selección objetiva en relación con el requisito de la experiencia

Lo refiere la fiscalía a uno de los requisitos fijados para seleccionar al contratista que, en su sentir pretermitió el principio de selección objetiva por exigir una experiencia tan

específica que solo el consorcio escogido de antemano podía cumplir. Al efecto advirtió cómo en el numeral 7.8.1 de los estudios previos, se exigió un “*máximo*” de cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años contados desde la fecha de cierre del proceso de selección que sumaran una cantidad igual o superior a dos veces el presupuesto oficial expresado en salarios mínimos vigentes a la fecha de su inscripción, exigencia que solo podían cumplir la Fundación Kabala y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, que venían contratando la ejecución del PAE en los departamentos del Cesar y La Guajira con el simple cambio de nombre del consorcio.

Para la defensa se trató de una exigencia ajustada a los requisitos habilitantes que imponía un contrato de las características y cuantía del cuestionado. Cómo poder entender que exigir un máximo de cinco contratos de condiciones similares terminados en los últimos cinco años constituyó una maniobra que permitió la selección irregular del consorcio contratista, cuando no hay duda de que frente a la especialidad y complejidad de la contratación representaba una exigencia necesaria que conllevaba a seleccionar al contratista apto para tal fin, siendo claro que el cumplimiento del objeto del contrato implicaba una estructura logística, operativa y financiera y de experiencia que garantizara la eficiente prestación del servicio erigiéndose el número de certificaciones, entre otros requisitos, en un válido elemento de la positiva capacidad del oferente a seleccionar.

Agregó que establecer máximo cinco certificaciones de experiencia, no puede entenderse como un favorecimiento al consorcio que ya venía contratando, ya que según el testigo Lafont Chica, esto se previó así con el fin de limitar este aspecto, porque en otras ocasiones se allegaron hasta 15 certificaciones y porque el Manual de Colombia Compra Eficiente determina un máximo de cinco.

Sobre este cargo, adviera la Sala que este aspecto está regulado en el 7.8 “EXPERIENCIA DEL PROPONENTE” y en el 7.8.1 “Experiencia general” de los estudios previos, en los siguientes términos:

“El oferente debe acreditar que posee experiencia en la prestación de servicio de alimentación escolar en el sector público, para lo cual deberá anexar máximo cinco (05) de contratos terminados en los últimos cinco (5) años contados desde la fecha de cierre del presente proceso de selección, los cuales deberán sumar una cuantía igual o superior a dos veces el presupuesto oficial expresado en SMMLV vigentes a la fecha de suscripción.” (Énfasis adicionado)

Para la verificación de este requisito, se aplicará lo siguiente: “1. Se tendrá en cuenta el valor total de los contratos cuyo objeto sea exclusivamente la prestación de servicios de alimentación. 2. Cuando el objeto del contrato tenga otros componentes o áreas, solo se tendrá en cuenta el valor correspondiente a la prestación de servicios de alimentación escolar”.

En relación con esto mismo, el “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación”⁶⁶ expedido por Colombia Compra Eficiente, define la experiencia como el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato. Debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y valor. Es decir, afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar, sin que sea relevante, por ejemplo, el lugar en el que prestó el servicio o a quién. La experiencia es proporcional cuando dice relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar.

De acuerdo con el mismo manual, los proponentes deben plasmar en el registro único de proponentes (RUP), los contratos que hayan celebrado para prestar los bienes y servicios que pretenden ofrecer a las entidades estatales, identificándolos y señalando el valor del contrato en salarios mínimos legales mensuales vigentes. El registro debe contener la experiencia directa o la obtenida a través de participación en proponentes plurales. Esta se obtiene con contratantes públicos, privados, nacionales o extranjeros. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha de celebración.

Confrontado el cargo con estos parámetros para la Sala surge apodíctico que el requisito de la experiencia general y específica tal como se planteó en los estudios previos viola el

⁶⁶ Prueba 5.2.2.13. Colombia Compra Eficiente. Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación. (M-DVRHPC-05). Pág. 8.

principio de selección objetiva, no solo porque desconoce los principios plasmados en el manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación de Colombia Compra Eficiente, sino porque las exigencias demandadas impiden la libre participación de otras personas naturales o jurídicas, distintas de las consorciadas que, como se deduce del informe de evaluación técnica de la propuesta⁶⁷, ya venían contratando el Programa de Alimentación Escolar en el departamento del Cesar desde el año 2011.

Sobre esto llama la atención de la Sala que no solamente se exija como experiencia general *“la prestación de servicio de alimentación escolar”*, sino además, que esta se hubiera adquirido *“en el sector público”*. Es decir, no bastó orientarla al suministro de alimentación escolar, sino que además se exigió que la misma hubiera sido en el sector público, revelando un ostensible interés en orientar la contratación para favorecer los intereses de las personas jurídicas y consorcios que desde años anteriores venían contratando el PAE habitualmente.

Pero, reafirma aún más la conclusión antedicha, exigir adicionalmente que la experiencia se acreditara con un límite máximo de contratos *“terminados en los últimos cinco años contados desde la fecha del cierre de la licitación”*, porque desconoce abiertamente los lineamientos del manual referido en cuanto señala que la experiencia puede obtenerse no solo con contratantes públicos, sino también privados e incluso

⁶⁷ Anexo técnico “experiencia acreditada por el proponente” Informe de Evaluación Técnica de la Licitación Pública LP-SGR-08-2015. (5.1.2.99).

extranjeros, sin límites frente al número de contratos ni a la fecha en los que estos fueron celebrados.

En ese orden de ideas, resulta inaceptable la alegación de la defensa y el testigo Lafont Chica, en cuanto a que semejantes exigencias eran “necesarias” y “ajustadas” a la complejidad del contrato, a sus características y cuantía. Tampoco es cierto como lo pretende la defensa aludiendo al testigo Lafont Chica, que el manual mencionado limita a cinco el número de certificaciones referidas a la experiencia como requisito habilitante, cuando, en primer lugar, el testigo no dijo eso y, en segundo lugar, como se citó expresamente, sobre la materia el manual indica que “*no hay límite frente al número de contratos*”.

Es claro entonces para la Sala que la experiencia exigida por la gobernación desbordó los límites de la proporcionalidad y de necesidad, por lo que no resultaba adecuada a la naturaleza del contrato. Bastaba una experiencia *afin* a la prestación del servicio de alimentación, pero no exactamente igual a la del objeto del contrato, como la exigida, que como se vio podían demostrarla solamente las mismas personas jurídicas que venían ya prestando el servicio de alimentación escolar en la región, pues no otra cosa puede concluirse del hecho de que, además de haberse requerido un *máximo* de cinco certificaciones, se haya exigido experiencia en “suministro de alimentación escolar” y, por si esto fuera poco, en el “sector público”, por lo que no se remite a dudas que esto se hizo con el propósito de favorecer a las firmas contratistas que ya venían prestando el servicio, incluso en otros departamentos que eran

las únicas que podían cumplir con el requisito de experiencia en esos mismos campos, con lo que se vulneró el principio de selección objetiva.

De este modo, en opinión de la Sala se halla demostrado el cargo.

6.2.1.1.1.7 Séptimo hecho irregular. En relación con la asignación de riesgos previsibles derivados de la contratación

Se relaciona con la *tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles* contemplada en el capítulo octavo, anexo 4, donde, según la fiscalía, se afirmó que el contratista asumiría por su cuenta los riesgos derivados de los efectos favorables y desfavorables de las variaciones de los precios de los alimentos y de las cantidades necesarias para ejecutar adecuadamente el contrato, los efectos derivados de las variaciones de la tasa de cambio y en general, favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes fiscales legales, económicos, técnicos necesarios para el cumplimiento del contrato, que en su momento justificó el 5% como imprevistos, según anexo 2 de los estudios previos.

Agregó el delegado de la fiscalía cómo en el presupuesto oficial se reconoció un porcentaje adicional del 4.4% correspondiente al IPC cuando este quedaba comprendido en el ítem de los imprevistos y, además, para la época de los

estudios previos a mediados de 2015 ya la inflación prevista para el 2014 había sido tomada en cuenta al fijar el presupuesto como para que adicionalmente se estableciera el IPC de 2014 en un porcentaje que no correspondía a la realidad, porque aquél era del 3.66%, aspecto que conllevó a la apropiación indebida de recursos del Estado.

En respuesta la defensa calificó de equivocado este planteamiento, aduciendo que los *imprevistos* son un ítem que siempre debe ser tomado en cuenta en la mayoría de la contratación estatal por lo que su inclusión junto con el IPC en materia de costos no resulta irregular y mucho menos un factor que permitió inflar el presupuesto.

Agregó que el Decreto 1510 de 2013 “por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación públicas” en su artículo 3 inciso 23, se refiere al *riesgo previsible* y lo define como: “*un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución de un contrato*”. En otras palabras, el porcentaje por imprevistos incluido en los costos de contratación consiste en una forma de asimilar y tratar un riesgo que la entidad le traslada al contratista con el fin de que, en caso de surgir gastos no previstos, éste pueda asumirlos haciendo uso de ese rubro. Es un valor que se paga al contratista para que asuma el riesgo ante la ocurrencia de imprevistos.

Añadió la defensa técnica que el acusador también incurrió en error al cuestionar el 4.4% por IPC, pues su finalidad fue traer a valor presente los precios de los bienes, insumos y materias primas correspondientes al suministro de alimentación complementaria y prestación de este servicio, ya que su proyección se hizo con base en los precios de 2014 pero los gastos se ejecutaron en 2015 como quedó plasmado en el documento denominado proyecto de apoyo al PAE. Aclaró que el contrato tuvo como objeto prestar servicio de alimentación preparada y servida en sitio, de ahí que tomar un IPC general que en octubre de 2014 era de 3.3% era indebido, puesto que uno general contiene variaciones de todos los sectores de la economía y la mayoría de ellos no incidía en el PAE, ni se asociaban al objeto contractual, por tal razón el IPC correcto era el de alimentos en la medida en que se relaciona directamente con el objeto del contrato, razones por las que no es dable concluir una violación de los principios de la contratación.

Agregó que, no existe una norma que ordene acudir al IPC general y no al de alimentos, lo que lleva a concluir que la fiscalía creó un requisito *ex post* que termina vulnerando el principio de estricta tipicidad y consecuentemente el principio de legalidad.

No discute la Sala que los *imprevistos* son un ítem definido en el artículo 3 del Decreto citado por la defensa, que hace parte de los costos indirectos de los contratos celebrados bajo la modalidad de precios unitarios, mas no de la utilidad del

contratista, y que su naturaleza es la de ser una partida económica reservada para el pago total o parcial a favor del contratista de aquellos eventuales riesgos previsibles en el desarrollo del contrato.

Lo planteado por la fiscalía constituye una violación del principio de planeación en la medida en que al asignarle al valor de la ración un porcentaje del 5% por razón de *imprevistos* y además sumarle el 4.4% se aumentó el valor de ésta generando un mayor costo en detrimento del presupuesto departamental.

Frente a este hecho el abogado de la defensa explicó que la finalidad de presupuestar el 4.4% por concepto del IPC del año 2014, fue la de traer a valor presente los precios de los alimentos que fueron presupuestados en octubre de 2014.

Sin embargo, la Sala no encuentra plausible esta explicación, porque, en primer lugar, los estudios previos del contrato se elaboraron en julio de 2015 y por tal razón debieron proyectarse precios actualizados para ese momento que ya incluían el IPC de 2014 (3.66%) y el acumulado hasta junio de 2015, por lo que, haber procedido de la manera como se hizo, independientemente del impacto en el costo unitario de la ración, no se compadece con un adecuado ejercicio de planeación que impone la utilización de datos actualizados.

De ahí que no pueda convertirse en materia de discusión si el IPC a aplicar era el de alimentos o el general de 2014, pues lo cierto es que, el 4.4% aparece como una cifra arbitraria en cuanto a que para el año 2014 el IPC de alimentos marcó el 4.69% y el acumulado a octubre de 2014 fecha en que supuestamente proyectaron el valor de la ración, este estaba en 4.50% nacional y 4.53% Valledupar; y que habiéndose elaborado los estudios previos del contrato cuestionado en julio de 2015, lo razonable era haber calculado el valor de la ración sobre la base de precios de mercado actualizados que, como se dijo, ya contenían las alzas por razón de la inflación.

Son principios básicos de planeación y economía, no necesariamente reglados en la normatividad como lo pretende la defensa, pero que son tan elementales que no admiten discusión. Los presupuestos se estructuran sobre datos actualizados y criterios de razonabilidad y sentido común, por modo que en opinión de la Sala no era discrecional de la gobernación elegir qué IPC aplicar, debió ceñirse al que correspondía acorde con los datos vigentes actualizados al tiempo de los estudios previos del respectivo contrato, que en este caso se elaboraron en julio de 2015, es decir, no debió incluirse ningún valor por IPC.

En ese orden de ideas, la inclusión adicional del IPC del año 2014 viola los principios de planeación y economía, pues el cálculo del presupuesto debió hacerse con precios de 2015 y no de 2014.

6.2.1.1.1.8 Octavo hecho irregular. Omisión de la consulta previa con las comunidades indígenas

De acuerdo con la acusación consistió en la omisión de la consulta previa de la gobernación a las comunidades indígenas por concernir a ellos de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, que fue ratificado por la Ley 21 de 1991.

Esta obligación pretendió ser asumida por el contratista cuando era una facultad del departamento conforme con los lineamientos técnico-administrativos, 9.4.3. A la gobernación le correspondía evaluar previamente si a las organizaciones étnicas les interesaba ser contratadas para prestar el servicio a su comunidad, y en caso positivo, ahí sí, el contratista debía generar los espacios de diálogo que garantizaran la atención diferencial. Lo único que hizo fue intercambiar con dos representantes de la comunidad indígena unos oficios el 18 de agosto previo a la celebración del contrato, que no pueden entenderse como una concertación sino un aviso de que se encargarían de la alimentación de los escolares indígenas.

De otra parte, sigue, por oficio de 21 de agosto de 2015, suscrito por Javier Clavijo Franco, gobernador del resguardo Yukpa, dirigido a Ivis del Carmen Rosado Robles, la invita a una reunión para concertar temas de la alimentación escolar que más que una concertación se trató de una socialización, ya que solamente se les avisó que iban a prestar el servicio, es

decir, fue el consorcio contratista el que realizó las reuniones con las dos comunidades.

En ese orden el departamento omitió dar cumplimiento a los lineamientos técnico-administrativos del MEN relativos al enfoque diferencial, numeral 2.5, en cuanto debía propender porque las comunidades étnicas tuvieran conocimiento del PAE y participaran en la selección del operador, y esto no se hizo.

Por su parte, la defensa calificó de “erróneo” este cargo, porque los entes territoriales no son los obligados a adelantar la consulta previa, pues la norma que la ordena se encontraba prevista en los lineamientos del MEN de 2014-2015. En primer lugar, deben revisarse los lineamientos transitorios de 2014, en cuyo numeral 2.5.2 se establecía que la alimentación era un acto cultural en el cual las comunidades indígenas jugaban un papel importante y por ello se debía tener un especial respeto para no interferir las tradiciones propias de su comunidad. Por ende, la figura de la consulta se había considerado como el mecanismo constitucional adecuado para respetar sus tradiciones, máxime cuando se trata de un derecho que tienen los pueblos indígenas. Sin embargo, el Decreto-Ley 200 de 3 de febrero de 2003, modificado por el Decreto 4530 de 2008 y los lineamientos de 2014, establecieron que la responsabilidad para llevar a cabo procesos de consulta previa es compartida entre los Ministerios de Educación y del Interior, siendo éste el responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso.

Para el defensor el Ministerio de Educación es el responsable de participar activamente en el proceso de consulta y de proporcionar los recursos necesarios para esto (ver pág. 51 párrafo 5 de los lineamientos). Es por esta razón que no se le podía crear esa carga a la gobernación, quedando relevada de esa responsabilidad. Ahora, posteriormente las directrices del MEN de 2015 dejaron atrás ese requerimiento, exigiendo estudios con enfoque diferencial de las comunidades étnicas para salvaguardar sus derechos y necesidades específicas según pertenencia y permanencia a diferentes grupos poblacionales tal como se observa en el numeral 1.7.3 de los mencionados lineamientos de 2015 (pág. 17).

En síntesis, concluyó el defensor, la consulta previa inicialmente considerada en 2014 nunca fue objeto de aplicación por dos razones: 1. Era responsabilidad de los Ministerios de Educación y del Interior. 2. Por las dificultades y demoras que producía su trámite. No obstante, si en gracia de discusión se asumiera que la consulta previa debió aplicarse, su incumplimiento no es atribuible al gobernador del Cesar, sino a los ministerios indicados.

En relación con este cargo, la Corte empieza por aclarar que por razón de la época de los estudios previos (5.1.2.18) de la contratación concerniente, es decir, julio de 2015, los requerimientos técnico-administrativos aplicables eran los correspondientes a abril de 2015 (5.2.2.1), ya vigentes en ese

momento⁶⁸, y por esta circunstancia su análisis debe hacerse frente a lo allí dispuesto, y no en correspondencia con los anteriores a esa fecha citados indistintamente tanto por la fiscalía como por la defensa.

En ese orden, el numeral 1.7.2 “Enfoque diferencial” de las directrices aplicables, indica que para efectos de la implementación del PAE han de tenerse en cuenta los derechos y las necesidades específicas de los individuos según su pertenencia a diferentes grupos poblacionales, sus condiciones o circunstancias específicas de diferencia, desventaja o vulnerabilidad física, etc.

De otro lado, el numeral 9.4 “Inclusión social” define este concepto como las acciones que se realizan para lograr que los grupos que han sido social e históricamente excluidos por sus condiciones de desigualdad o vulnerabilidad, puedan ejercer su derecho a la participación y sean tomados en cuenta en las decisiones que los involucran. *“Para el PAE es importante la generación de acciones que permitan que los grupos étnicos y aquellos grupos poblacionales con mayor situación de pobreza puedan articularse con los procesos de vida social, política, económica”*. En esa línea se determinó que un aspecto básico para iniciar un proceso de inclusión social era la realización de ciclos de menús diferenciales acordes con la cultura y hábitos alimentarios de

⁶⁸ De conformidad con el párrafo 4 del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011 – Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014- para alcanzar coberturas universales del PAE el Gobierno Nacional trasladará del ICBF al MEN su orientación, ejecución y articulación sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento y para el efecto el MEN *“realizará la revisión, actualización y definición de los lineamientos técnico-administrativos de los estándares, y de las condiciones para la prestación del servicio para la ejecución del programa, que serán aplicados por las entidades territoriales, los actores y operadores del programa”*.

la región que faciliten la promoción de compras locales y generen mecanismos para garantizar la atención diferencial, especialmente, a las niñas, niños y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos.

En el numeral 9.4.3 “Enfoque de derechos para la atención diferencial”, el MEN definió el “enfoque diferencial” como un método de análisis, de actuación y de evaluación de la población basado en la protección de los derechos fundamentales de las poblaciones desde una perspectiva de la equidad y diversidad.

Como acciones orientadas a preservar las culturas esos mismos presupuestos determinaron que las organizaciones étnicas podrán ser contratadas para la operación del PAE siempre y cuando cumplan con los requisitos de calidad. En caso de no poder hacerlo el operador deberá generar espacios de diálogo para forjar acuerdos que garanticen la atención diferencial. Los aspectos mínimos para esto último son: (i) vinculación de los manipuladores de alimentos pertenecientes a los grupos étnicos; (ii) ciclos de menús diferenciales con inclusión de alimentos autóctonos; y, (iii) compras locales a proveedores del grupo étnico.

El resultado de las reuniones se debía remitir al MEN, y a la entidad territorial (ETC), copia del acta debidamente diligenciada y firmada por las autoridades indígenas que diera cuenta de los acuerdos logrados y los compromisos adquiridos

por las partes junto con el plan de alistamiento⁶⁹. En caso de que las actas de reunión no fueran remitidas en el plan de alistamiento, se debía dejar constancia de la no entrega y remitirla máximo dos meses luego del inicio de la operación⁷⁰.

Es importante destacar, en relación con la “Fase de alistamiento – Operador”, que el apartado 5.2.2.2 la ubica temporalmente entre el perfeccionamiento del contrato y el inicio de la operación, es decir, una vez celebrado el contrato hasta el inicio de la operación.

De todo lo anterior infiere la Sala que este cargo no tiene vocación de prosperidad en razón a que, como puede evidenciarse, los lineamientos técnico-administrativos de abril de 2015, a diferencia de los de julio de 2014 (num. 2.5.2 “Concertación”) no consagran la “*consulta previa*” como requisito de la etapa precontractual; a cambio imponen la generación de consensos entre el operador y las comunidades étnicas orientados a garantizar los derechos fundamentales de estas comunidades desde una perspectiva de igualdad y diversidad, que deben producirse en la fase de alistamiento del programa, la que ocurre entre el perfeccionamiento del contrato, es decir, su celebración y el inicio de la operación, intervalo que coincide con la fase de ejecución del mismo, la cual, como se sabe, escapa al tipo penal.

⁶⁹ Lineamientos técnico-administrativos MEN de abril de 2015, num. 5.2.2.2 “Fase de alistamiento – Operador”: es aquella concebida entre el perfeccionamiento del contrato y el inicio de la operación

⁷⁰ *Ibidem* a folios 97 y ss.

Para ahondar, de estos acuerdos y los compromisos adquiridos debe dar cuenta el operador, es decir, el contratista, al MEN y a la ETC junto con el plan de alistamiento, lo que permite entender, como lo adujo la defensa técnica, que el cumplimiento de dicha obligación no corresponde a la gobernación y, por tanto, no le es endilgable la violación de los principios de la contratación, amén de que esto debió ocurrir durante la ejecución del contrato, después de suscrito, etapa por fuera del control penal.

No prospera el cargo.

6.2.1.1.1.9 Noveno hecho irregular. Ausencia de estudios del sector

Se trata de un cuestionamiento que hizo la fiscalía al documento “estudio del sector”, como parte de los estudios previos, que calificó como un simple formato de transliteración de literatura nacional e internacional asociada a la malnutrición escolar sin ninguna relación espaciotemporal con el proceso contractual del caso. En consecuencia, consideró que no se realizó un verdadero estudio del sector conforme a las exigencias del caso de cara al cumplimiento de las pautas del MEN, y del artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, vigente para la fecha de los hechos.

A este cargo se opone la defensa, señalando que sin importar si eran los transitorios de 2014 o los de 2015, pues

ambos imponían la realización de unos estudios del sector, fue en el Decreto 1510 de 2013, art. 15, incluido después en el Decreto 1082 de 2015 donde se estableció el deber de las entidades de analizar el sector. Dicha normatividad, agregó, asignaba a la administración el deber de hacer un análisis para determinar el contexto de la contratación, es decir, identificar los riesgos y determinar los requisitos habilitantes por lo que el ordenamiento indicaba que la gobernación debía hacer un estudio de todo orden (legal, comercial, financiero, organizacional, técnico, y de análisis de riesgo) y dejar constancia en el proceso (Decreto 1510 de 2013, art. 15).

Sobre el particular, empieza la Sala por señalar que el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, aplicable para la época del contrato, definió los estudios del sector de la siguiente manera:

Deber de análisis de las entidades estatales. La entidad estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La entidad estatal debe dejar constancia de este análisis en los documentos del proceso.

La guía para la elaboración de estudios del sector de Colombia Compra Eficiente de 27 de diciembre de 2013, en relación con esta temática sentó las bases para la estructuración de los estudios del sector en la contratación pública, señalando como consideraciones necesarias para su realización, las siguientes: (i) el alcance del análisis del sector debe ser proporcional al valor y la complejidad del proceso de

contratación, la naturaleza del objeto a contratar, el tipo de contrato y los riesgos identificados en el proceso de contratación; *(ii)* el estudio del sector y los lineamientos de la guía no deben utilizarse de manera mecánica, cada proceso tiene particularidades propias; *(iii)* el análisis del sector comprende diversos aspectos: técnicos, comerciales, organizacionales, legales y financieros, por lo que se recomienda que en su desarrollo participe un equipo multidisciplinario; *(iv)* para el desarrollo del estudio del sector la entidad estatal deberá observar la normatividad aplicable.

En la misma dirección la guía determinó la estructura de los estudios del sector y las áreas que lo comprenden, así: *(i)* aspectos generales del mercado; *(ii)* comportamiento del gasto histórico; *(iii)* estudio de la oferta; y *(iv)* estudio del mercado.

Revisado el documento “Estudio del Sector” (5.2.2.16), sin fecha de elaboración, presentado por la gobernación se advierte que hace referencia a datos generales desactualizados de años 2002–2010 que no tienen correspondencia con el sector de la economía relacionado con el bien, obra o servicios relevantes en el proceso de contratación, en este caso el suministro de alimentos, como lo indica la guía de estudios del sector citada.

De lo anterior puede citarse, por ejemplo, el numeral 1. “Aspectos generales” donde se trae a colación un estudio del MEN sobre deserción escolar en los años 2002-2011 en Colombia; en el apartado A2. “Aspectos generales del mercado” en el que debieron abordarse aspectos económicos, técnicos

regulatorios relacionados con el bien objeto del contrato⁷¹, es decir, alimentos, transporte, salarios, etc.; el documento hace alusión al comportamiento del PIB en el Cesar en 2001 – 2011, variación del IPC, recaudo de impuestos nacionales, crecimiento del cultivo de palma y de la producción de carbón en el departamento; en el A2.1 en el que pretende abarcar temas económicos, hace relación a la actividad económica pero no relacionada con el bien o bienes objeto del contrato sino al debilitamiento de la economía mundial, a la pérdida de dinamismo del PIB en Colombia 2011-2012, al desempeño de la economía nacional en ese mismo período en comparación con otros países de la región, al crecimiento del consumo en el país, al deterioro de la oferta excepto en servicios sociales, comunales y personales, así como en el sector de la electricidad, gas, agua, agricultura, caza, silvicultura y pesca. El aumento de la explotación de minas y canteras en el año 2011 debido a la baja de la dinámica de extracción de carbón y petróleo, y alude también al comportamiento del PIB que fue impulsado por la actividad financiera, seguros inmobiliarios y servicios a las empresas; en los siguientes apartados A2.1.2, A2.1.3 y A2.1.4 contempla asuntos como la inflación y el mercado laboral citando datos de 2011 – 2012; la política monetaria internacional y mercados financieros con datos de los mismos años, y al crecimiento del PIB durante la década de 2001 – 2010; otros temas como la inflación de los años 2013 – 2014; las tasas de interés; el incremento salarial de 2014; las estampillas (A2.1.9) como costos asociados a la contratación; impuestos (A2.1.10); el Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros ICA fueron abordados en dicho estudio.

⁷¹ Colombia Compra Eficiente. Guía para la elaboración de estudios del sector., *ibidem*
Página 214 de 404

Además, hay referencia a los requisitos habilitantes de orden financiero (3) y finalmente se identificaron, estimaron, tipificaron y asignaron los riesgos previsibles asociados al objeto del contrato.

Del análisis comparativo entre los elementos y análisis que normativamente debe contener el estudio del sector (5.1.2.19) y el contenido de dicho estudio elaborado por la gobernación en este caso, y cuestionado por la fiscalía, encuentra la Sala que ciertamente no satisface los requerimientos legales previstos para garantizar una debida planeación del contrato, pues se advierte, en principio una referencia a estudios del Ministerio de Educación Nacional a nivel del país y, subsiguientemente una reseña generalizada de datos de 2002-2010, desactualizados para la época del contrato, sobre aspectos técnicos y comerciales de distintas áreas de la economía no relacionadas con el sector que incumbe a la contratación como costos de mercado en el caso de alimentos, como por ejemplo, al sector de la electricidad, gas, agua, agricultura, caza, silvicultura y pesca.

Al aumento de la explotación de minas y canteras en el año 2011 debido a la baja de la dinámica de extracción de carbón y petróleo, y alude también al comportamiento del PIB que fue impulsado por la actividad financiera, seguros inmobiliarios y servicios a las empresas que ninguna relación tienen con el objeto de la contratación de la alimentación escolar de la niñez del departamento del Cesar, por lo que se reitera, el estudio del sector elaborado por la gobernación en

este caso, no satisface los requerimientos legales desde el punto de vista de su contenido y de su finalidad de garantizar una debida planeación del objeto contractual y, en consecuencia el cargo prospera.

6.2.1.1.2 Segunda irregularidad. Proyecto de pliego de condiciones

La segunda irregularidad sustancial, está relacionada con el proyecto de pliego de condiciones o prepliego. En el numeral 2.4.3 referido a la *capacidad instalada* la acusación advirtió que acorde con los lineamientos técnico-administrativos del MEN de julio de 2014, los proponentes debían contar con instalaciones locativas para el almacenamiento con requerimientos mínimos, entre ellos, que los inmuebles fueran de propiedad de los proponentes con área superior a 1.000 m², y en caso de no contar con la propiedad debían aportar una carta de intención de propietario en la que se comprometía a arrendar el bien inmueble.

Esta exigencia fue objetada por el aspirante a proponente, Daniel Castellón Rodríguez, con escrito fechado el 22 de julio de 2015 en el que indicó que ese requerimiento era contrario al principio de transparencia, pluralidad de oferentes, igualdad y selección objetiva, pues favorecía al actual operador del programa, que ya contaba con la bodega y la dotación requerida.

El secretario de educación en el formato de observaciones respondió que era una directriz del MEN y que tenía como fin garantizar la eficiente prestación del servicio. Sin embargo, para la fiscalía, si se observa la prueba 42, num. 4.8.1.1 que habla de la infraestructura, se entiende que esa exigencia no era pertinente, ya que acorde con su tenor el contar con una bodega era algo opcional, de tal forma que el espacio de almacenamiento debidamente dotado debía entenderse para la ejecución del programa, no para la oferta.

Por lo tanto, según la acusación, la exigencia de capacidad instalada en las condiciones impuestas por la gobernación desbordó los lineamientos del MEN y atentó contra la participación plural de oferentes potenciales favoreciendo al operador escogido, pues este requerimiento procedía para la ejecución del programa en caso de que el proponente resultara favorecido y, por lo mismo, no era exigible al momento de la oferta.

Destacó cómo al consorcio favorecido, no obstante, este requerimiento, se le aceptó una carta de intención de arrendamiento de un inmueble para la iniciación de la prestación del servicio.

Para la defensa este cargo “carece de toda lógica y veracidad”. En primer lugar, porque, según dijo, este requisito no se estableció por capricho de la gobernación, pues hace

parte de las directrices del MEN de 2014, en los cuales se indica: *“Infraestructura bodega. El operador puede o no contar con un espacio de bodega para realizar el almacenamiento (...)”*. Con base en esta pauta se expidió el proyecto de pliego de condiciones, sin embargo, la gobernación no estableció de forma imperativa que los proponentes debían contar con una bodega de almacenamiento al momento de presentar la oferta, pues en ninguna parte del pliego aparece tal exigencia, lo que se pretendió fue que en caso de no ser propietario del inmueble y tampoco tener uno en arrendamiento debía aportar una carta de intención suscrita por éste en el que se comprometiera a dar en arriendo el inmueble al operador favorecido, como quedó plasmado en la pág. 21 del proyecto de pliego de condiciones.

A juicio del apoderado, lo plasmado en los pliegos dista de lo que se quiere hacer ver por la fiscalía, pues, por el contrario, la posibilidad de que el oferente presentara una carta de intención suscrita por el propietario de una bodega en las condiciones mencionadas, permitía que más proponentes pudieran presentar sus ofertas. Es claro que el requisito de capacidad instalada desde los estudios previos y el proyecto de pliego de condiciones se estableció como un ofrecimiento respaldado por una carta de intención del propietario de la bodega, soportada por el certificado de libertad y tradición.

Consideró que la observación planteada por Castellón Rodríguez en cuanto solicitó que se acreditara el requisito con una declaración bajo juramento no era atendible, porque para este tipo de contrato se requería de un respaldo más sólido,

máxime que el adjudicatario tenía un término de alistamiento de 15 días para preparar la ejecución, como lo señalaban los lineamientos y lo mencionó el testigo de la defensa Octavio Lafont Chica, porque vencido ese término debía iniciar la prestación del servicio.

Concluyó el defensor, que no hubo ninguna violación a la forma de garantizar la capacidad instalada en el curso del proceso, es decir, que la acreditación del ofrecimiento de la bodega no cambió en el transcurso de la licitación conservando siempre la posibilidad de probarla con la carta de intención de arrendamiento en caso de no ser propietario del inmueble.

Según dijo el abogado la carta de intención siempre estuvo en el proceso licitatorio, documento que descarta que el consorcio fuera el propietario del bien, contrario a lo afirmado por la fiscalía, por lo que no se configura ninguna irregularidad en el prepliego de condiciones, referida a esta supuesta violación de los principios de selección objetiva y de transparencia.

Para la Sala el cargo radica en que en el proyecto de pliego de condiciones la gobernación requirió a los *proponentes* al momento de la oferta contar con una bodega de almacenamiento y manejo de alimentos, cuando los lineamientos del MEN lo exigía para los *operadores*, es decir, después de adjudicada la licitación, y no a los *proponentes*, condición que la fiscalía estimó favorecía al consorcio

adjudicatario que por venir prestando el servicio ya lo cumplía de antemano.

Este asunto fue regulado en los numerales 4.8 “Requerimientos técnicos de espacio y dotación para la prestación del servicio” y 4.8.1.1 “Infraestructura” de los lineamientos técnicos del MEN aplicados de julio de 2014 (5.2.2.2), así: *“Bodega. El operador puede o no contar con un espacio de bodega para realizar el almacenamiento, preparación de entregas y distribución de víveres, la cual debe tener como dotación mínima: equipos de refrigeración y congelación, sistemas de transporte (carretillas, carritos transportadores, etc.) implementos de almacenamiento (canastillas, estibas, etc.) y equipos de medición (grameras, básculas, termómetro)”*. (Énfasis agregado)

En el 2.4.3 del Proyecto de pliego de condiciones (5.2.2.39), la gobernación en relación con este requisito, exigió:

Capacidad instalada. De conformidad con lo señalado en los lineamientos técnico-administrativos para la operación del PAE, expedidos por el Ministerio de Educación Nacional en julio de 2014, los proponentes deberán acreditar que cuentan con instalaciones locativas aptas para realizar el almacenaje, preparación de entregas y distribución de víveres, la cual debe contar mínimo con lo siguiente:

El (os) inmuebles acreditados deberán ser de propiedad del proponente singular o integrantes del proponente plural, para lo cual deberá aportar fotocopia del certificado de libertad y tradición del inmueble en el cual conste que el área de las instalaciones es superior a 1.000 m².

En caso de no ser propietario del inmueble y tampoco tener un inmueble arrendado, deberá aportar carta de intención suscrita por el propietario del inmueble en la cual se comprometa a que arrendará el bien

inmueble en caso de resultar favorecido con la adjudicación del contrato, así como el certificado de libertad y tradición del inmueble. (Se subraya).

Y, a continuación, justificó la gobernación que dicha exigencia obedecía a que no todas las sedes educativas contaban con la dotación e infraestructura necesarias para almacenar víveres.

Esta circunstancia obligó al ingeniero Daniel Castellón Rodríguez, a formular una observación y solicitó se reemplazara este requisito por la presentación de una carta de intención donde el oferente bajo la gravedad del juramento se comprometiera a contar con la bodega una vez se le adjudique la licitación. (5.1.2.86).

En respuesta, la gobernación rechazó la observación y al efecto explicó que *“dicha exigencia deviene de los lineamientos técnico-administrativos del MEN los cuales señalan que para la ejecución del contrato el operador debe contar con plantas de producción o ensamble y/o bodegas de almacenamiento”*, y justificó la exigencia de este requerimiento desde la presentación de la propuesta por la necesidad de escoger al proponente *“que cuente con una capacidad real instalada para el inicio de la ejecución contractual”*. Negó que se tratara de una exigencia discriminatoria (5.1.2.87).

Vistas así las cosas, concluye la Sala que, este requerimiento efectuado por la gobernación, sin duda alguna, riñe con los requisitos técnicos-administrativos que invoca⁷².

Y se oponen no solo porque en los lineamientos de 2014 que invocó la gobernación (de julio de 2014. num. 4.8.1.1) era opcional el requisito de la bodega, pues decía que el *operador* “podía o no” contar con una bodega, sino porque este requisito fue concebido, como allí reza, para el *operador* del programa, no para el *proponente*.

Es tan cierta esta conclusión que, incluso, este mismo requisito se previó en los lineamientos técnico-administrativos de abril de 2015⁷³ en el numeral 5.2.2.3 para la “fase de operación”, dentro de la *etapa de alistamiento*, es decir, cuando ya ha sido adjudicada la licitación, que ocurre entre el perfeccionamiento del contrato y el inicio de la operación como lo define el numeral 5.2.2.2 de los lineamientos.

Así, en opinión de la Sala, contrario a lo argüido por la defensa, la exigencia de contar con una bodega o con una carta de intención de arrendamiento en las condiciones impuestas, o sea desde la presentación de la oferta, viola los lineamientos técnicos aplicados y por contera los principios de transparencia

⁷² En este sentido el párrafo 4° del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011 que expidió el Plan Nacional de Desarrollo, señaló: “Con el fin de alcanzar las coberturas universales en el Programa de Alimentación Escolar –PAE–, EL Gobierno Nacional trasladará del Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) al Ministerio de Educación Nacional (MEN), la orientación, ejecución y articulación del programa sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento para su prestación de manera concurrente con las entidades territoriales”(Énfasis agregado)

⁷³ Prueba 5.2.2.1.

y selección objetiva en cuanto que, además de no estar terminantemente contemplado, tampoco constituye un requerimiento exigible desde la presentación de la propuesta, sino partir de la operación del programa, como se explicó. Tal exigencia, sin duda, impidió la participación de un mayor número de proponentes, favoreciendo a quienes ya venían ejecutando el programa.

Ahora, esta exigencia por estar reglada en los lineamientos técnicos del MEN no podía quedar a discrecionalidad de la administración como lo pretende Lafont Chica cuando señaló que *“dentro de la autonomía que revestía al departamento sí se hizo esa exigencia de demostrar una capacidad instalada”*, o cuando expresó; *“eso queda en primera instancia a criterio de la entidad territorial, las exigencias que puedan hacerse dentro de un proceso precontractual”*⁷⁴, pues el requerimiento desbordó el contenido del querer del ministerio, que como se explicó, es de perentorio cumplimiento, por lo que resulta evidente la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, ya que al exigir la gobernación que el *proponente* contara con la bodega al momento de la presentación de la oferta, y no después de adjudicado el contrato, impidió la posibilidad de que otros oferentes distintos de los que ya venían ejecutando el programa se presentaran. Es el caso del reclamante Daniel Castellón Rodríguez.

En opinión de la Sala el cargo está demostrado.

⁷⁴ Testimonio de Octavio Javier Lafont Chica: audio a partir de 1:10:00, sesión de 23.11.22 parte 2.

6.2.1.1.3 Tercera irregularidad. Pliego de condiciones

La refiere a una serie de hechos acaecidos en el pliego de condiciones que en opinión de la fiscalía constituyen graves irregularidades que desdican del cumplimiento de los requisitos legales de la contratación.

En primer lugar, señaló la fiscalía que la gobernación desconoció el numeral 3 del art. 26 Ley 80 de 1993, al indicar en la parte introductoria de la página 5, que el pliego de condiciones fue elaborado conforme a los lineamientos del MEN de abril de 2015, sin embargo, al abordar el tema de la capacidad instalada en el numeral 2.4.3 se plasmó la aplicación de los lineamientos de julio de 2014 y en la publicación del SECOP se refiere a los de 2015, lo que induce a error a los oferentes por falta de claridad en las pautas y eso está prohibido por la referida ley.

Como segundo hecho adujo que en el presupuesto oficial, anexo 2 de los estudios previos se calculó la dotación, capacitación y salario para aproximadamente 1.800⁷⁵ manipuladores, no obstante, en el num. 2.4.7.1 del pliego de condiciones se exigió que el operador debía ofrecer mínimo 350 manipuladores cifra que carece de sustento pues no alcanza al

⁷⁵ De acuerdo con el Anexo 2 Presupuesto oficial de los estudios previos, pág. 2 del anexo, se calcularon 1748 manipuladoras.

20% de lo indicado en el presupuesto, siendo la única explicación lógica la intención de favorecer al consorcio.

En tercer lugar, expuso que adicionalmente en el numeral 2.5.1 del pliego de condiciones se requirió para acreditar la *experiencia general* en la prestación de servicios de alimentos a escolares, allegar *máximo* cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años, contados desde la fecha del cierre del proceso de selección en cuantía igual o superior a dos veces el presupuesto oficial en salarios mínimos legales vigentes a la fecha de suscripción, exigencia que la acusación calificó de “ilógica”, cuando el cumplimiento de las exigencias se acredita con *mínimos*. En su opinión este requerimiento limitó el acceso a terceros interesados en participar en la licitación, porque “únicamente” podía ser satisfecho por las dos personas jurídicas que conformaban el consorcio “escogido de antemano”.

Aunado a lo anterior agregó que el num. 2.5.2 del pliego exigió como requisito habilitante una *experiencia específica* acreditada con dos de los cinco contratos cuyo valor fuera igual o superior una vez al presupuesto oficial con suministro igual o superior a 140.000 raciones diarias en un lapso superior a 59 días y con raciones entregadas iguales o superiores a \$12.000.000 (sic) correspondiente a ración preparada en sitio y que se hubieran atendido mínimo 877 unidades de servicio o restaurantes escolares; requisitos tan específicos que únicamente podía cumplir el consorcio que de antemano había sido escogido, por tratarse de los que de tiempo atrás venían

prestando el servicio en los departamentos del Cesar y La Guajira, tal como se confirma con los documentos que acreditan la experiencia del contratista allegados con la propuesta, circunstancia que adicionalmente prueba el “direccionamiento” en su escogencia.

De otra parte, añadió la fiscalía, que en el numeral 2.5.1 relativo a la *experiencia general* del proponente se pidió que hubiera sido obtenida en el sector público, exigencia que la acusación considera limitó a otras empresas con aptitud para prestar el servicio. Esto le permitió probar la maña con la que se elaboró el pliego de condiciones para seleccionar al contratista.

Concluyó así el ente acusador que con estas exigencias se violaron los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad.

En contraposición la defensa señaló que probó que para los años 2014-2015 se presentó una coyuntura en materia de implementación del PAE, toda vez que la Ley 1450 de 2011 por la cual se inscribió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 trasladó el PAE del ICBF al Ministerio de Educación Nacional para que desde allí se realizara la orientación, ejecución y su articulación a todos los entes territoriales del país. Esto hizo que el ministerio expidiera los documentos contentivos de los lineamientos técnico-administrativos que debían seguir los entes territoriales, siendo estos la *versión transitoria* de 2014 y

la *versión* de 2015, debido a que, por tratarse de una *transición* ejecutada para la época, eran aplicables al PAE como lo informó el ministerio en la respuesta al derecho de petición elevado por la defensa.

En el pliego de condiciones, afirmó la defensa, se incorporaron ambos por ser complementarios y no excluyentes, razón por la cual el departamento tuvo en cuenta los de 2014 para el pliego de condiciones del contrato de 2015, porque para ese momento ya se venía implementando el PAE en todo el territorio nacional como quedó consignado en la respuesta al derecho de petición. Si este hubiera sido un tema controversial así lo hubieran hecho saber los oferentes, pero, por el contrario, no fue asunto de observaciones a los pliegos, como se infiere de las pruebas 19 y 20.

En segundo lugar, se refirió el defensor al cuestionamiento del hecho de que en los estudios previos se hubieran previsto 1.748 manipuladores, pero en el pliego de condiciones solamente se exigieron 350 que cumplieran determinados requisitos, asunto que refutó aduciendo que en los lineamientos técnicos y en relación con la necesidad se requirió que los operadores debían contar con el personal necesario durante las distintas etapas de la ejecución del contrato para esto se exigió disponer de un número de manipuladores que garantizaran la calidad del servicio.

El número de manipuladores, adujo, variaba de acuerdo a los múltiples factores entre los que se encontraban la modalidad de la prestación del servicio, las condiciones de cada institución educativa y el número de estudiantes a atender como se advierte en la pág. 57 de los parámetros de 2014.

Añadió que la relación para determinar el número de manipuladores de alimentos que se pagarían bajo la modalidad de preparados en sitio se calculó con base en el numeral 5.2.2.1 de los lineamientos de 2015, los cuales se refieren al recurso humano requerido. Con base en esto la gobernación calculó el número de manipuladores por 146.100 raciones diarias en 1.058 sedes educativas, para un total de 1.748. Esto se puede verificar en la estructura de costos de la licitación.

Si bien es cierto, agregó, que en los lineamientos técnicos de 2014, pág. 89, se establecía que para la entrega de 1-75 raciones se requería un manipulador, se trataba de un estimativo que no necesariamente correspondía a las que se debían emplear, sin embargo, el contratista necesitaba contar con la totalidad de manipuladores que exigía el ministerio de acuerdo con el número de raciones que debía atender de tal manera que en el proceso de selección la entidad debía asegurarse de que el proponente sí disponía del personal necesario como se previó en la pág. 22 del pliego de condiciones.

Fue así, continuó la defensa, que la gobernación consideró que exigir la hoja de vida de 1.748 manipuladores constituía una limitante y haría más compleja la participación en el proceso de selección por lo cual redujo el requisito a 350, siendo este número un muestreo que hacía más “viable y operativo” el proceso de selección, por eso, explicó, se exigieron 350 hojas de vida aun cuando se requerían más, pero éstas deberían ser contratadas dentro de los 15 días siguientes a la suscripción del contrato, dicha exigencia fue razonablemente mínima y permitió que más proponentes pudieran participar. Era una cifra estimada.

Aclaró a continuación el defensor, que el personal no debía estar vinculado laboralmente con el proponente al momento del cierre del proceso, pues este tenía la posibilidad de contar con personal de propia nómina o del banco de hojas de vida, lo importante era que dicho personal contara con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones conforme a la voluntad del ministerio, sin olvidar que la obligación debía estar respaldada en una carta de compromiso, por tanto, no es dable afirmar una irregularidad con base en esta circunstancia, comoquiera que la cantidad requerida obedeció al cumplimiento de una obligación contenida en los lineamientos técnicos. Si bien al momento de estructurar el presupuesto se exigió una cifra de 1.748 manipuladores, también lo es que durante la ejecución del proceso el contratista se obligaba a ajustar cada mes de acuerdo con el número de raciones preparadas en sitio y que debían servirse, de acuerdo con el SIMAT.

En tercer lugar, respecto de la irregularidad referida a la exigencia de la acreditación de la experiencia con *máximo* cinco certificaciones, explicó el defensor que lo que se buscaba con esto era permitir a otros proponentes que no contaran con dicha experiencia pudieran conformar un consorcio o uniones temporales para que sumada esa experiencia pudieran participar.

En cuarto lugar, en relación con la exigencia de que en dos de los cinco contratos certificados se acreditara el suministro de 140 raciones diarias, cuya sumatoria fuera de 11 millones de raciones a entregar en 59 días contando con 877 restaurantes escolares, era un requisito que solo podía cumplir la Fundación Kabala, adujo el abogado que cada requisito de experiencia general o específica se fundamentó en lo establecido en el manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación expedido el 23 de diciembre de 2013 por Colombia Compra Eficiente, que definió la experiencia como el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades similares o iguales a las del objeto contractual. Esta irregularidad no existió, aseguró.

En cuanto a este cargo, debe la Sala empezar por indicar que conforme al num. 3° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, *“Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubiere abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliego de condiciones, términos de referencia, diseños,*

estudios planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos". (Se destaca)

Como bien lo señala la fiscalía, en la página 5 del proyecto de pliego de condiciones se puso de presente que comoquiera que los lineamientos definen orientaciones para la prestación de un servicio de calidad y ofrece elementos técnicos para la ejecución de acciones alrededor de la alimentación escolar en Colombia y, consecuente con esto, el MEN "*expidió una última versión de los Lineamientos Técnico-Administrativos en el mes de abril de 2015, los cuales servirán de guía en cada uno de los componentes del PAE a ejecutarse en el departamento del Cesar*".

Es decir, en esa oportunidad la gobernación expresó claramente que los lineamientos a tomar en cuenta en el desarrollo del proceso precontractual y contractual eran los últimos expedidos, es decir los de abril de 2015, no obstante, como lo indicó la acusación, en el 2.4.3 de ese mismo documento, al referirse en el anexo técnico a la capacidad instalada se invocaron los lineamientos de julio de 2014, erigiéndose en una irregularidad en el proceso de planeación, pues esto indujo en error a quienes pretendían licitar por no tener claramente definidas las reglas de juego, ya que unos y otros son distintos y por tanto contemplan exigencias diferentes, circunstancia que sin duda vulnera el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y por contera los principios de planeación y responsabilidad, en cuanto dispone que las entidades y los servidores públicos responden cuando los

pliegos de condiciones o términos de referencia *“hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”*.

Para la Sala, las condiciones descritas impiden atender la argumentación defensiva, en cuanto a que eran aplicables los lineamientos de 2014 y de 2015 por tratarse de un *“período de transición”*, y *“por ser complementarios y no excluyentes”*, pues tal consideración resulta inaceptable frente a los principios mencionados y al hecho de que, en el de pliego de condiciones elaborado en julio de 2015, tres meses después de la última versión expedida por el MEN, se dejó claro que estos serían los que guiarían cada uno de los componentes del PAE a ejecutarse. Es obvio que una vez expedido el último a este deben atenerse las entidades territoriales, por ser consecuente con el mandato del artículo 136, parágrafo 4° de la Ley 1450 de 2011, en cuanto impone al MEN la misión de realizar la *“revisión, actualización y definición”* de los lineamientos técnico-administrativos y socialización de estándares y de las condiciones para la ejecución del programa que serían aplicados por las entidades territoriales.

Así, habiendo sido elaborados los estudios previos en julio de 2015 debieron aplicarse a todo el trámite los parámetros de abril de 2015, como en principio se expresó, y no otros, incluso, como lo dice Lafont Chica, así el proyecto de inversión se hubiera *“gestado”* en noviembre de 2014, pues finalmente, se insiste, los estudios previos del contrato se elaboraron en julio

de 2015, cuando ya se encontraban vigentes los lineamientos de abril de 2015.

Además, no es cierto como lo dijo la defensa que el ministerio en su respuesta a un derecho de petición⁷⁶ introducida por el testigo de la defensa, Jeisson Orjuela Acuña, hubiera manifestado que por tratarse de una “transición” para la época podían indistintamente aplicarse al PAE los lineamientos de 2014 o de 2015. Lo que allí se afirma es que en el marco de sus competencias el ministerio expidió una *versión transitoria* en el mes de julio de 2014 y “para la vigencia de 2015, en el mes abril”. En consecuencia, no es de recibo como lo pretende el defensor que podían aplicarse unos u otros porque precisamente la Ley 1450 de 2011 facultó al MEN para “revisar, actualizar y definir” los lineamientos aplicables al programa por las entidades territoriales. No era opcional aplicar uno u otro, era imperativo utilizar los actualizados de abril de 2015, como se dijo, pero no se hizo.

Acerca de las casi 1.800 manipuladoras, en efecto, en los estudios previos se calcularon 1.748 personas, no obstante, en los numerales 7.5.1 y 2.4.7.1 del anexo 2 de esos mismos estudios, se exigió al operador sin ninguna explicación ofrecer solamente 350 manipuladores de alimentos, circunstancia que se erige en una seria irregularidad violatoria de los principios de responsabilidad y planeación, pues resulta a todas luces

⁷⁶ Prueba 5.2.2.44. El MEN respondió que en el marco de sus competencias en relación con el PAE: “1. *En el mes de julio de 2014 los Lineamientos Técnico-administrativos del Programa de Alimentación Escolar (PAE) versión transitoria.* 2. *Para la vigencia 2015 en el mes de abril, Lineamientos Técnico-administrativos del Programa de Alimentación Escolar (PAE)*” (Se subraya)

inadmisible que se calcule un número determinado de personal manipulador de alimentos se exija solamente el 20%, es decir apenas 350, desconociendo incluso los lineamientos de 2014 que manifestaron haber aplicado.

Ahora, el hecho de que se permita un ajuste a la cantidad de personal requerido dependiendo de las condiciones propias de cada servicio, no justifica tan grande desproporción. De otro lado, los estudios previos no hablan de presentación de hojas de vida de 350 manipuladoras, sino de un número mínimo de 350 manipuladoras, lo que no resulta consecuente con los cálculos previos y los lineamientos del MEN, que exigen un número mínimo de personal manipulador de alimentos acorde con un determinado número de raciones a servir, que en este caso era de 1.748.

En punto de la experiencia general y específica del proponente a que hicieron alusión los numerales 2.5.1 y 2.5.2 del pliego de condiciones, lo primero para señalar es que este tema fue también planteado por la fiscalía como “sexta anomalía” de la primera irregularidad relacionada con los estudios previos y revisado por la Sala, habiéndose hallado probado.

Advertido lo anterior, estima la Sala que volver sobre el asunto ahora en el pliego de condiciones, sin ninguna duda constituiría una doble imputación violatoria de la prohibición de doble juzgamiento (*non bis in idem*).

En acatamiento a dicho principio, se abstendrá la Sala de pronunciarse nuevamente por este específico cargo.

6.2.1.1.4 Cuarta irregularidad. Incumplimiento del objeto de la audiencia de asignación de riesgos

Según la fiscalía, de acuerdo al artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, esta audiencia tiene como fin precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones, analizar los riesgos y hacer la asignación definitiva de estos. Empero, atendiendo la constancia de 28 de julio de 2015, titulada “*acta de audiencia de aclaración del pliego de condiciones y de revisión de las asignaciones de riesgos dentro del proceso de licitación pública*”, advirtió que no se cumplió su objeto ya que dieron por satisfecho el requisito sin que la audiencia se hubiera realizado debido a la inasistencia del oferente “escogido de antemano”.

De esta forma, en su sentir, se violaron los principios contractuales de moralidad, eficacia, economía, planeación y responsabilidad, al tiempo que se dejó expuesta a riesgos a la administración pública.

Para la defensa, el correcto entendimiento del precepto invocado por la fiscalía permite concluir que los pormenores del acta son producto de la discusión de las observaciones que postulan los oferentes que asistan a la audiencia y no la

gobernación. Entonces, si no asistió ningún oferente no hubo discusión quedando constancia de ello en la respectiva acta como ocurrió. Agregó que no era obligación de la gobernación buscarlos. De ahí que no fuera entonces aplicable el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del decreto que regula el trámite de la audiencia cuando asisten los oferentes con interés, lo que aquí no sucedió, concluyendo que la irregularidad no existió.

En orden a dilucidar este asunto la Sala debe comenzar por precisar el contenido y alcance del artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, soporte del cargo: *“en la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos”*.

Esta norma impone a las entidades públicas el deber de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la celebración de una audiencia denominada de estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles que puedan eventualmente derivarse de la ejecución del contrato, y tiene como propósito administrar dichos riesgos, controlarlos, gestionarlos, mitigarlos y efectuar una distribución proporcional entre las partes contratantes, *“actividad que debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado”*.

A su turno, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, regula esta misma materia, así: *“DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación (...) En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”*.

Esto mismo señala el artículo 30-4, de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto-Ley 019 de 2012, al ordenar que en los procesos de licitación pública se debe revisar en audiencia la asignación de riesgos previsibles con el fin de establecer su estimación, tipificación y asignación definitiva de estos.

Infiere la Sala de lo anterior que en los procesos de licitación pública las entidades estatales deben incorporar en el pliego de condiciones un espacio o audiencia de discusión para la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles y definir un momento para que los oferentes y la entidad estatal revisen estos tópicos con el fin de determinar su distribución equitativa entre las partes.

En la audiencia se revisará la asignación de riesgos de que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitivas. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte

conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis días hábiles.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 los pliegos de condiciones deben contener, entre otros aspectos, “los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes contratantes”. Según el artículo 2.2.1.2.1.1.2 *ibidem* la licitación contempla dos audiencias públicas obligatorias: (i) la de asignación de riesgos y (ii) la de adjudicación.

Bajo estos parámetros normativos, asume la Sala que la celebración de una audiencia pública para la tipificación, estimación y asignación de los riesgos es un deber que le corresponde a las entidades públicas y debe estar prevista en el pliego de condiciones.

En dicha audiencia la entidad pública debe presentar el análisis de riesgos previsible efectuado, valorar los riesgos del contrato, y designar a la parte contractual que tendrá la responsabilidad de tomar las medidas para prevenir y mitigarlos con el fin de establecer su distribución definitiva.

De lo anterior la Sala puede concluir que la participación en la audiencia de asignación de riesgos en los procesos de licitación pública es un derecho del futuro proponente, por

tanto, es opcional ejercerlo. El efecto práctico de su inasistencia no es otro que la aceptación de los riesgos en la forma que lo haya establecido la entidad pública contratante. En otros términos: si el futuro proponente no acude a la audiencia de asignación de riesgos y tampoco efectúa las observaciones respectivas durante la etapa establecida en el pliego de condiciones para tal efecto se produce una tácita aceptación de la forma en que los riesgos han sido estimados, tipificados y distribuidos a las partes por la administración, lo cual tendrá repercusión en todas las etapas del proceso de contratación. Por esto es importante que los posibles oferentes conozcan la distribución de los riesgos y se les otorgue la oportunidad de revisarlos y objetarlos en dicha audiencia, pues en caso de que se concreten los riesgos, estos se asumirán de la manera en que fueron dispuestos y aceptados por las partes.

Así lo ha indicado el Consejo de Estado: [...] *si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada*⁷⁷.

En consecuencia, la asistencia a la audiencia de asignación de riesgos es un derecho del futuro proponente y no una obligación. Por tal motivo no puede ser una causal que implique el rechazo de la oferta o impida la presentación de la misma. La inasistencia del proponente a la audiencia implica

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia de 23 de marzo de 2017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Exp. 51526.

la aceptación de la forma en la que fueron estimados, tipificados y distribuidos los riesgos por parte de la entidad pública.

Lo expuesto se infiere también del documento CONPES 3714 de 2014 (5.2.2.25) que expidió el gobierno nacional en el Marco de la Política de Contratación Pública, en virtud del cual se establecen directrices básicas para el entendimiento del concepto de riesgo previsible respecto de las adquisiciones sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

El Manual de Administración de Riesgos para el Proceso de Contratación expedido por Colombia Compra Eficiente reitera el deber de la administración de efectuar la audiencia de asignación de riesgos en la licitación pública. En efecto, dispone que la entidad estatal, en los procesos de licitación pública, debe adelantar una audiencia de asignación de riesgos, en la cual deben presentar el análisis de riesgos efectuado, la matriz incluida en los pliegos y revisar la asignación de los riesgos. Por ello, la obligación que se asigna en esta materia recae en la entidad pública, dirigida a incluir dentro del pliego de condiciones un espacio determinado para tratar el asunto. Respecto del proponente, en cambio, la audiencia de asignación de riesgos representa el derecho de discutir esa estimación, tipificación y distribución de los riesgos.

Esto significa que, si el proponente no acude a la audiencia de asignación de riesgos y tampoco efectúa las observaciones respectivas durante la etapa establecida en el pliego de condiciones para tal efecto, se entiende como una aceptación de la forma y cuantía en que los riesgos fueron estimados, tipificados y distribuidos a las partes, lo cual tendrá repercusión en todas las etapas del proceso de contratación⁷⁸.

En suma, la no asistencia del proponente a la audiencia de asignación de riesgos realizada el 28 de julio de 2015 (5.1.2.89) no se erige en irregularidad alguna, por lo que este cargo no prospera.

6.2.1.1.5 Quinta irregularidad. “Acta de audiencia de cierre y entrega de propuestas”

Según la acusación en esta audiencia solamente puede intervenir el representante legal de la firma proponente o la personas que mediante poder designe. Según el acta correspondiente en este caso, a nombre del consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 se presentó Eder Enrique

⁷⁸ En este sentido pueden consultarse los Conceptos C-725 de 2020 y C-694 de 2022 de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. El Gobierno de Colombia reconoce que la compra y contratación pública es un asunto estratégico por lo cual decidió crear Colombia Compra Eficiente por medio del Decreto Ley 4170 de noviembre 3 de 2011. El Decreto Ley 4170 reconoce la necesidad de: (a) crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del Sistema y generar mayor transparencia en las compras; (b) tener una Entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo. Asimismo, el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015 ordena que Colombia Compra Eficiente implemente y diseñe documentos tipo estandarizados para, entre otros, la identificación y cobertura del riesgo. Se trata, en consecuencia, de un criterio autorizado.

Castro Páez, sin el respectivo poder, actuación que contraviene el documento de conformación del consorcio en el que se indicó que la única persona delegada para intervenir ante la administración era María Angélica Araújo Noguera. Y tal como consta en el acta de recibo de la propuesta de 6 de agosto de 2015, quien hizo la entrega fue Joaquín Gámez.

Sobre esta irregularidad adujo la defensa que se queda en el ámbito de la especulación por la siguiente razón: para el cumplimiento de este requisito basta con la firma de la carta de propuesta por parte del representante legal del oferente mediante un formato, que es distinto a la entrega física de la propuesta que se hace en el lugar indicado por la entidad. Dijo que esta última no está definida en la ley como un requisito habilitante, pues no mide la aptitud del oferente y tampoco exige que sea entregada personalmente por su representante legal. La propuesta, insiste, fue entregada por dicho ciudadano y suscrita por la representante legal del consorcio María Angélica Araújo sin más formalismos; de tal manera que contrario a lo afirmado por el fiscal, no hubo duda de quién la presentó, como quedó evidenciado en la prueba y tampoco de ese hecho se puede derivar una irregularidad.

En orden a resolver el cargo, la Sala tomará en cuenta el alcance y la finalidad de la audiencia de cierre y entrega de propuestas con el fin de determinar si la circunstancia anotada por la fiscalía afecta gravemente los principios esenciales de la contratación pública.

Sobre este particular, la Circular Externa Única, versión 02 de 15 de julio de 2022, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– 11. APERTURA DE OFERTAS 11.1 Acta de cierre del proceso de selección, señala que cuando el proceso de contratación se publique en el SECOP I, vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal –sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.5 del Decreto 1082 de 2015–, puede realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que *deseen* asistir, y elaborar un acta de cierre en la cual conste la fecha y la hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales.

Ahora, cuando la circular citada afirma que la diligencia se puede adelantar en presencia de los proponentes que *deseen* asistir se debe entender que la presencia de estos no es obligatoria y a ellos se los faculta para intervenir o no en la diligencia, de tal modo que la asistencia de Castro Páez en nombre del consorcio favorecido sin que mediara poder especial que autorizara su representación en nada afecta la legalidad de audiencia así adelantada, máxime que no ejerció ninguna actuación.

Además, para la Sala es claro que la irregularidad que tipifica el delito del artículo 410 del Código Penal debe ser importante, ya que no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de leyes

aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos *sustanciales*, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, en tanto concreción de la función administrativa⁷⁹.

Este cargo no prospera.

6.2.1.1.6 Sexta irregularidad. Evaluación de la propuesta

Está referida a la evaluación de la propuesta, la cual, según la fiscalía, violó el artículo 2.2.1.1.2.3 (sic) del Decreto 1082 de 2015, toda vez que no se hizo con objetividad, según dijo se desprende del análisis de las evaluaciones técnicas y de los requisitos habilitantes jurídicos desarrollados por la gobernación.

Sustentó el cargo sobre la base de los siguientes hechos:

Primero: el anexo A del pliego de condiciones, formato carta de presentación de la propuesta, literal *k*, requería anunciar el número de folios y su numeración, requisito que se

⁷⁹ Cf. CSJ. SP513-2018 de 28 de febrero de 2018, radicado 50530.

incumplió por el contratista escogido cuyo literal no fue diligenciado lo que influyó en que no se supo si el proponente presentó o no la documentación exigida.

Segundo: el numeral 2.2.12 del pliego de condiciones indicaba que la gobernación revisaría los antecedentes disciplinarios de las personas naturales y jurídicas y haría lo propio con sus representantes legales, sin embargo, en la propuesta del consorcio oferente se observa que los certificados aportados corresponden a: la Fundación Pa' Todo el Mundo, que no hacía parte del consorcio, y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, sin que aportaran los antecedentes de la Fundación Kabala, integrante del consorcio. Esto según certificado de existencia y representación incumpliendo con este requisito impuesto por la gobernación con el propósito de favorecer al contratista previamente seleccionado.

Tercero: aunque en el cronograma de actividades definitivo indicado en el pliego de condiciones se señaló que la publicación de la evaluación se haría el 10 de agosto en el portal del SECOPI, no se hizo en esa fecha, según se desprende de la imagen 4 de la prueba 65 y de los pantallazos correspondientes a los documentos publicados allí, violando los principios de economía y publicidad.

Cuarto: a pesar de haberse exigido tener una bodega con la debida dotación, como requisito de capacidad instalada, al

momento de la evaluación, el comité designado aceptó que el consorcio contratista presentara una carta de intención de arrendamiento de bodega con la empresa Global Entrega SAS, cuando ya se había excluido a un potencial oferente.

Además, adujo la fiscalía, el comité omitió verificar que el representante de dicha empresa, Juan David Dangond Rosado, sobrino de Ivis Rosado, presentó como soporte unos certificados de tradición contenidos en la prueba 28, parte I folios 160 en adelante, de unos inmuebles que fueron comprados a Suministros & Suministros Sion en 2013 por \$2.200.000.000 cuando la empresa apenas contaba con un capital pagado de \$4.000.000 (folio 181), denotando irregularidad en el manejo de estos asuntos que en conjunto desdican del accionar de toda esta actuación.

Asimismo, Dangond Rosado, en 2021 con posterioridad a estos hechos, fue contratado en el segundo periodo del procesado como administrador para desarrollar el PAE. De otro lado, según la prueba 139, el experto Rodríguez Casallas sostuvo que la firma Suministros & Suministros Sion fue la proveedora más importante del contrato (54.27%) por \$6.858.042.000 empresa cuyo gerente suplente era otro familiar de los citados, Fabián Leonardo Dangond Rosado (prueba 68), lo que le permitió inferir que la gobernación favoreció el negocio familiar de Ivis del Carmen Rosado y permitió que se apropiaran de los recursos públicos.

Lo anterior, le permite predicar a la fiscalía la afectación de los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad en el proceso de evaluación de la propuesta en cabeza del comité y del secretario de educación, bajo coordinación y vigilancia, supuesta, del gobernador, quien faltó a su deber por no realizar actos de control, seguimiento, supervisión y vigilancia para garantizar el cumplimiento de los requisitos de la etapa precontractual.

En punto de esta irregularidad la defensa sostuvo que se trata de otra afirmación sin sustento, porque la acreditación de estos aspectos surge del contenido de los documentos que soportan tanto el proceso contractual como la propuesta y no de uno solo, lo que se puede advertir de las pruebas, en donde aparecen registrados todos los aspectos echados de menos por ésta. Incluso en el punto 11 del aviso, pág. 3, figura el cronograma detallado de contratación.

En el acta de cierre y entrega de propuestas, afirmó, se consignó la presentada por el consorcio, y el número de folios, sin que se haya planteado ninguna observación, es decir, sí estaba numerada, lo que permite concluir que al interior de la propuesta aparecen los datos que extraña el fiscal y que erige en una irregularidad sustancial, tales como las certificaciones y antecedentes del consorcio según aparece en las páginas 11 a 36 de la prueba documental 28.

Añadió que no era función del comité hacer un estudio de títulos para saber quiénes eran los familiares de la persona que presentó la carta de intención, pues eso no lo exigía la ley, debía simplemente verificar la existencia del predio, de su propietario y del compromiso de su futuro arrendamiento para lo cual bastaba el certificado de tradición y libertad, así que para la defensa esta irregularidad no existe.

En relación con el primer hecho de esta sexta irregularidad, ha de expresar la Sala que carece de la relevancia necesaria para que por sí misma permita tipificar el delito del artículo 410 del Código Penal, pues la omisión del proponente de diligenciar el espacio del literal *k* de la carta de presentación de la propuesta referido al número de folios es insustancial, no solo en sí misma, sino porque como lo señaló el defensor, en el acta de cierre y entrega de propuestas (5.2.2.29) se dejó constancia del número de folios que contenía, 2.017 en total, que efectivamente corresponden al número de páginas de la propuesta (5.1.2.98), de tal manera que haber omitido escribirlo en el formulario no tiene la trascendencia que predicó la fiscalía.

En punto del segundo hecho, referente a los antecedentes disciplinarios, la Sala ha de decir que revisados los documentos pertinentes, es cierto, como lo sostiene la defensa, que la Fundación Kabala hasta el 15 de julio de 2015 se denominaba Fundación Pa' Todo el Mundo, NIT 824006175-7, por lo que el 27 de julio de 2015, fecha próxima a la entrega de documentación de la propuesta, se allegaron los antecedentes

disciplinarios a nombre de esta fundación y no de la primera, debido al cambio de nombre, y esta circunstancia debidamente comprobada permite asumir que sí se cumplió con el requisito habilitante de contenido jurídico, y por tanto el cargo carece de sustento.

Del cambio de nombre y de su fecha da cuenta el certificado de existencia y representación allegado con la propuesta expedido por la Cámara de Comercio de Valledupar visible a folio 14 de la misma (5.1.2.98).

Sobre el tercer hecho referido a que la publicación en el SECOP I del informe de evaluación de la propuesta no se hizo el 10 de agosto de 2015 como lo estableció el cronograma, debe la Sala reiterar que no cualquier irregularidad en el trámite de la contratación pública tiene la relevancia penal que demanda la tipicidad del artículo 410 del Código Penal, sino solo aquellas que afecten sustancialmente los principios de la contratación, lo que no ocurre en este caso.

Lo anterior tiene sustento en la razón de ser y los alcances del traslado de los informes de evaluación previstos por la Ley 80 de 1993. La exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno, que se convirtió en esta última ley, señaló: *“...se otorga la facultad a los oferentes de conocer los informes, conceptos y decisiones producidos en el curso del proceso con el propósito de permitirles la formulación de observaciones y reparos, esto es, para que puedan discutirlos o controvertirlos en orden a preservar la igualdad de oportunidades (art. 24 inc. 2°)....se busca con ello no solo dar a conocer los*

estudios de cada una de las propuestas y su evaluación, sino también que los administradores reciban cierta colaboración de los participantes en el proceso de selección, quienes para el efecto tienen la oportunidad de ilustrar a la administración sobre hechos y circunstancias relevantes y que eventualmente hayan pasado desapercibidas”.

Entonces, si la razón de ser de la publicación del informe de evaluación es darlo a conocer a los oferentes para que formulen observaciones para preservar la igualdad de oportunidades para todos, y en este caso solamente se presentó uno, precisamente a quien le fue adjudicada la licitación, carece de relevancia práctica la omisión de la publicación sobre la que sustenta el cargo la fiscalía.

Dicha omisión se torna aún más irrelevante si se toma en consideración, además, que el informe de evaluación no fue cuestionado en la diligencia de audiencia de adjudicación a pesar de haberse corrido el traslado del mismo para observaciones, tal como consta en el acta de audiencia de adjudicación (5.1.2.102) en la que se consignó que no fueron formuladas por haberse presentado solamente un ofertante. Por tanto, no es posible afirmar la violación trascendente de los principios de economía y publicidad invocados por la fiscalía, razones que conducen a la Sala a desechar el cargo.

Acerca del cuarto hecho, atinente al requisito de la bodega, tema que antes fue abordado desde el punto de vista de la oportunidad para acreditar el cumplimiento del requisito, y ahora lo esgrime la fiscalía en relación con el modo de

acreditación al indicar que pese a haberse exigido al proponente la propiedad del inmueble, finalmente al momento de la evaluación se aceptó una *carta de intención de arrendamiento*, lo que en su sentir constituye una grave irregularidad, pues de este modo se excluyeron otros posibles interesados, desde ya la Sala desechará el cargo por no tener correspondencia con los términos que para el efecto se previeron en el 2.4.3 “Capacidad instalada” del proyecto de pliego de condiciones.

Para corroborar esta conclusión basta con leer el citado apartado, que igualmente coincide con lo previsto en el 7.3 de los estudios previos, en cuanto si bien en principio se exige que los proponentes deben contar con instalaciones locativas dotadas con los equipos necesarios para la conservación de alimentos, también lo es que, finalmente se contempla que en caso de no ser propietario del inmueble, y tampoco tenerlo arrendado, *“deberá aportar carta de intención suscrita por el propietario del inmueble en la cual se comprometa a que arrendará el bien inmueble en caso de resultar favorecido con la adjudicación del contrato, así como el certificado de libertad y tradición del inmueble”*.

Es decir que, contrario a lo afirmado por la fiscalía, todos los proponentes tuvieron abierta la posibilidad de acreditar este requisito habilitante con la carta de intención suscrita por el arrendador, de tal manera que en esas condiciones no puede ser de recibo el cargo, pues es claro que no se trató, como lo sugiere el ente acusador, de una decisión de última hora con

la intención de excluir otros proponentes. Por tanto, este cargo no prospera.

La misma suerte correrá el relacionado con el parentesco de Juan David Dangond Rosado y de Fabián Leonardo Dangond Rosado con la señora Ivis del Carmen Rosado, y el presunto favorecimiento al negocio familiar, pues pese a las imputaciones que se hacen, que por sí mismas, aún en caso de probarse, no tipifican la conducta del 410; y, de otro lado, la fiscalía no demostró legalmente el parentesco como corresponde, a través de los respectivos registros civiles de nacimiento, prueba idónea para tal efecto, por lo que, no puede prosperar el cargo.

Sobre la no verificación del cuantioso valor de la bodega en relación con el escaso capital social de la firma propietaria; del contrato de prestación de servicios de Juan David Dangond Rosado con la gobernación en 2021 para desarrollar el PAE; del hecho de que la firma Suministros & Suministros Sion, cuyo gerente suplente era Fabián Leonardo Dangond Rosado, hermano del primero y sobrino de Ivis Rosado Robles según afirmó la fiscalía, fuera la mayor proveedora de bienes para el consorcio contratista, circunstancia que en términos de la fiscalía favoreció el “negocio familiar” en detrimento de los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad en el proceso de evaluación de la propuesta, ha de manifestar la Sala que se trata de aspectos que no eran materia de evaluación de la propuesta como se infiere del informe de evaluación técnica (5.1.2.99) y de su formato que

comprendía la valoración de requisitos habilitantes en aspectos jurídicos, financieros y técnicos. La técnica y económica involucró únicamente asuntos como la calidad del servicio, valor de la oferta económica y apoyo a la industria nacional. Y dentro de ésta cuestiones como capacidad instalada, equipo de transporte, inclusión social. Al mismo tiempo se hizo una evaluación también de la propuesta económica (3.5.2) y del apoyo a la industria nacional (3.5.3).

Así las cosas, la omisión de calificar los aspectos propuestos por la fiscalía atrás analizados no constituyen irregularidades violatorias de los principios de contratación, pues no formaban parte de los contenidos a evaluar.

6.2.1.1.7 Séptima irregularidad. Suscripción del contrato

De acuerdo con la fiscalía esta irregularidad acaeció en la celebración del contrato que fuera suscrito por el secretario general Jaime Luis Fuentes Pumarejo, por virtud de la delegación conferida por el Decreto 987 de 13 de julio de 2010, modificado por el 571 de 10 de agosto de 2011, vigentes para la época de los hechos y avalada por el procesado en el Decreto 00125 de 4 de mayo de 2013, por el cual le delegó la competencia en asuntos de contratación a dicho funcionario.

A pesar de las irregularidades el delegado suscribió el contrato cuestionado lo que le permitió afirmar a la fiscalía que el gobernador no ejerció control, supervisión ni vigilancia, eje de esta irregularidad atribuida al acusado. Añadió que la delegación no exime de responsabilidad al delegante por tratarse de una competencia del servidor público acorde con los artículos 10, 12, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, art. 35 del Decreto 2150 de 1995 y la sentencia C-693 de 2008.

Además de las irregularidades del trámite contractual pudo advertir el ente acusador la existencia adicional de las siguientes, asociadas con la suscripción del contrato:

Primera: según la acusación, en la cláusula sexta del contrato 2015-02-1178 al señalar las obligaciones del contratista se dijo que estas eran acordes con los lineamientos técnico-administrativos del PAE versión transitoria de julio de 2014 expedidos por el MEN, sin embargo, para ese momento ya estaba vigente la versión de abril 2015, siendo ésta la publicada en el SECOP, lo que produjo una situación ambivalente prohibida por la ley de contratación estatal. Esta prueba le permitió a la fiscalía verificar cómo el contrato solo fue publicado hasta el día 14 de abril de 2016, aproximadamente seis meses después de su celebración y liquidación, lo que violó el principio de publicidad, pilar del de transparencia en el campo de la contratación estatal.

Segunda: En el pliego de condiciones se señaló que dentro de los tres días hábiles siguientes a la suscripción del contrato, el contratista debía hacer entrega de las garantías exigidas, es decir, suscrito el 21 de agosto de 2015, el término límite para la entrega era el 26 de agosto siguiente, pero ese compromiso no se cumplió. Aunque finalmente se presentaron las pólizas, esto se hizo por fuera del término violando el principio de responsabilidad.

Para la defensa las irregularidades acabadas de señalar tampoco existen. Explicó que durante los años 2013-2015 periodo de la gobernación del procesado se adelantaron más de 4.200 procesos contractuales, entre ellos los del PAE, siéndole imposible estar a cargo de todos, por lo que los procesos se adelantaron bajo el principio de “legítima confianza”, apoyado en el Decreto 0987 de 2010, el cual establecía la delegación y desconcentración de competencias en materia de ordenación del gasto y contratos en la secretaría general de la gobernación, normativa posteriormente modificada por el Decreto 125 de 2013 que autorizó al gobernador a delegar en sus secretarías.

No desconoce la defensa que la delegación contiene unos deberes específicos para quien delega, pues debe ejercer vigilancia, seguimiento y control de las facultades delegadas como, según dijo, lo ha explicado la Sala Especial de Primera Instancia, de tal manera que la responsabilidad del gobernador se circunscribe a sus propias acciones u omisiones en lo que respecta a sus deberes de dirección, orientación, instrucción y control, mas no a las acciones u omisiones del delegado, pues

es claro que el delegante no responde por las acciones de éste, pues solo lo hace en caso de que omita sus deberes de dirección, seguimiento, orientación, instrucción y control.

Por tanto, a juicio de la defensa, debe la fiscalía probar que el procesado no ejerció esos deberes, es decir, que no existió una adecuada vigilancia del proceso contractual que dio lugar a la licitación del contrato en cuestión, y no limitarse a afirmar que no cumplió con sus deberes por el hecho objetivo de haberse presentado una serie de irregularidades que la defensa ha podido demostrar que “no son ciertas y que son atípicas”, lo cual descarta el supuesto “desdén” y la ausencia de seguimiento que se le atribuye al acusado, además de cualquier comportamiento ajeno a la ley, sin dejar de lado que la acusación de culpabilidad ha sido ambivalente, confusa e imprecisa ya que en ocasiones calificó de doloso su comportamiento en cuanto ordenó y dirigió el trámite precontractual y contractual, insistiendo en que su comportamiento fue con conocimiento y voluntad, pero en otras refirió que la contratación se realizó con “improvisación y desdén” términos opuestos a un comportamiento doloso.

En fin, para el apoderado su defendido confió en el adelantamiento del trámite contractual con apego a los principios de la contratación pública por parte de sus delegados convencido del obrar adecuado e informado en el ejercicio del control y seguimiento realizado, lo que se materializó en el principio de confianza soportado en la información que le suministraba el secretario general de la

gobernación mediante memorandos, además de los reportes verbales que le fueron entregados como lo declararon los testigos Jorge Araújo y Octavio Lafont, funcionarios de la gobernación, sin olvidar que la delegación recayó en un equipo idóneo de funcionarios que nunca alertaron sobre posibles irregularidades o actos ilegales en el trámite que lo hubieran obligado a reasumir su competencia.

Concluyó la defensa que la inexistencia de irregularidades, los múltiples memorandos e informes verbales dan cuenta que MONSALVO GNECCO “buscó cumplir” con los mandatos legales que giraron alrededor de la contratación del PAE siempre con la buena fe de que los alimentos suministrados llegaran a sus destinatarios, estando claro que el objeto del contrato se cumplió como lo declararon profesores y rectores, entre ellos: Jaime Troncoso, Luis Eduardo Mogollón, Bibiana Guzmán Picón y Melvis Oviedo, quienes dieron fe de que el servicio de alimentación no tuvo inconveniente alguno en sus regiones, por tanto, en su sentir esta séptima irregularidad no existió.

En relación con esta irregularidad, que la fiscalía atribuye al acusado por incumplir los deberes de dirección, orientación, vigilancia y control resultantes de la delegación de la firma del contrato, ha de expresar la Sala que le asiste razón al ente acusador en cuanto a que el contrato fue suscrito por el secretario general de la gobernación en condición de delegatario para este acto, sin verificarse el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en su trámite, pues no de otra

forma se explican las numerosas irregularidades en que se incurrió durante la fase precontractual, sin duda alguna de haberse procedido conforme a los deberes que impone su cabal cumplimiento estas no se hubieran presentado.

En punto de si este le es atribuible objetivamente al gobernador por la creación de un riesgo jurídico por el incumplimiento de los deberes provenientes de la delegación, es un asunto que será abordado más adelante cuando se aboque el estudio del principio de confianza que invoca la defensa, el cual por virtud de la delegación de todas las fases de la contratación protegidas por el tipo penal tiene incidencia en la imputación objetiva del resultado materializado en cada una de las irregularidades encontradas.

Siguiendo con el análisis de las otras irregularidades advertidas por la fiscalía y en particular a la que atañe a la aplicación simultánea de los lineamientos técnico-administrativos de 2014 y 2015, este tema ya fue estudiado como irregularidad en el pliego de condiciones, de tal manera que se remitirá la Sala a lo allí determinado y, en consecuencia, se abstendrá de estudiar el cargo para evitar infringir la prohibición de doble juzgamiento.

En lo referente al incumplimiento de la entrega de las garantías que debió ocurrir dentro de los tres días siguientes a la suscripción del contrato y a la publicación de este, seis meses después, de comprobarse se trataría de irregularidades acaecidas en la fase de ejecución por lo que escapan a la

tipicidad del artículo 410 del Código Penal, lo que obliga a la Sala a rechazar este cargo.

6.2.1.1.8 Octava irregularidad. Liquidación del contrato

En esta ocasión la fiscalía planteó algunos hechos irregulares que calificó de sustanciales por haber impactado los principios fundamentales de la contratación, los cuales, según la acusación, se presentaron en la liquidación del contrato, y por ende son constitutivos del delito que se analiza.

Primero: la liquidación del contrato se hizo mediante acta suscrita el 23 de diciembre de 2015 en cuyo ordinal séptimo de las consideraciones se indicó que hasta el 24 de noviembre se había ejecutado un 68.44% faltando un 31.56%. Sin embargo, a renglón seguido, en el “avance de la ejecución” se afirmó que el contratista presentó facturación que acreditaba una ejecución del contrato del 89.75% quedando solo un 10.25%, por ejecutar, sin que se hubiera explicado dicha inconsistencia.

Segundo: el procesado sin soportes, permitió la *liquidación bilateral* de un contrato cuyo objeto no fue cumplido, porque el consorcio presentó facturas por valor de \$12.636.685.229, pero conforme a los comprobantes de egreso se pagaron \$13.492.089.354, es decir, más de lo facturado, aspecto atestiguado por Luis Alberto Rodríguez en su informe IC0006168750 de 26 de enero 2021, pág. 4. Esta diferencia se

encuentra reflejada en los documentos denominados *causaciones* que corresponde a los allegados por el operador y que se introdujeron al juicio, así como los respectivos comprobantes de egreso.

Tercero: solo 10 proveedores del consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 acumularon el 89.37% de la facturación total, siendo la mayor proveedora la firma Suministros & Suministros Sion con un 54.27% por más de \$6.858.000.000, según facturas a folios 466 y 467 de las *causaciones*, empresa de la cual hacía parte Fabián Leonardo Dangond Rosado, sobrino de Ivis del Carmen Rosado, representante legal de la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, uno de los integrantes del consorcio operador, que comporta una irregularidad referida a liquidación del contrato, por lo que debió ser tomado en cuenta por el departamento.

Cuarto: se liquidó el contrato sin verificar previamente el adecuado cumplimiento de las obligaciones pactadas. Así lo deduce de los testimonios de los docentes que declararon en el juicio: Melvis Oviedo Gelvis, Jaime Troncoso Suárez, Luis Eduardo Cotes Mogollón, rectores de Algunos de los centros educativos donde se prestó el servicio del PAE, segundo semestre 2015, quienes informaron acerca de irregularidades en la prestación del servicio en cuanto a que el complemento alimenticio no llegaba para todos los estudiantes por lo que en algunas oportunidades hubo la necesidad de reducir las porciones, hecho corroborado por Lugo Palomino, testigo de la defensa, quien dijo que se dejaron de entregar alimentos en un

porcentaje del 10% solamente, “lo que corrobora en todo caso la falta de planeación”.

Además, estos testigos pusieron de manifiesto la entrega de alimentos en mal estado o demasiado madurados, falta de vehículos adecuados para el transporte, quejas de los padres por las porciones, falta de dotación de los manipuladores, deficiencia de espacio para preparación y distribución de alimentos, lo que le permitió asumir que el contrato no se ejecutó a satisfacción.

De estas irregularidades no se dejó constancia en la liquidación. Los testimonios de Álvaro Collantes y Bibiana Picón, testigos de la defensa, aunque pretendieron minimizar el hecho, admitieron que en algunos casos los alimentos llegaban en regular estado de conservación, debido a que no tenían los vehículos adecuadamente equipados, en otros, los alimentos no alcanzaban para todos los estudiantes, por lo que era necesario reducir la ración.

Quinto: Adujo la fiscalía que probó lo expresado en la adición al escrito de acusación, esto es, la anomalía en la liquidación referida a las inconsistencias halladas en las muestras del 10% de las planillas reportadas por el operador correspondientes a los meses de septiembre y noviembre de 2015 en desarrollo del contrato. Esto respecto de la base de datos del SIMAT y acorde a lo testificado por la investigadora

experta, donde, dijo, se encontraron las siguientes inconsistencias:

(i) En el mes de septiembre de 2015 se revisaron 13.090 registros advirtiendo que 651 estudiantes reportados por el operador no estaban en el SIMAT, 807 registrados en el SIMAT no fueron beneficiados con el programa y 361 es “la diferencia numérica en cuanto a beneficiarios reportados por el operador que no se encontraban matriculados”.

(ii) Para el mes de noviembre de 2015 se analizaron 12.638 registros observando que 411 beneficiarios reportados por el operador no estaban registrados en el SIMAT y 211 fue la diferencia numérica de los beneficiarios reportados por el operador que no se encontraban matriculados. Estas circunstancias fueron omitidas al momento de la liquidación por parte del procesado.

El marco normativo del contrato cuestionado se halla en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1176 de 2007, 1450 de 2011, 1474 de 2011, 1712 de 2014 y los Decretos 666 y 2474 de 2008, 3512 de 2013 y 19 de 2012, que ha sido desconocido.

Finalmente, en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se han conculcado los principios de economía, planeación (art. 25, 26 y 30 Ley 80 de 1993), responsabilidad (art. 26 *ibidem*), transparencia

contenida en el de selección objetiva (art. 23, 24 y 29 de la misma), publicidad, eficiencia y celeridad.

En punto a la indeterminación del porcentaje ejecutado del contrato, la defensa alegó que la ejecución del contrato alcanzó el 89.5% dentro de la secuencia razonable plasmada en el documento acta de liquidación. Añadió que en su consideración séptima se advierte que hasta el 24 de noviembre se había ejecutado el 68.44%, allí mismo se aclaró que faltaba el informe final que debía presentar el operador del periodo comprendido entre el 1 y el 24 de noviembre, fecha en la que terminó el contrato dándose a entender de manera clara que hasta ese momento se había presentado solamente la facturación hasta el mes de octubre y que con la presentación y aprobación del acta de liquidación se cancelaría el periodo del mes de noviembre. Posteriormente, más adelante, en el ítem “avance de la ejecución” se señaló el porcentaje final ejecutado por el operador del 89.5% relacionándose, por tanto, la facturación del mes de noviembre del 1 al 24, la cual hizo parte del acta de liquidación, requisito para reclamar el respectivo paz y salvo.

En lo referente a que el contratista presentó a la interventoría copia de una factura de suministro cuyo valor ascendió a \$12.636.685.229, pero que conforme al comprobante de egreso emitido por la gobernación el valor era de \$13.492.089.354, es decir, muy por encima de lo declarado por el operador, señaló el apoderado que tal como lo mencionó el perito experto de la defensa en la contabilidad de la

gobernación se registró que el consorcio facturó \$15.388.164.588 por concepto de raciones entregadas aplicándose los descuentos por visitas técnicas que son glosas por la suma de \$127.276.000 para un pago total efectuado por la gobernación de \$15.260.887.877, pudiéndose deducir que se dejó de ejecutar la cifra de \$1.884.217.123 del valor inicial del contrato que fue superior a \$17.000.000.000.

Ahora bien, siguió el defensor, al revisar la contabilidad del contratista los ingresos generados por el consorcio tuvieron origen en actividades propias del suministro de alimentos escolares, es decir, su única fuente de ingresos correspondió a las facturas presentadas a la gobernación como se verifica de los libros auxiliares por terceros, observándose que sus ingresos por servicios facturados fueron de \$16.253.650.700. Además, es claro que el consorcio emitió un total de cinco facturas entre el 15 de octubre y el 2 de diciembre, todas a nombre de la gobernación por concepto del suministro de raciones alimenticias como así se desprende del informe técnico rendido por la defensa en este juicio.

Explicó que la factura num. 3 por valor de \$865.789.020 no fue pagada al consorcio debido a que esta facturación correspondía a tres días de suministros efectuados por el operador que no se le reconocieron por no cumplir con los requisitos legales para firmar el acta de inicio del contrato.

Ahora, al analizar los recursos que se debieron invertir para mantener bien el producto en su estructura financiera del contrato dijo la defensa que allí se tuvieron en cuenta tanto los costos directos como los indirectos. Al verificar los libros auxiliares por terceros encontró que se registraron costos por valor de \$11.174.812.058, toda vez que la ejecución del contrato se apoyó en 41 proveedores. Por su parte los costos indirectos recayeron en el proceso productivo general de uno o más productos por lo que no se puede asignar a uno solo de estos sin aplicar algún criterio de asignación, por ejemplo, arrendamientos, servicios públicos, transporte, entre otros. El consorcio registró estos rubros en la cuenta 51 operacional de administración, 53 no operacionales, y 61 costos de ventas y de prestación de servicios, hasta llegar, por costos indirectos, a una cifra de \$5.123.410.831. Los más significativos: los manipuladores, los elementos de aseo y cafetería, estampillas, fletes de transporte, menaje y la liquidación de manipuladoras para un porcentaje del 31.44% frente al costo total. Sumados costos directos e indirectos estos ascendieron a \$16.298.222.889, valor total que el consorcio invirtió para ejecutar el contrato.

Ahora bien, en la factura presentada por el consorcio por valor de \$12.636.685 (sic) estaban registrados los costos indirectos (sic), mientras que en el comprobante de egresos expedido por la gobernación se incluyeron además los costos indirectos (sic), estos son: la nómina de los manipuladores, la administración, las estampillas, el impuesto de industria y comercio, conceptos que fueron desconocidos por la fiscalía.

En relación con las irregularidades planteadas, comenzará la Sala el análisis de cada una en el mismo orden propuesto por la fiscalía, así:

Respecto de la proporción de la ejecución del contrato al momento de su terminación, una vez revisada el acta de liquidación del contrato 2015-02-1178 de 23 de diciembre de 2015 (5.2.2.33), concluye la Sala que le asiste razón a la fiscalía en cuestionar su legalidad por la evidente contradicción existente respecto de la proporción de la ejecución del contrato hasta el 24 de noviembre de 2015, fecha de su terminación, pues mientras en el ordinal séptimo de las consideraciones del documento se afirmó que *“hasta el 24 de noviembre se ejecutó el 68.44%, faltando por ejecutar 31.56%”*, a renglón seguido en el apartado *“avance de la ejecución”* se aseguró que a esa misma fecha *“el operador había presentado facturación por \$15.388.164.580 del total del contrato que representa un 89.75%, quedando un valor no ejecutado de \$1.756.940.420 que representa el 10.25%”*. Es decir, un mes después de terminado el contrato se suscribió el acta sin haberse establecido a ciencia cierta la cantidad de ejecución del mismo.

No puede perderse de vista que el acta a que se hace mención tiene fecha de 23 de diciembre de 2015, es decir, un mes después de terminado el contrato, y aún no había claridad en cuanto al monto y porcentaje de lo ejecutado, y a pesar de esto se procedió a su liquidación sin verificar el cumplimiento del contrato, hecho que, incluso, es aceptado por la defensa

quien reconoce que hasta ese momento aún faltaba por presentar la facturación del mes de noviembre.

Además, sin contar aún con el informe final del periodo del 1 al 24 de noviembre por parte del operador, en el numeral 6 “análisis financiero” del acta de liquidación se aceptó como “valor facturado noviembre ASA000005” la suma de \$3.639.715.570, o sea, se pagó la facturación correspondiente al mes de noviembre sin contar con el informe final de ese mes por parte del operador, es decir, sin soportes contables, lo que constituye una grave irregularidad en la medida en que se gestionó y finiquitó el acta de liquidación sin contar con la información completa.

En tales condiciones, contrario a lo argüido por el defensor, es claro que la liquidación del contrato se hizo sin el cumplimiento de los requisitos legales.

En cuanto al segundo hecho referido a la liquidación, es decir, la diferencia entre las facturas presentadas por el consorcio (causaciones) por valor de \$12.636.685.229 y los pagos efectuados por la gobernación de \$13.492.089.354 (5.1.2.139) que arroja una diferencia de \$855.404.125 pagada de más por ésta, estima la Sala que hace parte del mismo cargo anterior que se refleja en la irregularidad del acta de liquidación en la medida en que se procedió a efectuarla sin haberse presentado los informes completos de gastos por parte del consorcio hasta la terminación del contrato el 24 de noviembre

de 2015 y sin la consolidación de todos los gastos y pagos, por tanto esta irregularidad se tendrá como parte del cargo anterior.

En lo atinente a que solamente 10 proveedores acumularon el 89.37% de la contratación y que solamente Sion y Sion suministros, de propiedad de un pariente de Ivis Rosado proveyó el 54.27% de la misma, que según dijo la fiscalía, constituye una irregularidad, ha de decir la Sala que rechazará el cargo por tratarse estos de aspectos no relacionados con el trámite de liquidación del contrato, de acuerdo con lo siguiente:

La liquidación es el procedimiento a través del cual, una vez concluido el contrato, las partes *cruzan cuentas* respecto de sus obligaciones. El objetivo de la liquidación es determinar si las partes pueden declararse a paz y salvo mutuo o si existen obligaciones por cumplir y la forma en que deben ser cumplidas. Por esta razón, la liquidación solo procede con posterioridad a la terminación de la ejecución del contrato. El marco normativo general de la liquidación de los contratos estatales está previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012. El trámite aplicable a la liquidación de los contratos estatales se encuentra en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007⁸⁰.

La liquidación entonces es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes

⁸⁰ Colombia Compra Eficiente: Guía para la liquidación de los procesos de contratación. G-LPC-01.

contratantes establezcan con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado. Tiene por objeto definir cómo quedó la realización de las prestaciones mutuas a las que se comprometieron las partes; efectuar un balance de las cuentas y pagos para establecer quién le debe a quién y cuánto, esto es, debe dar fe de su estado económico y de los derechos y obligaciones de las partes; proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar; declararse a satisfacción de las obligaciones o derechos a cargo de las mismas, y finiquitar así el vínculo contractual⁸¹.

En ese orden, los aspectos planteados por la fiscalía en este cargo no tienen cabida dentro del alcance y contenido de la liquidación y por tanto no forman parte de dicho proceso, y no pueden por esto constituir irregularidad alguna en esta etapa, por lo que, se reitera, no puede prosperar este cargo.

Ahora, en cuanto a que el contrato se liquidó sin verificar el cumplimiento de las obligaciones pactadas, según se desprende de los testimonios de los docentes que declararon en el juicio, el cargo es genérico y vago, no apunta a un aspecto específico o concreto, en fin, carece de solidez.

Sin embargo, para ahondar en razones, ha de expresar la Sala que si bien, como lo afirma la fiscalía, los testimonios de

⁸¹ Cf. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 11001-03-06-000-2015-00067-00 (2253) de 28 de junio de 2016. CP. Álvaro Namén Vargas.

los rectores de algunas instituciones educativas pusieron de presente que en ocasiones algunos alimentos no llegaban en óptimas condiciones, también aclararon que cuando esto se presentaba hacían la respectiva reclamación y eran cambiados, pero en términos generales, señalaron que los alimentos llegaban en buen estado.

Por ejemplo, el testigo Gelvis Oviedo Melvis⁸², rector de la IED Ernestina Castro Aguilar del corregimiento de Costilla del municipio de Pelaya, para la época de los hechos, sobre el particular, señaló: *“En ocasiones si llegaba algún alimento con problemas, nosotros no lo recibíamos, lo devolvíamos y el operador los mandaba nuevamente en buen estado”*. A continuación, fue más específico y dijo: *“En veces, por la cuestión del transporte algunos alimentos se deterioraban, pero nosotros con el Comité de Alimentación Escolar y mi persona hablábamos con el operador para que lo cambiara, no lo recibíamos y ellos se lo llevaban luego lo traían ya en buen estado”*.

En cuanto a las cantidades de los complementos alimenticios explicó que, si bien la comunidad se quejaba sobre esto, se les informaba que no era un almuerzo sino un complemento, pero de todas formas protestaban porque querían *“un almuerzo grande”*.

También manifestó que cuando no alcanzaban las raciones esto obedecía a que llegaban más niños de los

⁸² Sesión de audiencia de 7 de septiembre de 2022. Parte 2. A 01:14:13 en adelante.

registrados en el SIMAT, pero se las arreglaban para que ninguno se quedara sin alimentación.

Sobre el mismo asunto, Luis Eduardo Cote Mogollón⁸³, para la época de los hechos rector de la IED Sor Matilde Sastoque del municipio de San Martín, señaló en términos generales que los alimentos llegaban en buenas condiciones y en los casos en que esto no ocurría el operador los reponía. En cuanto a las cantidades, lo mismo que el anterior explicó que la gente esperaba una mayor cantidad, pero se trataba de un complemento. Aclaró que no era que faltaran raciones, sino que en algunas oportunidades algunos alimentos no llegaban en condiciones de consumo “*eran poquitos*” entonces eso se descontaba en la certificación.

Jaime Troncoso Suárez⁸⁴ otro testigo citado por la fiscalía, a la sazón rector del Colegio Técnico Industrial Laureano Gómez Castro, sobre el particular manifestó, que en esa época si bien algunos alumnos se quedaban sin almuerzo⁸⁵, posteriormente explicó que “*era porque siempre lo brindaban desde el grado 0 hasta el grado 9, ya. Por eso era que no les llegaba a los alumnos de 10 y 11*”⁸⁶.

En síntesis, puede afirmar la Sala que, en la ejecución del contrato, además de los inconvenientes propios de la complejidad del suministro de alimentos, no es posible como lo

⁸³ Sesión de audiencia de 7 de septiembre de 2022. Parte 2. A partir de 01:47:51.

⁸⁴ *Ibidem*. Audio a partir de 01:29:50.

⁸⁵ *Ibidem*. Audio a 01:37:52.

⁸⁶ *Ibidem*. Audio a 01:39:52.

pretende el ente fiscal, derivar el cargo que formula, menos cuando, como puede advertirse de la lectura del ordinal sexto del acta de liquidación que como resultado de las visitas practicadas por la interventoría y revisión documental desde el 27 de agosto al 24 de noviembre de 2015, se realizaron descuentos por incumplimiento de la cláusula séptima del contrato 2015 por valor de \$127.276.703⁸⁷.

Esta cláusula hace referencia a la aceptación por parte del contratista de los descuentos por visitas técnicas derivados de los informes de la interventoría por concepto de incumplimiento de los parámetros establecidos para los comedores escolares, y los alimentos en cuanto a su estado, gramaje, aporte de macronutrientes, etc., en los porcentajes allí establecidos, lo que significa que debe entenderse que las deficiencias en el suministro de alimentos y en general en la prestación del servicio que puso de presente la fiscalía para sustentar el cargo, sí fueron tomadas en cuenta en la liquidación, de ahí que deba reiterar la Sala la improcedencia de este cargo.

En relación con las inconsistencias encontradas en las planillas de reporte de suministros alimenticios del operador de los meses de septiembre y noviembre de 2015, hallazgos que se pusieron de presente en la adición del escrito de acusación, con base en los resultados del informe de policía judicial num. IC0006802899 del 20 de octubre de 2021 (5.1.2.141), que dio cuenta de una diferencia por “actividades anómalas” en

⁸⁷ Prueba 5.2.2.33. Acta de Liquidación del Contrato 2015-02-1178 a folio 4.

cuantía de \$1.843.510, así: (i) septiembre 2015 por \$612.660; (ii) noviembre 2015 por \$430.120 y por \$800.730 para un total de \$1.843.510.

La defensa no registró análisis en su informe técnico sobre esto, sin embargo, alude a raciones efectivamente entregadas y ejecutadas, así: *“(...) es importante aclarar que, para efectos de la comparación, tanto en el presupuesto como en la ejecución, se toman solo las raciones entregadas y ejecutadas por el contratista; es decir, 7.712.168 raciones entre complementos de la jornada mañana y almuerzo, restando de este valor obtenido, las glosas”*.

Respecto a las diferencias establecidas en el informe citado, se hizo referencia a las siguientes tres:

(i) De los 311 niños reportados por el operador como atendidos durante el mes de septiembre de 2015, que no aparecen matriculados en el SIMAT, se logró determinar que 176 eran de la jornada de la mañana; 130 de la jornada de la tarde; y 5 no se pudieron identificar, puesto que el operador no indicó en la planilla el tipo de complemento. En ese orden, se procedió a multiplicar 176 por \$1760⁸⁸ arrojando como producto \$309.760. Luego, 130 por \$2.330⁸⁹ para un producto de \$302.900. Sumadas ambas cantidades arrojó un total de \$612.660, valor de raciones suministradas a estudiantes que, según el informe, no aparecían registradas en el SIMAT, para la época.

⁸⁸ Valor de la ración según los estudios previos.

⁸⁹ Valor del almuerzo según estudios previos.

(ii) Acerca del mes de noviembre de 2015, el informe afirmó que el operador reportó 212 estudiantes atendidos que no aparecían registrados en el SIMAT por lo que se debió establecer el monto del valor pagado por estos estudiantes. Se encontró que 112 eran de la jornada de la mañana, cuyas raciones equivalen a \$197.120 y 110 de la jornada de la tarde por valor de \$233.000 para un total de \$430.120 de raciones suministradas a estos estudiantes no registrados.

(iii) De los 408 estudiantes supuestamente atendidos y alimentados por el operador que no aparecen registrados con el mismo nombre y/o documento de identidad reportado en el corte de noviembre de la secretaría de educación, se determinó que 263 fueron reportados como de la jornada de la mañana y 145 como de la jornada de la tarde, sumadas ambas arrojó un valor de \$800.730 por entrega de raciones a estudiantes respecto de los cuales no coincidían nombre y número de documento de identidad que aparecían en el SIMAT.

En síntesis, según el informe de la fiscalía, el operador no justificó la suma de \$1.843.510 por raciones entregadas durante los meses de septiembre y noviembre de 2015, pero que a pesar de las inconsistencias advertidas, no se descontaron en la liquidación del contrato.

La testigo de la fiscalía, Adriana Ruiz Hernández (5.1.1.4)⁹⁰, sobre el particular explicó el proceso aplicado para llegar a esa conclusión⁹¹, al efecto adujo que el análisis del mes

⁹⁰ Testimonio de Adriana Ruiz Hernández. Sesión de audiencia de juicio oral de 9 de junio de 2022. Partes 2 y 3.

⁹¹ *Ibidem*.

de septiembre referido a las inconsistencias de 311 beneficiarios, se basó en la información que se registró en el cuadro denominado “SEPTIEMBRE 2015 COMPARATIVO ENTRE PLANILLAS REPORTADAS POR EL OPERADOR VS BASE DE DATOS ENTREGADA POR LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN CESAR SEPTIEMBRE CORTE 09-09-2015” (5.1.2.124), generando una diferencia de 306 raciones entre jornadas de mañana y tarde informadas pero no soportadas.

Ante esto, lo primero para señalar por la Sala es que, aunque si bien se habló en dicho informe, y de ello hizo eco la acusación, de 311 niños reportados por el operador como atendidos durante el mes de septiembre de 2015; finalmente la perita realizó los cálculos sobre 306 niños no reportados, y no sobre los 311 que anunció inicialmente, omitiendo incluir los 5 cuya jornada no pudo identificar.

Al verificar la Sala la información ofrecida por la testigo experta contable de la fiscalía que reposa en la matriz de septiembre 2015⁹², encontró un resultado distinto, veamos:

Lo registrado en la columna num. 7 “No. Alumno por Institución Educativa Operador”, que corresponde a una muestra del 10% de la información de las planillas reportadas por el contratista, arrojó el siguiente consolidado⁹³:

⁹² Prueba 5.1.2.124.

⁹³ Informe de policía judicial num. IC0006746850 29 de septiembre de 2021. Información que se extrae de la audiencia de juicio oral.

Del cotejo de esta información por la Sala, lo primero que encuentra es una diferencia de 211 alumnos entre el porcentaje del 10% tomado en el informe como base de la muestra y el 10% real que arroja la base del SIMAT del mes de septiembre, pues el 10% de alumnos atendidos en los “25” municipios equivale a 13.301 y no a 13.090 como lo señaló el informe.

Sin embargo, esta diferencia es aún mayor si se toma en cuenta que las planillas del mes en estudio registran 196 estudiantes de Valledupar⁹⁴, municipio que no está incluido dentro del contrato en cuestión y que, por tanto, no debió haberse tomado en cuenta para este ejercicio, lo que desde ya deja sin piso todo el informe y sus conclusiones.

En relación a los datos consignados en la columna num. 8 de la matriz, la Sala verificó que de la muestra selectiva de 630 documentos de identificación registrados en las columnas 8-9, como alumnos reportados por el operador pero que, según la contadora, no se encontraban en la base del SIMAT, 415 sí estaban registrados allí.

Para verificar lo enunciado, se tomaron 10 alumnos, de los que se informó que no figuran en la base del SIMAT, que a continuación se relacionan con el nombre, número de identificación, institución educativa y la posición de la fila en el archivo del SIMAT:

⁹⁴ El contrato 2015-02-1178 solo abarca 24 municipios del Cesar, y no incluye su capital Valledupar.

Rosalba Chona Arenas, documento de identidad 1091472263 de la IED Cesarito, jornada mañana, su posición de fila en el archivo de SIMAT está en la 6.678.222; Sharay Camila Páez Silva identificada con número 1082953484 de la misma institución educativa y jornada, su posición en el archivo de SIMAT está en la fila 6.601.160; Jader Andrés Santamaria Duarte identificación número 1065862651, de la IED José Andrés Padilla Cabarcas, jornada de la tarde, su posición en el archivo de SIMAT está en la fila 6.648.339 y en la 6.787.243 ya que figura dos veces en la base; Juan David Jácome Clavijo, identificación 1065864828 de la IED Escuela Rural Mixta Caracol, jornada de la tarde, su posición en el archivo SIMAT está en la fila 3.809.296; Farid Leonardo Canchilla Pabón identificado con el documento número 1065866538, de la IED Escuela Rural Mixta Guaduas, jornada de la mañana, su posición está en la fila 4.298.615; John Alejandro Rueda García, identificado con el documento 42335315, de la IED Escuela Rural Mixta Santa Inés, jornada de la mañana, su posición está en la fila 7.311.534; Germán Emilio Ballesta Rocha identificado con el documento 1068346233, de la IED Ezequiel Montero, sede principal, jornada de la mañana, está registrado en la fila 4.691.728; Camilo José Olivo Duque identificado con el número 42339678, de la IED Escuela 20 de Mayo, jornada de la tarde, está en la fila 5.380.154; Luis Carlos Arrieta Ochoa, identificado con el documento 1065993743, IED E.N. Lusitania, jornada de la tarde, su posición está en la fila 7.774.547; y Andrés Javier Quiceno Marín identificación num. 2360432, de la IED Escuela Rural Mixta num. 1, jornada de la mañana, se encuentra registrado en la fila 5.899.247.

Respecto a los datos de la columna num. 11 “nombres y apellidos alumnos registrados en la SED, pero no reportados en el operador”, la Sala realizó la verificación para cuyo propósito se tomó una muestra de 195 alumnos indicados en la matriz aplicada por la testigo, lo que arrojó que de estos 180 sí aparecen registrados en la base del SIMAT y 15 no figuran en esta. Para citar solamente algunos ejemplos:

Luis Alberto Arévalo Flores identificación 1063482930, IED Escuela Nueva Alejandro Flórez, jornada de la mañana; Luz Enith Gutiérrez Miranda identificación 1068348001, IED Marco Tulio Barrios Palomino, jornada de la mañana; Virgelina Chumunquero Arias, identificación 3434567, IED Riveras del Maracas, jornada de la mañana; Miguel Alejandro Villero Martínez, identificación 1065987252, Centro Educativo Indígena Riveras del Maracas, jornada de la mañana; Daniel Esteban Tobías Villalobos identificación 10647106600, no le figura IED o Centro Educativo; Hugo Armando Torregrosa Muñoz identificación 37626776, IED-SC 20 de Mayo, jornada de la mañana; Kelly Yojana Martínez Navarro, identificación 62811098, IED Escuela Nueva Anime, no figura jornada; Daniel Andrés Martínez Martínez identificación 114132266; IED-SC Rural Mixta num. 1, no le figura jornada; Karen Dayana Torres Jiménez, identificación 119700528, IED-URB Mixta Aida Quintero, sin jornada; Nafer José Rangel Bustamante, identificación 38466994, IED Escuela Nueva El Paraíso, jornada de la mañana; Angie Daniela Ortega Bautista identificación 1049023126; IED Escuela Nueva El Hatillo, jornada de la mañana; Saray Belén Márquez Sierra identificación 42338386, IED Escuela Urbana de Niñas num.

1, sin jornada; Manuel Camilo Montaña Trillos, identificación 1062908857, Centro Educativo Cinco de Febrero, sin jornada; y Saray Patricia Gallardo Buendía, identificación 1101205060, IED Concentración Escolar Padre José Valein Carv, sin jornada.

El análisis de la perita se basó en la información que se registró en el cuadro denominado “NOVIEMBRE 2015 COMPARATIVO ENTRE PLANILLAS REPORTADAS POR EL OPERADOR VERSUS BASE DE DATOS ENTREGADA POR LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN CESAR” (5.1.2.125), generando los siguientes resultados: raciones de la mañana 112 y raciones almuerzo 100, para un total de 212.

De la revisión de la Sala de la matriz de noviembre 2015, resultó lo siguiente:

De lo registrado en la matriz de noviembre de 2015, columna 7 “Num. alumno por Institución Educativa Operador”, que corresponde al 10% de la información de las planillas reportadas por el operador, se consolidaron los datos, en el informe de policía judicial num. IC0006746850 del 29 de septiembre de 2021⁹⁵, la Sala dedujo:

De acuerdo con la comparación realizada por la investigadora, el 10% corresponde a 12.638 alumnos y en la verificación por la Sala arroja 12.951, esto teniendo en cuenta

⁹⁵ Información que se extrae de la audiencia de juicio oral.

los mismos datos registrados por la testigo en la matriz de noviembre de 2015.

En relación con los datos consignados en las columnas 8-9 de la matriz, la Sala verificó que de los 383 documentos de identificación registrados en la columna 9, que dijo la fiscalía fueron reportados por el operador pero no se encuentran en la base del SIMAT, 240 sí se encontraron luego de la revisión. A continuación se citan solamente algunos ejemplos:

John Jairo Correa Rincón, identificación 1003248961, IED José María Campo Serrano, jornada de la mañana, fila 1.435.342; Jesús David Ortiz Palomino, identificación 1003249028, IED José María Campo Serrano, jornada de la tarde, fila 2.710.919; Brayán Ruidias Navarro, identificación 1193233170, IED José María Campo Serrano, jornada de la tarde, fila 2.326.652; Carlos Alberto Sánchez Carrascal, identificación 1007582633, IED José María Campo Serrano, jornada de la tarde, filas 1.391.690 y 2.113.784, (tiene dos registros); Cristian Alberto Villegas Peinado, identificación 1065864280, IED Escuela Urbana Mixta num. 2, jornada de la mañana, fila 3.072.244; Andrés Felipe Díaz Bedoya, identificación 41576802, IED Escuela Urbana Mixta num. 2, jornada de la mañana, fila 7.818.903; David Antonio Toro Arango, identificación 36553667, IED Escuela Urbana Mixta num. 2, jornada de la tarde, filas 6.497.491; Jesús Daniel Pérez Ferreira, identificación 1003428247, IED Álvaro Araujo Noguera, jornada de la mañana, fila 1.098.435; Jesús Alberto Oliveros Salas identificación 1002994548, IED Álvaro Araujo Noguera, jornada de la mañana, fila 1.098.772; y, Kristian

José Ramos Mejía identificación 1065128109, IED San Juan Bosco, jornada de la tarde, fila 2.478.088.

Respecto a los datos de la columna 11 “Nombres y apellidos alumnos registrados en la SED pero no reportados en el operador”, la Sala tomó una muestra de 98 estudiantes con su documento de identificación, digitalizados en la columna 11 de la matriz de noviembre de 2015, dando como resultado que de los 98 estudiantes figuran en el SIMAT 94, y solamente 4 no.

De los 408 estudiantes supuestamente atendidos, pero que no aparecen registrados con ese mismo nombre y/o documento de identidad en el corte de noviembre de la Secretaría de Educación del Cesar, 263 corresponden a la jornada de la mañana y 145 a la del almuerzo, surgiendo una diferencia en cuantía de \$800.730.

Esta inconsistencia es reportada por la experta en la columna 8 “NOMBRES Y APELLIDOS REPORTADOS POR EL OPERADOR PERO QUE NO REGISTRAN EN EL CORTE SED CESAR” (5.1.2.126) y sobre esta, la Sala debe precisar que la cantidad de alumnos con nombres y apellidos que figuran en la columna 8 de la matriz de noviembre de 2015, como reportados por el operador pero no registrados corresponden a 409. De estos la verificación por parte de la Sala con los documentos de identidad (columna 9), se tiene que, de los 383 documentos de identificación registrados en esta columna, 240 sí se

encontraron en el SIMAT. Para citar solamente algunos ejemplos:

Yeraldin Cuadros Cáceres, identificación 1003249631, IED José María Campo Serrano, jornada de la tarde; Vanessa Hernández Delgado, identificación 1067593860, IED Escuela Rural Mixta num. 1, jornada de la mañana; Dayana Michel Acuña Quiroz, identificación 42949599, IED Escuela Urbana Aida Quintero Mixta, jornada de la mañana; John Fredy Castro Martínez, identificación 28796344, IED San Isidro, jornada de la mañana; Jhonatan Stiven Guevara Palencia, identificación 1.067.598.713, IED Escuela Rural Mixta Betania, jornada de la mañana.

Sin embargo, sobre esto, indicó la investigadora que en algunas instituciones educativas estos alumnos en la planilla del operador se registran con el mismo nombre, pero con registro civil y en el SIMAT con el número de la tarjeta de identidad, observación respecto de la cual no pudo establecerse si la base de datos suministrada por la SED se encuentra actualizada con la información del SIMAT, puesto que de todas formas se advierte que los nombres de los estudiantes sí coinciden.

Sobre el particular conviene aclarar que no todos los estudiantes se encuentran inscritos con tarjeta de identidad, razón por la cual no solamente deben tomarse en cuenta los que estén inscritos con este documento, sino también con otro, por ejemplo, el registro civil de nacimiento.

Otras diferencias tenidas en cuenta en la matriz de noviembre de 2015 corresponden a: “mismo documento, el apellido cambia una letra” o “mismo documento su nombre cambia una letra”. Con relación a esto se observó que la primera anotación corresponde al estudiante Juan Andrés Berrío Ospina (u Ospino) con identificación num. 1.081.001.970, cuyo nombre figura en la base del SIMAT-2014 dos veces, una con el apellido “Ospina” y otra “Ospino” y en el SIMAT 2015, figura con el nombre que registra el operador “Juan Andrés Berrío Ospina”, lo que no puede tomarse como argumento para derivar de esto una irregularidad.

De acuerdo con las inconsistencias, encontradas en la verificación realizada respecto a los “408” estudiantes que mencionan en la adición al escrito de acusación, tampoco es viable concluir con certeza la solidez de este cargo.

En síntesis, respecto de estas irregularidades, basadas en las inconsistencias halladas en las planillas de raciones suministradas por el operador de los meses de septiembre y noviembre de 2015, el cargo no fue demostrado debido a las deficiencias establecidas por la Sala al cotejar la información ofrecida por la contadora testigo de la fiscalía, Adriana Ruiz Hernández, según se vio, por tanto, no prospera.

6.2.1.2.9 Delegación y principio de confianza en materia contractual

Como viene de verse se pudo probar una serie de irregularidades sustanciales que afectaron los principios esenciales de la contratación pública y que por tanto se ubican objetivamente en la hipótesis del artículo 410 del Código Penal, no obstante, ante la delegación efectuada por el gobernador de todas las fases de la contratación, y la alegación de su defensor en cuanto que su prohijado obró amparado por el principio de confianza, se impone realizar un análisis de la acusación de cara a este a fin de determinar si el procesado ejerció los deberes de orientación, dirección, control y vigilancia de la actividad contractual delegada que le son propios, en cuyo caso, de ser afirmativo, sería menester beneficiarlo con el amparo que le prodiga tal principio, o de ser negativo, imputarle jurídicamente el resultado por haber creado con el incumplimiento de sus deberes un riesgo jurídicamente desaprobado que se cristalizó en el resultado típico.

En esa línea alegó la defensa que las irregularidades advertidas por la fiscalía, cuya existencia niega, no pueden serle atribuidas jurídicamente a su prohijado en atención a que todas las fases del proceso contractual estaban delegadas en los secretarios de despacho y él obró amparado en el principio de confianza, es decir, en la seguridad de que sus delegados actuaron con estricto apego a la legalidad.

Para dar respuesta a este alegato se impone previamente verificar en la prueba arrimada al juicio si LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO cumplió con los deberes de dirección,

control, supervisión y vigilancia, surgidos de la delegación en cuyo caso debería reconocérsele los beneficios del principio de confianza o, si por el contrario no lo hizo, atribuirle el resultado típico por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

En relación con el tema de la delegación, su definición y alcance y el reconocimiento del principio de confianza, la Sala⁹⁶ tiene por sentado lo siguiente:

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlos en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites⁹⁷ a través de las figuras de la delegación y desconcentración, regladas en la Ley 489 de 1998.

La delegación es la facultad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica⁹⁸. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario⁹⁹.

⁹⁶ Cf. CSJ. SEP00115-2021, rad. 00021 de 28 de septiembre de 2021.

⁹⁷ Cf. CSJ SP. Rad. 28508 de 7 julio 2010,

⁹⁸ Cf. Corte Constitucional C-372-2000.

⁹⁹ Cf. *Ibidem*.

Surge un vínculo funcional especial y permanente entre el delegante y el delegatario para el ejercicio de las atribuciones encargadas. Especial en cuanto nace a partir del acto de delegación de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que existe entre ellos, y permanente mientras esté vigente el acto de delegación.

En virtud de esa relación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción, orientación control y vigilancia que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal¹⁰⁰.

Debe constar por escrito y el delegante tiene la obligación de informarse en todo momento acerca del desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el artículo 10 de la Ley 489 de 1998.

La delegación en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual pasa al delegatario, sin perjuicio de que en virtud del artículo 211 de la Constitución, aquél pueda en

¹⁰⁰ Cf. *Ibidem*.

cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (artículo 11 *ibidem*¹⁰¹).

Es decir, existe un poder de instrucción y dirección que puede ser ejercido por el delegante a través del mismo acto administrativo mediante el cual efectúa la delegación, valiéndose de mecanismos o de decisiones posteriores, las cuales pueden tener clara incidencia en la forma en que el delegatario practica las competencias transferidas¹⁰².

Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y control, que serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución o a la ley, por pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa¹⁰³.

Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil o penal al agente principal¹⁰⁴, ya que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ley 489 de 1998.

¹⁰² Cf. CE. Rad. 13503 de 31 de octubre de 2007.

¹⁰³ Cf. Corte Constitucional C-372-2000.

¹⁰⁴ Cf. Ley 489 de 1998, artículo 11.

¹⁰⁵ Cf. Corte Constitucional C-727-2000.

En materia de responsabilidad es fundamental la demostración del aspecto subjetivo.

Para determinar la responsabilidad por las actuaciones de delegante y delegatario es insuficiente la comprensión literal del artículo 211 de la Constitución, según el cual la delegación exime de responsabilidad al delegante correspondiendo exclusivamente al delegatario, por cuanto una interpretación de esta índole soslaya los principios de unidad administrativa (moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad C. P., art. 209 y Corte Constitucional C-372/02). Tampoco es plausible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, ya que no puede responder por las decisiones de otros.

Para fijar su verdadero alcance es menester considerar otros principios constitucionales. En ese orden, la responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo o sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye un medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Cf. Corte Constitucional C-372 de 2000.

Atenta, entonces, contra el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, el análisis aislado del contexto sin una interpretación sistemática de cara a otros principios y normas constitucionales, cobrando importancia la demostración del grado de participación dolosa en la irregularidad, bien sea por omisión o extralimitación de sus funciones.

En relación con la contratación pública, esta figura está recogida en los artículos 12 de la Ley 80 de 1993, que prescribe que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos.

El Decreto 679 de 1994¹⁰⁷, en su artículo 14 reglamentó dicho instituto, así:

Artículo 14. DE LA DELEGACION DE LA FACULTAD DE CELEBRAR CONTRATOS. En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades. Cuando se trate de entidades que no tengan dichos órganos directivos, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a cualquiera de los siguientes montos: (...).”

¹⁰⁷ Cf. Derogado por el Decreto 734 de 2012.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994, fueron subrogados por el Decreto-Ley 2150 de 1995:

ARTÍCULO 37º.- De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

Por su parte, la Ley 1107 de 2007 adicionó el artículo 12 citado:

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

En resumen, la Ley 80 de 1993 en sus artículos 12 y 14, autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales delegar total o parcialmente la competencia para la realización de las licitaciones públicas o concursos, y celebrar contratos; y desconcentrar la realización de actos precontractuales como las licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes.

La delegación en materia de contratación estatal ha sido herramienta útil para el cumplimiento de la función pública, razón por la cual la reglamentación prevé razonadamente la participación de diversos servidores públicos, a quienes se les atribuye funciones para actuar en los procedimientos

precontractuales de licitación, adjudicación, o incluso con la finalidad de celebrar contratos, es decir, para dar impulso a las distintas etapas de la contratación¹⁰⁸.

En total armonía, el Código Penal en el delito en estudio distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de las realizadas por el representante de una entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación¹⁰⁹, al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, y celebrarlo sin verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales¹¹⁰.

Del principio de confianza

Como la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial control en todas las fases de la contratación: *trámite, celebración y liquidación*, ello implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas fases, razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar minuciosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar¹¹¹.

¹⁰⁸ Cf. CSJ. AP5404-2016. Rad. 44655.

¹⁰⁹ Cf. CSJ SP. Rad. 29089 26 de marzo 2009.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Cf. CSJ. SP2146-2016. Rad. 40627.

El principio de confianza, como lo ha decantado la Sala, es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo. Para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de instruir, vigilar, controlar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual¹¹².

Su alcance y contenido han sido fijados por esta Corporación, en los siguientes términos:

Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división de trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de su vigilancia debida.

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un departamento, que el gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos –es lo que se supone– una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales,

¹¹² Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383. Lo mismo: CSJ. SP4514-2020 Rad. 55345.

sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error¹¹³.

El reconocimiento de este principio comporta una carga para quien pretende acogerse a él consistente en el previo cumplimiento de los deberes de instrucción, dirección, vigilancia y control, según lo tiene establecido esta Corporación:

(...) tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados, por corresponderle a este la indelegable función de la celebración o formalización del contrato, previa la verificación de requisitos legales¹¹⁴.

(...) se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre la administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia¹¹⁵.

La delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación. En ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios en virtud de la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la

¹¹³ Cf. CSJ. SP. Rad. 14124 de 21 de marzo de 2002, reiterada en SP. Rad. 26061 de 26 junio de 2008.

¹¹⁴ Cf. SJ SP. Rad. 30677 de 21 junio 2010.

¹¹⁵ Cf. CSJ. AP. 28 agosto de 2002, citada en CSJ. SP2146-2016, rad. 40627.

responsabilidad, y que omitió ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con ese propósito.

Tratándose de la desconcentración de tareas contractuales (no de la desconcentración en general de la Ley 489 de 1998), no procede por lo general ya que supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto, conservando la dirección de esa fase, máxime que no hay acto administrativo transfiriendo la función.

En uno u otro caso, debe tomarse en cuenta que en materia penal la responsabilidad es individual y la persona responde por lo que hizo u omitió.

De otro lado, interesa precisar que, en este caso, estamos frente a un delito de acción, y no de comisión por omisión el cual se configura cuando el sujeto agente teniendo la posición de garante omite realizar el comportamiento mandado por el ordenamiento jurídico, pretermisión que produce el resultado típico, razón por la cual le es atribuible ya que teniendo la posibilidad de evitar el resultado no lo hace. Y el hacer lo prohibido por el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su modalidad de celebrar sin verificar el cumplimiento de requisitos legales se ejecuta a través de un hacer positivo, mediante una conducta que trasciende al mundo de los fenómenos, y no por medio de una omisión, un

no hacer, que caracteriza los punibles de omisión¹¹⁶, tal como esta Sala lo tiene decantado en SEP00017-2020, rad. 49599¹¹⁷.

Esta regulación obliga a la Sala a examinar si en el presente caso, el acusado creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico tutelado, y si éste se cristalizó en el resultado típico, esto es, en la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales por no verificar previamente su observancia.

No obstante, la delegación dispuesta por el acusado para *tramitar, suscribir y liquidar* los contratos en los secretarios de despacho: las dos primeras fases en el secretario general y la última en el secretario del sector del respectivo contrato, en este caso de educación, de acuerdo con los términos del Decreto 000125 de la Gobernación del Cesar de 24 de mayo de 2013, artículo primero, literales *a)* y *g)* y el artículo sexto en consonancia con el capítulo VI de la Ley 80 de 1993; para la Sala, es claro en este caso que la conducta es atribuible jurídicamente al acusado como quiera que se pudo demostrar que la delegación la hizo con el propósito de eludir su responsabilidad en la contratación y que no cumplió con los deberes legales de dirección, control y vigilancia a los que estaba obligado por virtud de dicha delegación, razones que le impiden ampararse en el *principio de confianza* que invoca la defensa.

¹¹⁶ Cf. CSJ. AP232-2017, rad. 35036; y, SP9225-2014, rad. 37462, entre otras.

¹¹⁷ Línea jurisprudencial seguida en CSJ. SP0057-2021, rad. 0026, entre otras.

En este sentido no resulta admisible la pretensión del defensor de desvirtuar el cargo arguyendo que su defendido sí cumplió con los deberes de dirección, vigilancia y control y que por tanto obró amparado en el *principio de confianza legítima*, tesis que intenta probar con una serie de documentos y testimonios que, a juicio de la Sala, por el contrario, reafirman que la delegación fue solamente un ardid creado para soslayar su responsabilidad y, además, que la omisión del cumplimiento de esos deberes fue deliberada.

Para sustentar esta conclusión basta revisar el manual de contratación de la gobernación de 2013 contenido en la Resolución 000124 de 23 de mayo de 2013 (5.1.2.10), expedida por el mismo procesado, en cuyas consideraciones puede inferirse no solamente la necesidad que había de regular en un solo manual *“todas las funciones internas en materia contractual, las tareas que deban acometerse por virtud de la delegación o desconcentración, las que derivan de la vigilancia y control de la ejecución contractual (...)”*, sino también el conocimiento que tenía de los deberes que debía cumplir en los casos de delegación para la tramitación de los contratos.

Ello conduce a la Sala a concluir que MONSALVO GNECCO sabía que al delegar la contratación conservaba los deberes de orientación, seguimiento y control de la misma y que esto no lo exoneraba de su cumplimiento, por lo que, además, infiere que la delegación la hizo con el propósito de sortear su responsabilidad. O ¿qué otra conclusión podría surgir del hecho de saber el gobernador que la delegación le imponía unos deberes y a pesar de ello, incumplirlos? La respuesta no puede ser distinta de la planteada.

Además, llama la atención de la Sala, que ese mismo manual en su artículo cuarto determine algunos organismos, entre estos, el comité de contratos¹¹⁸, que debían apoyar la labor contractual de la gobernación, sin embargo, no existe constancia en la actuación acerca de alguna solicitud de apoyo o convocatoria de este comité por parte de la gobernación para efectos de la contratación que interesa, facilitando premeditadamente que el contrato se tramitara, celebrara y liquidara con violación de los principios pilares de la contratación pública.

De esto mismo también da cuenta el hecho de que conforme con el artículo sexto del manual el comité de contrato está integrado, entre otros, por un delegado del gobernador que no podía ser ningún secretario delegatario, sin embargo, no hay evidencia en la actuación de la reunión de dicho comité para este caso, lo que refuerza la conclusión de la Sala acerca de la omisión del acusado de ejercer sus deberes derivados tanto de la delegación como de sus funciones de gobernador, máxime cuando, según el artículo tercero del manual en mención, el comité antes de la publicación del proyecto de pliego de condiciones debió deliberar sobre el proceso contractual que cursaba con el fin de ajustar si fuera el caso, las exigencias y elementos fundamentales del objeto requerido de conformidad con la normatividad jurídica contractual.

¹¹⁸ El comité de contratos es un ente asesor que apoya al gobernador y a los servidores públicos delegatarios en los procesos de contratación que desarrolla el departamento con el fin de propender por el cumplimiento de los principios contractuales, en especial, los de transparencia y selección objetiva. (Art. 5 de la Resolución 000124 de 2013, Manual de Contratación. (5.1.2.10)

Es evidente entonces que el comité de contratos no operó en este caso, lo que reafirma la conclusión de la Sala en cuanto a que el acusado omitió intencionalmente el cumplimiento de sus deberes como ordenador del gasto derivados de la delegación, al mismo tiempo que de sus funciones esenciales como gobernador que le eran obligatorias conforme al manual de funciones (5.1.2.8).

A partir de los planteamientos expuestos, puede afirmar la Sala sin hesitación que fue libre decisión del gobernador delegar el trámite del proceso de contratación que interesa y, posteriormente, premeditadamente apartarse del mismo, hasta el extremo de despremiar los distintos mecanismos de asesoría que tenía a su disposición para ejercer seguimiento, vigilancia y control del proceso de contratación con el fin de adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que se ajustara a la legalidad.

Era tan clara la voluntad del gobernador de no ejercer sus deberes y competencias, que ni siquiera, como puede advertirse, exigió el cumplimiento del mandato del artículo tercero del manual de contratación, que él mismo suscribió, que ordena perentoriamente para los procesos de licitación pública, que previamente a la publicación del proyecto de pliego de condiciones se reúna el comité de contratos con el fin de ajustar, si a ello hay lugar, la exigencias y elementos fundamentales del objeto requerido. De ello no hay constancia en la actuación.

Es evidente entonces que el gobernador, además de delegar la función de contratación, no exigió los obligados reportes sobre el avance de ésta, tampoco impartió directrices u órdenes con el propósito de preservar la legalidad de la contratación, sustrayéndose en forma premeditada al cumplimiento de sus deberes derivados de la delegación con el fin de preservar los principios de la contratación.

La Corte ha sostenido de modo inveterado que los servidores públicos que ostentan la titularidad de la ordenación del gasto no les es dado rehuir su responsabilidad alegando el amparo del principio de confianza depositado en sus delegatarios, pues el acto de la delegación *“por manera alguna los convierte en simples «tramitadores» o «avaladores» de las labores desarrolladas por sus subalternos; ni significa, tampoco, que al representante legal de la entidad le competa solamente «firmar» los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer controles debidos”*¹¹⁹.

Con el fin de confutar el cargo, la defensa en primer lugar, esgrimió un archivo digital Excel (5.2.2.45) en el que aparece un extenso listado de contratos celebrados en el año 2015 por la secretaría general de la gobernación, entre ellos el 2015-02-1178 de 21 de agosto de 2015, en donde, sin más detalles, se describe el número del contrato, fechas de suscripción e iniciación, contratista, objeto, valor y tiempo de ejecución. En algunos casos se informa la clase de contratación, su estado y la dependencia que lo generó, información que a juicio de la

¹¹⁹ CSJ. SP6809-2016 de 25 de mayo de 2016, tomada de SP386-2023 de 13 de septiembre de 2023, radicado 62645.

Sala aparece irrelevante frente al cumplimiento de los deberes legales derivados de la delegación, pues en realidad esa información no constituye un real acto de vigilancia, orientación ni control, y por el contrario, es tan deliberada la intención del gobernador de no ejercer control sobre el proceso contractual que, como ya se dijo, obvió las distintas posibilidades de asesoramiento que tenía a su disposición para orientar, vigilar y controlar que la contratación del PAE se llevara conforme con la normatividad aplicable y se ajustara a los principios de la contratación.

Frente a esto es necesario recordar que los deberes de vigilancia, orientación, dirección y control implican solicitar información, así como realizar control y seguimiento de la actividad contractual. La vigilancia, por ejemplo, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del delegatario se ajusten a la normatividad que rigen la contratación específica; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo, en fin que coordine bien la actividad del delegatorio y supervise suficientemente su actuación, actividad que no se ejerce con la simple obtención de la escueta información contenida en los archivos excel aducidos como prueba por la defensa.

En esa misma dirección allegó la defensa el Acta 1 de 21 de enero de 2015 (5.2.2.46) “Mesa de seguimiento a obras No. 3” que por la fecha de celebración ninguna relación tiene con el contrato en cuestión que data de agosto de 2015. Si bien se

trata de una reunión orientada a revisar el desarrollo del PAE, por la fecha carece de relación con el contrato que aquí es materia de cuestionamiento. A esto hay que añadir no solo que en el listado de asistencia aparece el año 2014, sino que el objeto de la reunión fue la de “realizar seguimiento al estado de avance del PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR”, es decir, a su ejecución, pero, de cualquier manera, ninguna relación con el contrato materia de esta actuación que permita inferir que ejerció los deberes exigibles derivados de la delegación para ampararse en el principio de confianza.

Otro tanto ocurre con los memorandos dirigidos al gobernador por el secretario general de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2015 (5.2.2.49, 5.2.2.50, 5.2.2.51 y 5.2.2.52 y 5.2.2.53) que según dijo la defensa contienen información de la contratación realizada por el departamento durante esos meses, archivo digital que al ser revisado deja ver que se trata de una información general carente de importancia en relación con el cumplimiento de los deberes de orientación, vigilancia, dirección y control que se echan de menos.

No obstante, examinada la información contenida en estos se extraña, por ejemplo, una orden, una observación, una directriz, un informe detallado, una reunión sobre el manejo de los actos de trámite, de celebración o de liquidación, en fin, una acción de real ejercicio de orientación, vigilancia y control por parte del gobernador, en particular del contrato de marras, que permita inferir que en verdad cumplió con los deberes legales que el acto de la delegación le exigía y que le hubiera permitido ampararse en el *principio de confianza*.

Tampoco los testimonios de Araújo Gutiérrez, secretario de educación, y Lafont Chica, funcionario de la secretaría de educación y supervisor del contrato, desvirtúan el cargo.

Si bien, por ejemplo, el primero dijo haber recibido “instrucciones del señor gobernador de este programa y los diferentes programas de la secretaría de educación” y que lo reportaba vía telefónica¹²⁰, sin dar detalles, curiosamente para ilustrar su aserto evoca un documento del año 2013, GCD 001 de junio 24, es decir, dos años antes del contrato en cuestión, cuando fungía como asesor jurídico de la gobernación, en el que según dijo, se daban instrucciones sobre la contratación. Sin embargo, revisado su contenido advierte la Sala que no hace referencia a hechos concretos relacionados con el contrato investigado, y tampoco a documento o acto alguno que en su condición de secretario de educación hubiera producido en cumplimiento de alguna directriz u orden impartidas por el gobernador en cumplimiento de los deberes que le imponía la delegación.

Incluso ante una pregunta de la fiscalía acerca de si recibió solicitud de información sobre el contrato en cuestión por parte del gobernador, no obstante vacilar en señalar que rendía informes a este, no precisó dicha información, por lo que no es posible dar crédito a sus afirmaciones¹²¹, amén de que como se vio antes los documentos en los que pretende apoyar su dicho hacen referencia a datos generales de toda la

¹²⁰ Audio sesión de 12 de octubre de 2022. Parte 2. 00:54:10 en adelante.

¹²¹ *Ibidem* a 01:49:30 en adelante.

contratación, sin particularizar en el contrato cuestionado, ni en acciones tomadas en ejercicio de los deberes de control, orientación, dirección, seguimiento y vigilancia.

Lo mismo ocurre con el testimonio de Lafont Chica¹²², quien al ser cuestionado acerca de si recibió instrucciones del gobernador de seguimiento y control en relación con el contrato 2015-02-1178, contestó que de manera directa no, sino a través del secretario de educación se recibían instrucciones del despacho, sin embargo, al intentar concretar la respuesta, adujo que *“sí sé que se retroalimentaba de manera constante la ejecución contractual”*, aludiendo en general a la ejecución del programa, mas no atinó a explicar qué clase de instrucciones recibió o cómo el gobernador las impartió o qué aspecto de la contratación en particular fue producto del cumplimiento de los deberes de control y vigilancia por parte del ordenador del gasto. Lo que reiteró al rematar esa misma respuesta: *“Entonces sí tengo entendido que a través del secretario de educación sí, sí se hizo, pues de manera reiterada seguimiento al programa”*. Sobre esto último, insiste la Sala, una cosa es el seguimiento que pudo haberle hecho al programa y otro el cumplimiento de los deberes derivados de la delegación en relación con el trámite, suscripción y liquidación del contrato.

Obsérvese entonces que los documentos esgrimidos, ni los testimonios citados en los que la defensa pretende sustentar la vigencia del *principio de confianza*, permiten dar cabida a esta tesis defensiva y, por el contrario, todo apunta a demostrar que el procesado omitió deliberadamente el

¹²² Audio sesión de 13 de octubre de 2022. Parte 2. A partir de 01:32:34.

cumplimiento de sus deberes legales del trámite contractual, por lo que objetivamente le es imputable este cargo de celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Admitir la tesis de la defensa sería tanto como asumir que MONSALVO GNECCO en el proceso precontractual y contractual era un invitado al margen, un simple espectador de las decisiones asumidas por sus subalternos respecto de la contratación, cuando en realidad era su responsabilidad que todo el trámite se adelantara conforme a la ley; empero, en este proceso contractual no llevó a cabo ningún control o labor de vigilancia, razón por la que no le es posible invocar el amparo del principio de confianza, para trasladarles a sus subalternos delegatarios el compromiso penal que le corresponde asumir en este asunto, por lo que le es atribuible la acción típica.

Por ese motivo, reitera la Sala, es inadmisibles la invocación del principio de confianza, por cuanto, se evidencia de todo el contexto probatorio que MONSALVO GNECCO fue coautor del comportamiento típico y, en consecuencia, no puede descargar en terceros una actuación indebida cuando él mismo participaba de ella por lo que de común acuerdo con el secretario general y el secretario de educación, creó un riesgo jurídicamente desaprobado, en la medida que deliberadamente se abstuvo de ejecutar los deberes legales de vigilancia y control, el cual se concretó en el resultado típico, este es, en el trámite, suscripción y liquidación de un contrato ilícito, que por supuesto sabía de antemano que no cumplía con los presupuestos legales que le concernían.

Es apenas obvio que si el acusado actuó de común acuerdo con sus subalternos, distribuyéndose funciones y aportando objetivamente lo que le correspondía hacer para obtener el resultado típico; no puede ahora escudarse en el principio de confianza y aducirlo como argumento defensivo, puesto que fue consciente de que el trámite contractual se estaba adelantando de forma amañada y por ello no puede ahora aducir que confiaba en que sus subordinados actuaban con apego a la legalidad; cuando, por el contrario, ha podido demostrarse que se abstuvo de cumplir sus deberes de control y vigilancia sobre ellos, porque precisamente sabía que no se cumplían los requisitos de la contratación, de tal modo que todo el proceso contractual no fue más que un ardid para darle apariencia de legalidad.

Esta conclusión resulta apodíctica si, además, se toma en consideración la cantidad y trascendencia de las irregularidades en que se incurrió durante todo el curso de la contratación y de la liquidación, como las de los estudios previos que carecen de los análisis de necesidad y conveniencia de la contratación; el número de estudiantes beneficiarios, que fue muy superior al real; el plazo de ejecución que se hizo por 59 días cuando el convenio interadministrativo 842, suscrito por el propio acusado, disponía que debía hacerse por todo el calendario escolar, es decir, 180 días, lo que condujo al fraccionamiento del contrato, hecho fácilmente detectable o apreciable; permitir que su delegatario suscribiera el contrato a pesar de todas estas irregularidades y que se liquidara

irregularmente sin la información y soportes completos del cabal cumplimiento del objeto del contrato, lo que era evidente con la sola lectura del acta en la que quedó expresamente plasmada esta inconsistencia; son estos algunos de los hechos bastante significativos que indican que el gobernador no realizó ninguna acción preventiva orientada a ejercer vigilancia y control, porque, como es apenas obvio, de haberlo hecho las habría detectado fácilmente. Ahora, si no cumplió con su deber legal no fue porque lo ignorara, sino porque tenía conocimiento de que dichas etapas se adelantaban con total desprecio por la legalidad de la contratación, de ahí que le sea imputable el resultado típico.

Aún más, no le es ajeno a la Sala que el contrato que se estudia tuvo origen en el convenio interadministrativo 842 de 30 de octubre de 2014 (5.2.2.5), suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y el departamento del Cesar, representado para ese momento por MONSALVO GNECCO, quien en calidad de gobernador lo suscribió, teniendo entendido que su objeto era aunar esfuerzos para adelantar el PAE del año 2015 y que según la cláusula tercera, adquiriría entre otras obligaciones las de establecer los mecanismos idóneos para garantizar la preservación de los recursos del ministerio y la de adelantar la adecuada ejecución del convenio según lo previsto en el Estatuto Anticorrupción, de las que finalmente, a sabiendas, se apartó con los resultados ya conocidos.

Del mismo modo se comprometió en el citado convenio a *“realizar el monitoreo, seguimiento y control de la ejecución del programa (...) efectuar al seguimiento permanente a la ejecución del presente convenio en sus diferentes etapas y vigilar el cumplimiento de las*

obligaciones de cada parte, en especial, de la calidad del servicio de acuerdo con las especificaciones pactadas y los lineamientos de EL MINISTERIO”, obligaciones que jamás cumplió dando lugar intencionalmente a una contratación a todas luces ilegal.

Que el citado convenio 842 haya sido suscrito por el acusado, es un hecho indicativo de que conocía su contenido y, por tanto, sabía que éste le imponía la obligación de implementar el PAE 2015 para todo el calendario escolar y no parcialmente, y para ello dotó a la gobernación de todas las herramientas necesarias para contar con el presupuesto suficiente que garantizara los recursos para el calendario completo, incluso le otorgaba las posibilidades de su priorización y de acudir a vigencias futuras con el fin de contar con el presupuesto necesario para cumplir el objetivo.

En consecuencia, si el procesado sabía que era imperativo implementar el PAE por toda la vigencia 2015, y a pesar de ello consintió en que se hiciera parcialmente, no puede concluirse nada distinto a que conscientemente omitió sus deberes produciendo el ilícito resultado.

En otros términos, si el acusado como jefe de la administración y ordenador del gasto no activó las acciones necesarias en orden al cumplimiento de sus deberes legales para que la contratación se llevara a cabo conforme a la legalidad fue porque él controló el proceso contractual, de otra forma no hubiera podido darse el resultado que, se insiste, buscaba.

Estas circunstancias permiten a la Sala inferir que todo el trámite solamente se elaboró y desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que él sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba, sin causa legalmente plausible el bien jurídico de la administración pública, de donde puede concluirse la eficaz contribución del acusado a la producción del resultado (nexo causal) y, por contera, éste le es atribuible objetivamente.

6.2.1.2 Del tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo este delito debe ser el resultado de una conducta eminentemente dolosa, o sea que el agente debe obrar con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y con la voluntad de su realización, en este caso, lo anterior equivale a conocer y voluntariamente pretermitir los requisitos legales esencial de la correspondiente contratación en las etapas que ampara el tipo penal: *trámite, celebración y liquidación*.

En los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción (*aspecto cognitivo*) y quiere su realización (*aspecto volitivo*). Lo mismo cuando la realización de la conducta es prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De acuerdo con dicha definición la ponderación integral de

los medios de prueba transmiten a la Sala la certeza de la configuración del dolo en el comportamiento de MONSALVO GNECCO, como quiera que siempre fue consciente de la complejidad de la contratación relacionada con el PAE y por ello de la necesidad de estar atento a todo su desarrollo, sin embargo, a pesar de esto, abandonó deliberadamente sus deberes de orientación, vigilancia, control y supervisión a quienes delegó la función de tramitar, celebrar y liquidar el contrato 2015-1178 de 2023. Para la Sala es claro que no sólo conocía los elementos integrantes del tipo objetivo del delito, sino que voluntariamente decidió llevarlos a cabo.

Dadas sus condiciones personales y de formación profesional como economista y su amplísima experiencia en el área como el mismo lo reconoce, además de su condición de gobernador por segunda vez, es razonable inferir sin ninguna duda que previamente a adelantar el trámite contractual sabía que por tratarse del manejo de recursos públicos, la contratación oficial exige un riguroso cumplimiento de trámites y requisitos técnicos necesarios para su gestión, de tal manera que no puede ponerse en cuestión que tenía absoluto conocimiento, no obstante la delegación, de la necesidad de ajustar el proceso contractual integralmente a la legalidad que lo regía para llevar a término el contrato y del cumplimiento de sus deberes derivados de la delegación, que lo obligaban a estar al tanto de todo su desarrollo y no simplemente abandonarlo en manos de sus subalternos, como conscientemente lo hizo.

Ahora, si bien el acusado MONSALVO GNECCO no es

abogado, es preciso señalar que el conocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo no involucra una comprensión técnica o completa de estos, basta la conciencia que una persona normal pueda tener sobre las consecuencias de sus actos que le permitan representarse la posibilidad de la comisión del ilícito.

Revisado el acervo probatorio¹²³, no puede ponerse en duda que MONSALVO GNECCO, atendida su formación profesional como economista, especialista en evaluación social de proyectos, exrepresentante a la Cámara (2002-2006) y con amplia experiencia en el sector público como ordenador del gasto en el cargo de gobernador, sabía que la naturaleza, características e importancia de la contratación por estar relacionada con el programa de alimentación escolar del que mucho se habla en distintos escenarios, le imponían el deber de ejercer un estricto control y vigilancia sobre la misma.

Por esto para la Sala resulta inadmisibile que pretenda ahora ampararse en el *principio de confianza* aduciendo que confió en la labor desempeñada por los subalternos en quien delegó las funciones de tramitar, celebrar y liquidar el contrato, porque como ya se esbozó líneas atrás, la delegación no lo eximía de sus deberes de dirección, orientación, control y supervisión del proceso contractual, perviviendo, a pesar de aquella, dichos deberes, obligación que no podía serle ajena, no solo por su condición profesional especializado en estructuración de proyectos sociales sino por su vasta

¹²³ Prueba 5.1.2.12. Hoja de Vida.

experiencia en el sector público que incluye la condición de exrepresentante a la cámara durante cuatro años y de haber ejercido el cargo de gobernador del departamento del Cesar durante más de tres años antes de los hechos, lo que lo dotaba de los suficientes conocimientos y experiencia para saber que la delegación no lo exoneraba de los deberes que surgían de ésta, aún así, a sabiendas, los despreció provocando el resultado, que quiso se produjera.

No hay una sola evidencia que indique lo contrario. Los elementos probatorios allegados por la defensa con los que pretendieron desvirtuar este incontrovertible hecho, llenos de extensos listados de procesos de contratación con apenas unos datos básicos de partes, cuantía y objeto, no suplen el cumplimiento de sus deberes legales, pues para que puedan estimarse satisfechos, por ejemplo, debió haber impartido órdenes, directrices, comunicados, mandatos, requerimientos o citaciones al comité del contrato que revelen que estuvo al tanto de que su trámite se ajustara a la ley; de que se celebrara en condiciones que garantizaran su legalidad, más si se tiene en cuenta que no podía serle ajena la cuantiosa suma de dinero público en juego; y, además, que su liquidación estuviera ajustada a las condiciones del contrato, en especial, antes de proceder a su pago final, verificar que se hubiera cumplido cabalmente el objeto del mismo y que las cuentas estuvieran claras, para ahí sí proceder a autorizar su liquidación, sin embargo nada de esto hizo, por tanto, es claro que no ejerció los deberes que sabía surgían de la delegación y que conscientemente omitió, a sabiendas de que con ello actualizaba los elementos del delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales.

Al acusado no le era ajeno que adelantar la contratación a través de terceros con las notorias y numerosas irregularidades que se evidenciaron durante todo el curso de la contratación y la liquidación como las deficiencias en los estudios previos, que carecen de los análisis de necesidad y conveniencia de la contratación; el número de estudiantes beneficiarios, que fue muy superior al real; el plazo de ejecución que se hizo por 59 días cuando el convenio interadministrativo 842, suscrito por el propio acusado, disponía que debía hacerse por todo el calendario escolar, es decir, 180 días; permitir que su delegatario suscribiera el contrato a pesar de todas estas irregularidades y que se liquidara ilegalmente sin la información y soportes completos sobre el cumplimiento del objeto del contrato, sin realizar ninguna acción orientada a ejercer el seguimiento, vigilancia y control, podía derivar en un delito de contratación ilegal sancionado por la legislación penal.

Es decir, a partir de esto se puede inferir que conocía, o lo que es lo mismo, era consciente de las circunstancias del hecho típico y de la posibilidad del resultado. También puede concluirse que, a pesar de ese conocimiento, orientó su voluntad hacia la realización del hecho, del que siempre tuvo el control, por lo que la delegación solamente aparece como un pretexto para eludir su responsabilidad.

El acusado, por haber suscrito con el MEN el convenio interadministrativo 842 de 2014, sabía que debía contratar el

PAE 2015 durante todo el calendario escolar de 180 días y que de hacerse parcialmente vulneraba la legalidad de la contratación y las obligaciones que él a nombre del departamento adquirió al firmar dicho convenio. Esto era de su pleno conocimiento y, sin embargo, no se detuvo y propició su realización a sabiendas del resultado ilícito que se produciría.

A MONSALVO GNECCO no le era ajeno el reglamento de los trámites internos aplicables a la actividad contractual del departamento, pues él mismo en su administración implementó el Manual de Contratación del departamento del Cesar¹²⁴, por tanto, era consciente que pese a que podía desconcentrar o delegar la competencia para contratar en otros funcionarios, ello no lo desligaba del deber de dirigir, vigilar y controlar los procesos contractuales del departamento, sin embargo, de manera soslayada, se reitera, decidió no acatarlo.

De acuerdo con dicho manual¹²⁵, previo a la publicación del proyecto de pliego de condiciones en los procesos de licitación pública el comité de contratos, donde un delegado suyo tenía asiento, debía deliberar con el fin de ajustar las exigencias y elementos fundamentales del objeto del contrato de conformidad con la normatividad jurídica contractual, sin embargo, esto no se hizo en el caso que concierne, hecho probado del que se puede inferir no solo su conocimiento de que la contratación no se adelantaba conforme con los parámetros legales, sino de que su voluntad siempre fue la de

¹²⁴ Resolución 000124 de 23 de mayo de 2013, suscrito por MONSALVO GNECCO. Prueba 5.1.2.10.

¹²⁵ Artículos tercero y sexto.

obviar los requisitos legales del contrato con el fin, como se verá luego, de favorecer al contratista.

En ese mismo sentido, el acusado deliberadamente no cumplió los deberes de vigilancia y control contenidos en el capítulo II, artículos quinto a séptimo del Decreto 000987 de 13 de julio de 2010 de la Gobernación del Cesar¹²⁶, derivados de las delegaciones y de sus competencias.

Dentro de tales deberes los citados artículos exigían que previamente a la contratación los delegatarios presentaran ante el comité de contratos los planes de necesidades y de compras, los pliegos de condiciones de cada contratación, condicionando además el trámite de las etapas contractuales al cumplimiento de estos requisitos. Incluso el artículo sexto conminaba a los delegatarios a presentar al delegante dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, un informe detallado de los contratos en el que se consignara datos como número del contrato, nombre del contratista, fecha, valor, objeto y estado con las observaciones, conceptos y recomendaciones pertinentes, todo con la advertencia de que de no hacerlo el delegatario no podía seguir ejerciendo la delegación, sin embargo, todo esto fue convenientemente omitido por el gobernador, quien a sabiendas del resultado desatendió sus deberes.

De otra manera no puede explicarse el hecho de que no se

¹²⁶ Prueba 5.1.2.13.

percatara de las irregularidades que se presentaron en la etapa precontractual, si no es porque se prestó para ello. De haber realizado la revisión correspondiente así fuera de manera aleatoria y desprevenida, como se planteó anticipadamente, o hubiera convocado el comité de contratos o acudido a los organismos asesores de la contratación previstos en el capítulo segundo del manual referido que él perfectamente conocía por haberlo expedido, habría advertido las relevantes y reiterativas irregularidades a las que se ha hecho amplia referencia y, respecto de las cuales pretende desligarse invocando el principio de confianza, cuando, como se probó, es un hecho cierto que el amparo no operó, pues se demostró que en asocio de sus subalternos, creó el riesgo jurídicamente desaprobado al haberse deliberadamente abstenido de vigilar y orientar por la vía de la legalidad el proceso de contratación, el cual se concretó en el resultado típico, esto es, en la tramitación, celebración y liquidación de un contrato manifiestamente ilegal, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en su trámite.

Así, es concluyente que el procesado sabía que al no ejercer los deberes que le imponía la delegación cumplía con su propósito de realizar la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y a pesar de eso, desde los albores de la contratación, dirigió su voluntad hacia ese propósito, materializándola, lo que, sin duda revela el carácter doloso del actuar delictual con el que obró.

6.2.1.3 La antijuridicidad

La conducta endilgada al procesado además de típica es antijurídica, toda vez que lesionó efectivamente y de manera grave el bien jurídico de la administración pública, al soslayar los principios esenciales de la contratación pública que es menester proteger.

No puede perderse de vista que en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos la vulneración del bien jurídico se verifica con el «*simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa*»¹²⁷, pues como se viene indicando, es la legalidad en el trámite impartido en la contratación estatal lo que se protege, de allí, que más allá de cualquier otra cosa, lo cierto es que se despreciaron los principios de la contratación omitiendo acoger las previsiones del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Para la Sala no hay duda que con su conducta el acusado MONSALVO GNECCO violó los principios de la contratación tutelados por el bien jurídico de la administración pública al no controlar el irregular proceso de contratación y pasar por alto en todas sus tres fases, una serie significativa, no solo por su número sino por su trascendencia, de requisitos necesarios para su implementación, incumpliendo así las normas de la contratación que por su naturaleza le era imperioso respetar.

De esta manera infringió los principios básicos pilares de la contratación pública, al permitir que se presentaran unos

¹²⁷ CSJ. SP. Rad. 25495 de 6 mayo de 2009.

estudios previos deficientes, sin el apropiado análisis de cada uno de sus componentes que hacen posible una correcta y conveniente planeación, necesaria para una responsable inversión y manejo de los recursos departamentales, cuya disponibilidad tenía el acusado por su condición de jefe de la administración y ordenador del gasto.

Del mismo modo, afectó en grado sumo el bien jurídico al permitir que sus delegados suscribieran y liquidaran un contrato que no cumplía con los requisitos de legalidad, y del que además no determinó claramente el cumplimiento de su objeto, presupuesto necesario para autorizar el pago del saldo al tiempo de la liquidación.

Estas circunstancias, se insiste, permiten a la Sala inferir que todo el trámite solamente se elaboró y desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que él sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba, sin causa legalmente plausible, el bien jurídico de la administración pública.

En conclusión, con las irregularidades cometidas a lo largo del trámite, celebración y liquidación del contrato 2015-02-1178, se vulneró sin justa causa el bien jurídico de la administración pública amparado por el artículo 410 del Código Penal.

6.2.1.4 La culpabilidad

Acorde a los elementos de convicción obrantes en la actuación, es incontrovertible que LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, al realizar los hechos objeto de reproche se encontraba en uso de sus plenas capacidades cognitivas que le permitían conocer la ilicitud de sus actos y determinarse conforme con ese conocimiento, por ende, debe ser tenido como persona imputable.

La culpabilidad constituye el tercer elemento de la conducta punible, después de la tipicidad y la antijuridicidad. Estas configuran el denominado injusto típico y se identifican como la faceta valorativa, descriptiva y, en suma, objetiva, del delito. La culpabilidad, en cambio, relaciona el injusto con su responsable. No es un presupuesto destinado a constatar la realización del delito, sino orientado al análisis de imputación del injusto a la persona¹²⁸.

Culpabilidad se identifica con reprochabilidad. Según lo ha señalado la Corte¹²⁹, se responsabiliza al sujeto porque, *“teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”*¹³⁰, *“estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley”*¹³¹. Se plantea, por lo tanto, que el agente estaba en capacidad de ajustar su obrar a derecho y la realización del delito fue producto de una decisión libre¹³².

¹²⁸ Cf. CSJ. SP055-2023, radicado 62542 de 22 de febrero de 2023.

¹²⁹ Cf. CSJ. *Ibidem*.

¹³⁰ Ver CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497 y CSJ SP2649-2022, rad. 54044.

¹³¹ CSJ. SP5356-2019, rad. 50525.

¹³² CSJ. SP2649-2022, rad. 54044.

Este tercer elemento del hecho punible tiene raigambre en el artículo 33 del Código Penal del cual se desprende que actúa con culpabilidad quien al momento de ejecutar la conducta es capaz de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con ella.

La forma en que se desarrolló el *iter criminis*, incluida la delegación otorgada a sus secretarios de despacho, permiten suponer fundadamente a la Sala que MONSALVO GNECCO estuvo siempre en capacidad de comprender la ilicitud del proceso contractual que se adelantaba sin el cumplimiento de sus requisitos legales, a tal punto que la delegación se evidencia como un ardid para eludir su responsabilidad en el actuar típico y antijurídico que sabía se configuraba con el cúmulo de irregularidades que presentaba la contratación, y no obstante ese conocimiento, en lugar de ajustar su comportamiento a derecho, voluntariamente optó por consumarlo con las consecuencias de que da cuenta la actuación.

Ya se dijo al estudiar el tipo subjetivo (5.2.1.2), que las condiciones personales y profesionales, además de su experiencia en el sector público permitieron inferir que el gobernador sabía de la ilicitud de la conducta y, a pesar de ello quiso su realización, siéndole en consecuencia exigible una conducta ajustada a derecho porque conocía de su ilicitud y estaba en condiciones de determinarse libremente conforme a esa comprensión, y es aquí donde radica el juicio de

culpabilidad, máxime que no obra en su favor una circunstancia que la excluya.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y acogiendo la solicitud de condena de la fiscalía, la Sala declarará al acusado como coautor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme lo prevén los artículos 29 y 410 del Código Penal.

6.2.2 Peculado por apropiación en favor de terceros agravado

En la acusación la fiscalía al amparo de la Ley 906 de 2004, acusó al procesado del delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía en calidad de coautor.

El tipo penal que se atribuye al acusado, vigente para la época de los hechos materia de investigación fue definido en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 397. PECULADO POR APROPIACIÓN. *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e*

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

A este respecto cabe señalar que, acorde con la definición normativa de esta conducta, para que encuentre realización resulta indispensable establecer probatoriamente que el servidor público (sujeto agente cualificado), durante el desempeño del cargo abusando de éste o de la función, se apropie en favor propio o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tiene parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le confiaron por razón o con ocasión del cargo.

En el sujeto activo debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica, no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional¹³³.

¹³³ Cf. CSJ. SP. Rad. No. 35606 de 22 de febrero de 2012.

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de un tercero. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹³⁴.

A este respecto, conviene recordar que la jurisprudencia tiene establecido¹³⁵ que para la estructuración típica del delito de peculado por apropiación se requiere: (i) un sujeto activo calificado –servidor público–; (ii) la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y (iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

Ha indicado, asimismo, en lo que atañe a la calidad de servidor público, que *“debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”*¹³⁶, de suerte que el acto de apropiación puede tener ocurrencia bien

¹³⁴ Cf. CSJ. SP. Rad. 38396 de 10 de octubre de 2012.

¹³⁵ Cf. CSJ. SEP00124-2019. Rad. 47255 de 18 de diciembre de 2019.

¹³⁶ CSJ. SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o con ocasión del ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza¹³⁷.

De igual modo, señaló que se trata de un delito de ejecución instantánea, vale decir, se consuma cuando el bien oficial es objeto de un acto externo de disposición con ánimo de apropiación¹³⁸, esto es, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*¹³⁹.

6.2.2.1 Tipo objetivo

Sobre este delito la fiscalía señaló que del informe elaborado por Luis Alberto Rodríguez, quien realizó el análisis técnico y financiero del contrato, cuyo monto fue fijado en \$17.145.105.000, se pudo establecer una diferencia de \$1.565.140.142, pagada por la gobernación de MONSALVO GNECCO a favor del contratista, la cual surge de restar del valor del monto del contrato de la correcta fijación del

¹³⁷ CSJ. SP. Rad. 18021 de 6 de marzo de 2003.

¹³⁸ CSJ. AP. Rad. 38188 de 18 abril de 2012.

¹³⁹ CJS. SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

presupuesto realizada por el experto, es decir, \$15.579.964.858, lo que arrojó la diferencia indicada.

Dicho análisis le permitió advertir que el precio de la mayoría de alimentos fue sobrevalorado, superando los indicados en el boletín SIPSA 123 que fue el tomado como referencia por la gobernación, y también observó que para los casos en que los alimentos no estaban disponibles en las plazas de Valledupar, los valores asumidos fueron superiores al promedio. Asimismo, se presupuestó un porcentaje adicional del IPC, que no era aplicable y que además se fijó en 4.4% cuando el del DANE era de 3.66% y, también, se reconoció un 1% más por concepto de estampillas que fue calculado en 5.5% cuando su valor real era de apenas 4.5%, lo que ocasionó una indebida apropiación de recursos públicos.

En síntesis, concluyó el ente fiscal que el acusado MONSALVO GNECCO permitió que el contratista, Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, se apropiara de \$3.174.651.582, en detrimento del patrimonio económico del departamento del Cesar, suma que constituye la cuantía del delito de peculado.

De acuerdo con la acusación presentada por la fiscalía la cuantía del peculado proviene de las siguientes diferencias: (i) en la fijación del presupuesto oficial \$1.565.140.142; (ii) por IPC \$105.226.014; (iii) por estampillas \$148.453.998; (iv) por capacitación de manipuladoras de alimentos \$11.336.000; (v) por salario de manipuladoras \$1.318.412.793; (vi) por la póliza

de cumplimiento \$24.239.125; y, (vii) por inconsistencias en las planillas del operador en septiembre y noviembre de 2015 \$1.843.510 (adición escrito de acusación).

Resumen de la Fiscalía adición acusación

Concepto	Valor
Diferencias en la fijación del presupuesto oficial	\$ 1.565.140.142
Diferencias IPC	\$ 105.226.014
Diferencias estampillas	\$ 148.453.998
Diferencias capacitación de manipuladoras	\$ 11.336.000
Diferencias salario manipuladoras	\$ 1.318.412.793
Diferencias póliza de cumplimiento	\$ 24.239.125
Diferencias por actividades anómalas reportadas en los meses de septiembre y noviembre de 2015 (adición al escrito de acusación)	\$ 1.843.510
TOTAL	\$ 3.174.651.582

Desde ya puede afirmar la Sala que revisada la actuación y efectuado el correspondiente análisis, salvo algunos ajustes que se explicarán a continuación, ciertamente el cálculo del valor de la ración presupuestado de la manera como se hizo por la administración y las demás diferencias advertidas en la acusación implicaron un considerable sobrecosto que afectó gravemente el erario departamental tipificando el delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía.

A continuación, se abordará el análisis de cada una de las diferencias obtenidas por la fiscalía para establecer en el caso concreto su materialidad y de ser necesario, el ajuste de valores correspondiente.

6.2.2.1.1 Diferencia en la fijación del presupuesto oficial

La resolución de apertura de la licitación pública, el pliego de condiciones, los estudios previos, las cartas de presentación de la propuesta tienen fecha de julio de 2015, sin embargo, a lo largo del juicio los intervinientes manifestaron que el Proyecto de Inversión se realizó en el mes de octubre de 2014, este documento no se encontró dentro del expediente del caso, empero, al revisar los puntos 12 y 13 del Convenio Interadministrativo 842 de 30 de octubre de 2014, sí debían realizar dicho proyecto.

Cabe resaltar que, como ya se dijo, los estudios previos del contrato tienen fecha de julio de 2015, por tanto, lo apropiado desde el punto de vista legal debió ser que aplicaran precios actualizados de ese momento, y no de 2014, sin embargo, la Sala tomará en cuenta para su análisis los datos de octubre de 2014, en los que se centró el debate en el juicio.

En los Estudios del sector¹⁴⁰ - C2. Alimentos se hizo el examen del abastecimiento y disponibilidad de estos a nivel nacional y en el departamento del Cesar, así como la producción y la distribución en las centrales mayoristas tomando para el efecto el boletín SIPSA 123 de 24 de octubre de 2014, emitido por el DANE.

En los Estudios previos¹⁴¹ anunció la gobernación que se calculó el valor del costo de la materia prima de cada ración (complemento alimenticio jornada de la mañana y/o almuerzo)

¹⁴⁰ Prueba 5.1.2.19 fiscalía

¹⁴¹ Prueba 5.1.2.18 fiscalía.

consultando para ello el valor de los alimentos de dicho boletín y el catálogo de productos disponibles en sus respectivas páginas *web*; luego procedió a estimar el valor de las diferentes minutas establecidas en los anexos de los lineamientos técnico-administrativos del PAE, en su versión transitoria de julio de 2014.

De igual manera, los peritos de la fiscalía y de la defensa mencionaron en el juicio que utilizaron el mismo boletín y la misma versión de los lineamientos, por lo tanto, para su revisión la Sala aplicará estos.

Los lineamientos técnico-administrativos del MEN, tienen un apartado dedicado a definir las características que debe cumplir cada grupo de alimentos, este aparece en el punto 7.5 Características de calidad de los alimentos – anexo 19. Características de calidad de los alimentos programa de alimentación escolar. (Pág. 131)

La Sala teniendo en cuenta el Anexo 2 – Presupuesto Oficial de los estudios previos procede a la correspondiente revisión.

La discusión versa sobre el precio de los alimentos fijados. Al revisar en los documentos del contrato anunciaron que se utilizaba el Boletín del Sistema de Información de Precios y Abastecimiento del Sector Agropecuario – SIPSA 123 de la semana del 24 de octubre de 2014 del DANE.

Dicho boletín contiene un precio mínimo, uno máximo y uno medio, y enuncia la tendencia de los productos al alza, a la baja o se mantiene. Por regla económica, se debería utilizar el precio medio, sin embargo, no se encontró alguna norma en donde especifique cuál valor aplicar, de tal modo que, si el precio se encuentra dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos en el boletín, sería correcto.

En dichos estudios no estipuló la gobernación cuáles valores aplicó, por lo tanto, se puede utilizar cualquiera de los tres, o uno que se encuentre dentro del rango de los mismos, es por esto que en el análisis de la Sala los precios que se encuentran dentro del rango no se modificaron.

Para este estudio se realizará la revisión de cada uno de los precios y en el caso de que alguno se encuentre por encima del precio máximo o por debajo del precio mínimo registrado en el Boletín 123 se ajustará al valor máximo del mismo y los productos que no registren allí se dejarán con el valor consignado en los estudios previos.

A continuación, se ajustarán los precios y se explicarán el criterio de la Sala para adoptar cada uno de ellos, en orden a ajustar el presupuesto a su dimensión real, bajo el criterio más favorable al procesado.

Lácteos

Leche en polvo: se presupuestó un valor de \$18.027.90 que está por encima del valor máximo del boletín por lo que se ajusta al valor máximo: \$16.667.

Leche pasteurizada: el producto no obra en el boletín, por lo tanto, se deja el valor \$2.473 de los estudios previos.

Carnes - huevos - quesos

Huevos: en los lineamientos del PAE indican que el huevo debe corresponder al tipo A, por lo tanto, se toma el huevo rojo A. Registraron un valor de \$282.70 que está por encima del precio máximo, por lo que se ajusta al máximo: \$257.

Queso campesino: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos: \$7.250.

Carne roja: según los lineamientos, se permite cadera, centro de pierna y bola, el resto (cogote, palomilla, cigarrillo) solo se pueden utilizar, cuando la preparación es carne molida o albóndigas.

Al validar los precios en el boletín ninguna de las carnes permitidas registra el valor de \$14.000 consignado en los estudios previos, la única que registra dicho valor es la carne de res chatas, sin embargo, esta no registra entre las permitidas en los lineamientos, por lo tanto, se toma el valor máximo de la carne de res bola de brazo, bola de pierna, cadera y centro de pierna de \$13.000.

Pollo pechuga: en los lineamientos técnicos administrativos del PAE indican que solo se permite ofrecer pechuga, pierna o pernil. Al revisar el valor consignado en los estudios previos de \$6.500 es igual al del boletín.

Cereal acompañamiento

Galletas o tostadas: al revisar el boletín el valor de las galletas saladas 3 tacos en Valledupar tienen registrado un precio mínimo de \$7.937, máximo de \$8.333 y medio de 8.135, en los estudios previos el valor es de \$7.607 el cual se encuentra por debajo del valor mínimo registrado y es por esto que se ajusta al precio máximo del boletín.

Pan: el producto no registra en el boletín, por lo tanto, se asume el valor de \$5.000 presupuestado.

Arepa de maíz: el producto no registra en el boletín, por lo tanto, se asume el valor de \$1.233 presupuestado.

Arroz: según los lineamientos corresponderá al grado 2 grano partido o quebrado grande, tres cuartos del total del grano entero; debe cumplir con la norma NTC 671, arroz blanco pulido para consumo humano en su revisión vigente.

Al revisar el valor registrado en los estudios previos está por debajo del precio del boletín, por lo que se ajusta de \$1.811.70 al valor máximo en Valledupar del arroz de primera que es \$2.040.

Papa: el valor de \$603,90 registrado en los estudios previos está por debajo del valor mínimo de la papa única que registra en Valledupar, por lo que se ajusta al precio máximo que es \$680.

Plátano verde: en los estudios previos registra el valor de \$965.70 el cual está por debajo del precio del boletín en Valledupar para el plátano hartón verde, se aplica el precio máximo más cercano que es \$1.200.

Ñame: en los estudios previos registra el valor de \$1.559.70, al revisar los valores registrados para Valledupar del ñame diamante y del ñame espino, dicho valor está entre el mínimo y el máximo, por lo que se deja el mismo.

Plátano amarillo: no registra precio en Valledupar, por lo que se deja el precio aplicado en los estudios previos de \$965.70.

Guineo verde: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se aplica el valor presupuestados de \$706.20.

Yuca blanca: el valor de \$630 registrado en los estudios previos está por debajo del valor mínimo de la yuca criolla que registra en Valledupar, por lo que se ajusta al precio máximo de \$700.

Pasta: el precio presupuestado de \$2.453 es igual al del boletín.

Fruta entera y de jugo

Los valores son iguales, por tanto, se relacionan una sola vez.

Mandarina: en los estudios previos registra \$1.013.80 valor que está por debajo del mínimo de la mandarina común en el boletín, por tanto, se ajusta al valor máximo que corresponde a \$1.400.

Mango: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos de \$2.300.

Banano: el precio presupuestado fue de \$706.20, está por encima del máximo del boletín, por lo que se ajusta al valor máximo correspondiente a \$650.

Melón: el precio registrado en los estudios previos de \$1.074.75, está por debajo del valor mínimo del boletín, por lo que ajusta al valor máximo que es \$1.500.

Piña: el precio presupuestado de \$1.044 está por debajo del valor mínimo de la piña perolera del boletín, por esto se ajusta al valor máximo de \$1.200.

Naranja: el precio presupuestado de \$400 está por debajo del mínimo de la naranja común registrado para Valledupar en el boletín. Se ajusta al valor máximo de \$500.

Papaya: el precio registrado en los estudios previos de \$613.90 está por debajo del valor mínimo de la papaya maradol registrado para Valledupar en el boletín. Se ajusta al valor máximo de \$800.

Lulo: el precio presupuestado de \$3.208.70 está dentro del rango máximo del boletín de \$3.400. Se asume el mismo valor.

Maracuyá: el precio registrado en los estudios previos de \$1.560 está por debajo del valor mínimo registrado para Valledupar en el boletín. Se ajusta al valor máximo de \$2.000.

Guayaba: el precio presupuestado de \$1.248.30 está por debajo del valor mínimo para Valledupar del boletín. Se ajusta al valor máximo de \$1.400.

Tomate de árbol: el precio registrado en los estudios previos de \$1.510.30 está por encima del máximo del boletín. Se ajusta al valor máximo del boletín de \$1.440.

Azúcares

Azúcar: el valor presupuestado de \$1.535.30 está dentro del rango máximo de la azúcar sulfitada del boletín de \$1.540. Se asume el mismo valor.

Chocolate: el precio presupuestado de \$9.533.70 está por encima del valor máximo del chocolate dulce del boletín, por tanto, se ajusta al valor máximo del boletín \$9.000.

Panela: El precio presupuestado de \$2.037.20 está por encima del valor máximo de la panela cuadrada blanca de \$1.889 que registra en Valledupar el boletín, por lo que se ajusta a este valor de \$1.889.

Grasas

Aceite: el costo presupuestado de \$3.917 es igual al del boletín. Se deja en \$3.917.

Mantequilla: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín por lo que se deja el valor presupuestado de \$10.925.

Otros

Cebolla: no se especifica el tipo de cebolla y ningún valor corresponde con los del boletín, por lo que se deja el mismo valor presupuestado de \$933.60.

Tomate: el costo presupuestado de \$1.958.75 está por encima de los máximos del tomate chonto, rio grande y rio grande ocañero \$1.680, \$1.500 y \$1.667 respectivamente, es por esto que se deja el precio máximo más alto de los tres que es del tomate chonto y corresponde a \$1.680.

Cebollín: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín.
Se asume el valor presupuestado de \$1.242.

Ají pimentón: el precio presupuestado de \$2.083 es igual
al del boletín 123. Se asume \$2.083.

Zanahoria: El precio registrado en los estudios previos de
\$925.60 está por debajo del valor mínimo registrado de \$1.083
para Valledupar en el boletín, por esto se ajusta al valor
máximo de \$1.167.

Ajo: el valor presupuestado de \$2.639.70 está por debajo
del valor mínimo registrado para Valledupar en el boletín, por
esto se ajusta al valor máximo de \$3.000.

Habichuela: el precio presupuestado de \$1.800 está por
encima del valor máximo que registra el boletín para
Valledupar, por lo que se ajusta al valor máximo de \$1.750.

Pepino: El precio presupuestado de \$474.75 está por
debajo del mínimo para Valledupar del boletín 123, por esto se
ajusta al valor máximo de \$800.

Repollo: el precio registrado de \$421,20 está por debajo
del valor mínimo para Valledupar en el boletín, por esto se
ajusta al valor máximo de \$500.

Espinaca: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín,
al validar el valor registrado en los estudios previos

corresponde al de Barranquilla, Granabastos, por lo que se deja el mismo valor de \$3.867.

Remolacha: el precio presupuestado de \$504 está por debajo del valor mínimo registrado para Valledupar en el boletín 123. Se ajusta al valor máximo de \$583.

Apio: el precio presupuestado de \$1.079.10 está dentro del rango de precios del boletín es por esto que se deja el mismo valor.

Lechuga: el costo presupuestado de \$1.200 está por encima del valor máximo que registra el boletín para Valledupar, por lo que se ajusta al valor máximo de \$1.000.

Almuerzos

Para el costo minuta-patrón almuerzo, utilizaron alimentos y precios iguales a los del complemento alimenticio de la mañana, por lo que se detallan a continuación los faltantes:

Fideos: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos de \$848.

Frijol: En el boletín registra para Valledupar frijol cabeza negra nacional y frijol Zaragoza, sin embargo, ninguno de los precios corresponde con el registrado en la minuta de los estudios previos (\$4.628), por lo que se deja el valor máximo

del frijol Zaragoza que es el más alto de los dos con un valor de \$6.000.

Lenteja: el precio presupuestado de \$3.115 está por encima del máximo del boletín para Valledupar. Se ajusta al valor máximo de \$3.000.

Hígado: este suministro es de controversia dentro del proceso por el valor registrado en los estudios previos de \$65.460.

El testigo de la defensa Octavio Javier Lafont Chica manifestó que *“hubo un error en el valor del hígado en la digitación o cálculo de la fórmula”*¹⁴².

También mencionó *“El hígado se tuvo en cuenta en la lista de alimentos, pero no se incluyeron en el menú”*¹⁴³.

Al revisar el boletín el hígado no registra como producto, por lo tanto, no existe base según los estudios previos para comparación.

Se revisaron las causaciones – gastos de administración y ventas¹⁴⁴ y no se encontraron facturas o soportes de compra por de hígado.

La defensa del procesado en el juicio manifestó que fue un error de digitación y dado que no se cuenta con una base de

¹⁴² Sesión audiencia 13 de octubre de 2022 Parte 1. A 1:14:55

¹⁴³ Sesión audiencia 24 de noviembre de 2022 Parte 1. A 1:15:47

¹⁴⁴ Prueba Fiscalía 5.1.2.115

comparación de precios dentro del expediente se opta por colocar el valor de \$6.546 que es un valor razonable para el hígado.

Régula: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos de \$421.20.

Se realiza el mismo procedimiento de costo que en la minuta-patrón complemento alimenticio jornada mañana el costo de la ración ajustada queda en \$782.

Este costo presenta una diferencia de \$5 menos, respecto con el del contrato objeto de estudio que es de \$787 y de \$26 pesos con el hallado por la fiscalía que corresponde a \$756.

Se realiza el mismo cálculo para el costo minuta-patrón almuerzo con el cual el precio de la materia prima-alimentos queda en un valor de \$1.071.

El costo hallado del almuerzo de \$1.071 genera una diferencia de \$188 menos con el relacionado en el contrato de \$1.259 y con el hallado por la fiscalía \$989, generando una diferencia de \$82.

En las tablas se detalla los valores utilizados y el procedimiento realizado.

Se hace importante mencionar que de cincuenta y un (51) alimentos relacionados en las minutas únicamente ocho (8)

tienen el mismo precio o se encuentran dentro del valor mínimo y máximo del boletín SIPSA 123.

Ahora bien, al realizar el procedimiento de costo que en la minuta-patrón complemento alimenticio jornada mañana el costo de la ración ajustada queda en \$782 y el del almuerzo en \$1.071 para este estudio.

Este valor corresponde al costo de materia prima - alimentos utilizado para determinar el costo total de la ración.

Ha de destacar la Sala que el valor imputado por la fiscalía por este concepto es de \$1.565.140.142, valor que está errado, ya que para el mismo asumió el costo total de la ración y no solo el de alimentos, luego suma los otros conceptos generando una doble contabilización.

Es decir, la fiscalía tomó el costo de la ración total ajustada según sus cálculos; cambiando el costo de materia prima por ración, el porcentaje de IPC, el porcentaje de estampillas y con este obtuvo el valor total de la ración de \$1.696 y de \$1.973 de la mañana y el almuerzo respectivamente.

Estos valores los multiplicó por el total de raciones de los 59 días, que son para la mañana 5.157.131 y para el almuerzo 3.463.890 raciones, resultando un valor total del contrato de \$15.579.964.858.

Luego a este valor le descontó el costo total del contrato, es decir, \$17.145.105.000 y obtuvo el costo relacionado como diferencias en la fijación del presupuesto oficial de \$1.565.140.142.

Un segundo error se presenta al tomar el valor total de las raciones del contrato, debido a que no se ejecutó el cien por ciento del presupuesto y se pagó de acuerdo a lo suministrado. Debió tomar solo el valor del costo de materia prima - alimentos para este punto.

Al finalizar el estudio de cada concepto, según los resultados obtenidos del mismo, se detallarán las cifras obtenidas.

6.2.2.1.2 Índice de precios al consumidor (IPC) año 2014. Diferencia hallada \$105.226.014

En este punto, la fiscalía indicó que *“los datos oficiales del DANE señalan con absoluta claridad que el IPC del año 2014 fue de 3.66% y no del 4.4%”*.

En el valor de la ración de los estudios previos aplicaron el 4.4% por este concepto.

La defensa del procesado en el juicio manifestó que el IPC aplicado fue el de octubre de 2014, que no se utilizó el de diciembre debido a que en el momento de las proyecciones este no se conocía. No obstante, al validar el IPC de alimentos y

general para el mes de octubre de 2014 este no coincide, corresponde a 4.27% y 3.29%¹⁴⁵ respectivamente.

El perito de la defensa manifestó que utilizaron el IPC de alimentos, ya que el objeto del contrato es alimentación escolar y la fiscalía argumentó que debieron asumir el IPC general debido a que el contrato incluye otros conceptos como salarios, arrendamientos, etc.

Al revisar los estudios previos el valor del IPC fue aplicado al valor del subtotal 1, que incluye los conceptos de materia prima - alimentos y administración. Con esto, el IPC a aplicar debió ser el general, ya que en el ítem de administración están incluidos los salarios, instalaciones, servicios públicos, papelería, entre otros.

Aunque el proyecto de inversión lo realizaron en octubre de 2014 para efectos presupuestales, en el momento de la elaboración de los estudios previos del contrato, julio de 2015, debieron actualizar los porcentajes con el índice anual anterior, ya que este aplica a los incrementos anuales en el país.

De acuerdo con lo anterior, que el IPC aplicable era el de 3.66%¹⁴⁶ y no el de 4.4%, determinando una diferencia de 0.74% de más en el valor de la ración, que al hacer las correspondientes operaciones arroja un mayor valor de \$105.226.014.

¹⁴⁵ Tomado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc/ipc-historico#indices-y-ponderaciones-base-2008>.

¹⁴⁶ Tomado de prueba 5.1.2.46 de la fiscalía

En este punto vale la pena precisar que un correcto ejercicio de planeación con precios actualizados a la fecha de estructuración del presupuesto evitaba aplicar el IPC para ajustarlo a valores actuales, por lo que no debería tomarse en cuenta para este análisis, no obstante, en esta oportunidad se impone hacerlo teniendo en cuenta los términos de la acusación.

6.2.2.1.3 Estampillas. Diferencia hallada
\$148.453.998

En los estudios del sector¹⁴⁷ se afirma sobre el asunto de impuestos que *“no se tiene en cuenta el IVA, debido a que el numeral 19 del artículo 475 del Estatuto Tributario excluye del impuesto sobre las ventas al suministro de alimentos con destino a programas de asistencia social.*

Sobre la retención en la fuente a título de renta, se dijo que este tipo de servicios se encuentra excluido por disposición del párrafo del artículo 78 ET 512-8 “Servicios de restaurante y cafetería prestados por los establecimientos de educación” conforme al artículo 476 del Estatuto Tributario.

En el apartado A2.1.11. Impuesto de Industria y Comercio. Avisos y Tableros – ICA, se dijo que es un tributo de carácter municipal que grava toda actividad industrial, comercial o de servicios que se realiza en cada ciudad en forma

¹⁴⁷ Prueba 5.1.2.19 de la Fiscalía

ocasional o permanente con o sin establecimientos el cual se estima en el 7 x 1000 aplicado sobre el valor total del contrato.

En los estudios previos¹⁴⁸ respecto de este tema enunciaron: “5. También se estimaron otros gastos correspondientes a la legalización del contrato para el año 2015”.

Con base en lo anterior, este porcentaje corresponde a la legalización del contrato que son pagos para que este se lleve a cabo, no mencionaron que el porcentaje incluía impuestos que son aplicables por la ejecución del mismo.

En el Contrato de suministro 1178 de 2015¹⁴⁹, en la cláusula segunda, valor del contrato, indicaron: “*valor que cubre todos los conceptos requeridos para el desarrollo del contrato, y demás impuestos e imprevistos*”.

Es decir, el valor del contrato incluía todos los impuestos e imprevistos. En el caso de los imprevistos asignaron un porcentaje del 5%.

De acuerdo con la Ordenanza 066 de 2012, los porcentajes de las estampillas aplicables al contrato son: (i) Pro Desarrollo Departamental: 1%; (ii) Pro Desarrollo Fronterizo: 1.5%; (iii) Pro Cultura: 1%; (iv) Pro Universidad Popular del César: 0.5%; y (v) Bienestar del Adulto Mayor: 0.5%. En total 4.5%, que corresponde al porcentaje de las estampillas aplicables.

¹⁴⁸ Prueba 5.1.2.18.

¹⁴⁹ Prueba 5.1.2.16.

Ahora bien, aunque el Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros – ICA fue aplicado al contrato en los porcentajes correspondientes a cada municipio, en los documentos del contrato no dejaron estipulado que esa estimación del 1% adicional en el concepto de estampillas correspondía a este valor. Asimismo, no expresaron que ese u otro porcentaje iría a la aplicación de este impuesto.

Al indicar que el valor del contrato incluía todos los impuestos e imprevistos, se asumió el valor aplicable por concepto de ICA.

Como quiera que no se pueden dejar a estimación o interpretación los porcentajes indicados en el costo por ración y como no se enunció en los estudios que ese porcentaje correspondía al ICA, se ajusta para este informe el importe por estampillas al 4.5% que corresponde a las estampillas aplicables al contrato, y no al 5.5% como se presupuestó. Ese ajuste entonces arroja una diferencia de \$148.453.998 de más.

6.2.2.1.3 Diferencia por capacitación de manipuladoras \$11.336.000

La fiscalía manifestó que se encontraron diferencias entre los valores presupuestados en la etapa de planeación, así como en la propuesta presentada y lo ejecutado, según el libro contable auxiliar entregado por el contratista. En ese sentido, se presupuestó que para la capacitación de las manipuladoras se asignarían \$12.236.000, pero finalmente tan solo se

destinaron \$900.000, resultando una diferencia de \$11.336.000.

Al revisar los documentos de causación¹⁵⁰ en el archivo digital denominado: CAUSACIONES - GASTOS DE ADMINISTRACION Y VENTAS - 000491- 000637, se encontró:

Documento equivalente a factura con fecha de 04/11/2015, a nombre de Hansi Camargo Pizarro con cédula de ciudadanía 7.573.816, por concepto de cancelación viáticos capacitación de los municipios de González, Río de Oro, Gamarra, La Gloria, Curumaní y Aguachica por valor de \$900.000. (Pág. digital 304).

Documento equivalente a factura con fecha de 04/10/2015, a nombre de Hansi Camargo Pizarro con cédula de ciudadanía 7.573.816, por concepto de cancelación viáticos capacitación de los municipios de Pailitas, Tamalameque, Pelaya, San Martín y San Alberto, por valor de \$750.000. (Pág. digital 306).

En el archivo digital denominado: CAUSACIONES - GASTOS DE ADMINISTRACION Y VENTAS, se encontró:

Documento equivalente a factura con fecha de 30/09/2015, a nombre de Diana Pérez Ramos con cédula de ciudadanía 49.593.281, uno de sus conceptos es pago de

¹⁵⁰ Prueba 5.1.2.115.

refrigerio para la capacitación por valor de \$182.000; pago de transporte zona rural y urbana por \$90.000 para un total de \$272.000. (Pág. digital 88).

En el archivo digital denominado: CAUSACIONES GASTOS DE ADMINISTRACION Y VENTA 000241-000490, se estableció:

Comprobante de causación de cuentas por pagar, con fecha de 17/10/2015 a nombre de Sagbini Fonseca Tihanny, por concepto de capacitación alimentación escolar Río de Oro, por valor de \$900.000. (Pág. digital 184).

Documento equivalente a factura de fecha de 13/10/2015 a nombre de Camargo Pizarro Hansi, por concepto de cancelación viáticos capacitaciones de los municipios de El Paso, La Jagua de Ibirico y Curumaní, por valor de \$360.000. (Pág. digital 439)

En los archivos denominados CAUSACIONES - GASTOS DE ADMINISTRACION Y VENTAS - 000638 - 000765 y CAUSACIONES - GASTOS DE ADMINISTRACION Y VENTAS - 000766 - 000884 no se hallaron documentos con el concepto de capacitación o relacionados con ésta.

Estos soportes de causación suman un total de \$3.182.000, y tienen un concepto específico relacionado con capacitación, lo que evidencia que en el momento de las causaciones los conceptos de capacitación los contabilizaron

como pago de transporte rural y urbana, viáticos, refrigerios, gastos de viaje, por lo que no hay certeza de qué otros hayan sido utilizados en capacitación.

Sin embargo, los soportes reportan un concepto concreto relacionado con capacitación por lo que la cifra resultante de \$3.182.000 se tendrá en cuenta como ejecutada por la Sala por concepto de capacitación de manipuladores de alimentos.

En los informes de supervisión¹⁵¹ en el apartado de relación de actividades realizadas, verificadas y detalladas en el periodo por la interventoría, relacionaron: capacitación al personal manipulador de alimentos en BPM, capacitación a los beneficiarios sobre hábitos alimentarios, lavado de manos y estilos de vida saludables; capacitaciones, supervisión y seguimiento por parte de la fundación a sus puntos de atención o entrega de alimentos.

Lo anterior indica que estos informes tuvieron en cuenta este concepto y lo verificaron.

El testimonio del señor Luis Eduardo Cote Mogollón¹⁵² en calidad de rector en San Martín, César, manifestó que las manipuladoras sí eran capacitadas.

Teniendo en cuenta lo analizado anteriormente, se evidencia que no solo está el documento relacionado por la fiscalía por \$900.000, sino que hay más documentos que

¹⁵¹ Anexos en pruebas 5.1.2.117, 5.1.2.118, 5.1.2.119 y 5.1.2.120 de la fiscalía.

¹⁵² Sesión de audiencia de 7 de septiembre de 2022. Parte 2. A 2:05:04.

incluyen el concepto específico de capacitación que tendrá en cuenta la Sala y que finalmente disminuyen la diferencia enrostrada por la fiscalía.

Es por esto, que la cifra resultante de la suma de los valores registrados en los documentos soporte que contienen el concepto de capacitación explícito se tendrán en cuenta como valores ejecutados, este valor es \$3.182.000.

El concepto de capacitación manipuladores se encuentra en el ítem valor de administración, por lo que se ajustará a la cifra mencionada para determinar el valor real de la diferencia.

**6.2.2.1.4 Diferencia por salario manipuladoras.
\$1.318.412.793**

La fiscalía manifestó que se encontraron por este concepto diferencias entre los valores presupuestados en la etapa de planeación, así como en la propuesta presentada y lo ejecutado, según el libro contable auxiliar entregado por el contratista. En ese sentido, en salarios de manipuladoras se presupuestaron \$3.580.227.300 pero solamente invirtieron \$2.261.814.507, lo que arroja una diferencia de \$1.318.412.793.

El perito contable de la fiscalía mencionó¹⁵³ que según el auxiliar por terceros, cuentas 61653014 de manipuladoras y

¹⁵³ Prueba 5.1.2.141 pág. digital 3.

61653037 de liquidación de manipuladoras, se invirtieron \$2.261.814.507.

Al revisar los libros auxiliares por tercero¹⁵⁴ de las cuentas 61653014 denominada manipuladoras tiene un valor total de \$2.037.446.092.61 y la cuenta 61653037 denominada liquidación manipuladoras tiene un valor de \$224.368.414, para un total de \$2.261.814.506.61, cifra que coincide con la mencionada por la fiscalía.

Sin embargo, al revisar las otras cuentas contables de los mismos libros, se encuentra la cuenta 61653029 denominada liquidación manipuladoras por un valor de \$165.238, por lo que la suma de las tres cuentas mencionadas arroja un resultado de \$2.261.979.744,61, es decir que por estos conceptos se probó una ejecución por esta última cantidad, que disminuye en \$165.238 la diferencia hallada por el ente acusador.

De acuerdo con los lineamientos del MEN¹⁵⁵ de 1 a 75 raciones requerían una manipuladora; de 76 a 160, dos; de 151 a 300, tres; y de 301 a 500; tres.

Al revisar en el Anexo 2 de los estudios previos denominado “Distribución de raciones por IED”, se evidencia que el número de manipuladores requerido fue determinado conforme a las directrices determinadas en los lineamientos técnicos.

¹⁵⁴ Prueba 5.1.2.133.

¹⁵⁵ Prueba 5.1.2.22. Pág. digital 85

Sin embargo, no se cumplió con el número de manipuladores conforme a lo presupuestado y la diferencia presentada es bien importante, por lo cual la Sala en su análisis ajustará el valor a lo realmente invertido por este concepto.

Se debe tener en cuenta que el concepto de manipuladoras se encuentra relacionado en el Anexo 2 de los estudios previos en el ítem de administración, por lo tanto, la suma se reducirá a \$2.261.979.744.61 con el fin de obtener el valor real de la ración.

**6.2.2.1.5 Diferencia por póliza de cumplimiento.
\$24.239.125**

La fiscalía manifestó que se encontraron diferencias entre los valores presupuestados y lo ejecutado, según el libro contable auxiliar entregado por el consorcio. En ese sentido, se presupuestó por este concepto \$65.000.000, pero tan solo costó \$24.239.125, resultando una diferencia de \$40.760.875 calculados de más.

Al revisar los libros auxiliares por tercero¹⁵⁶ registraron en la cuenta 51309501 denominada Pólizas de Cumplimiento un valor de \$24.239.125.

¹⁵⁶ Prueba 5.1.2.133 de la fiscalía.

La póliza de cumplimiento (5.1.2.110) y la póliza de responsabilidad civil y extracontractual (5.1.2.111) fueron aprobadas mediante Resolución 000935 del 27 de agosto de 2015 (5.1.2.113).

De acuerdo con lo anterior, se tomará el valor realmente pagado por las pólizas, teniendo en cuenta que en la estructuración de los presupuestos los valores deben ajustarse a la realidad y la cifra que fue registrada está muy por encima de lo realmente pagado.

Al igual que el punto anterior, este concepto de póliza de cumplimiento se encuentra en el ítem de administración, por lo que se ajustará a \$24.239.125, para hallar el valor real de la ración.

6.2.2.1.6 Obtención del costo por ración del valor de la administración ajustado

Teniendo en cuenta lo expuesto se realizan los ajustes de los valores en el formato del anexo 2, obteniendo un valor de \$612 de administración por ración.

Se pone de presente que los errores aritméticos presentados en los datos de la tabla enunciados en el punto 4 del informe se subsanaron debido a que afectan el valor de administración por ración.

A continuación, en la tabla denominada Costo Administración por Ración - Ajustado se detallan los valores utilizados y el costo obtenido.

Tabla Costo Administración por Ración - Ajustado

Administración	Und/ Mes	Cant	Meses/ días	Valor Parcial	Total	
Costo de Instalaciones para el almacenamiento y embalaje de los alimentos y otros						
Instalaciones Zona 1	UND	1	4	7.000.000	28.000.000	
Instalaciones Zona 2	UND	1	4	7.000.000	28.000.000	
Instalaciones Zona 3	UND	1	4	7.000.000	28.000.000	
Servicios Públicos	GL	1	4	2.000.000	8.000.000	
Implementos para embalaje mallas, costales, canastas, estibas, e	GL	1	4	2.000.000	8.000.000	
Papelería, señalización, vallas informativas, etc.	GL	1	4	2.000.000	8.000.000	
Implementos e insumos de aseo - restaurantes - cocinas	UND	1	4	306.627.166	1.226.508.664	
Implementación Planes de Saneamiento (Control de Plagas - fumig	UND	880	1	115.000	101.200.000	
Kit de Menaje Comedor (Plato, Vaso y Cuchara)	UND	87400	1	3.000	262.200.000	
Costo del Equipo Profesional, Técnico y Operativo						
Director General	UND	1	4	5.000.000	20.000.000	
Coordinadores 1 x zona	UND	3	4	4.000.000	48.000.000	
Nutricionistas 1 x zona	UND	3	4	3.500.000	42.000.000	
Ingeniero de alimentos 1 x zona	UND	3	4	3.500.000	42.000.000	
Técnicos en saneamiento 1 x zona	UND	3	4	1.800.000	21.600.000	
Jefe de Bodega 1 x zona	UND	3	4	2.500.000	30.000.000	
Jefe de compras	UND	1	4	2.500.000	10.000.000	
Operarios 6 x zona	UND	18	4	1.200.000	86.400.000	
Auxiliares administrativos 2 x zona	UND	6	4	1.200.000	28.800.000	
Contador Público	UND	1	4	2.500.000	10.000.000	
Auxiliares contables	UND	2	4	1.200.000	9.600.000	
Profesional Talento Humano	UND	1	4	2.500.000	10.000.000	
Auxiliares Talento Humano	UND	2	4	1.200.000	9.600.000	
Dotación Manipuladoras (Cada 2 meses)	UND	1748	2	80.000	279.680.000	
Capacitación Manipuladoras	UND	1748	1	7.000	3.182.000	Punto 5.4
Salarios Manipuladoras	UND	1104,38	59	34.715	2.261.979.745	Punto 5.5
Equipo de Transporte						
Vehículos de Transporte - transporte de alimentos 4 x zona y 3 para compras de alimentos en otras ciudades	UND	15	4	7.500.000	450.000.000	
Vehículos de transporte 4x4 - transporte de Personal 1 x zona	UND	3	4	5.000.000	60.000.000	
Exámenes de Laboratorio						
Instalaciones Mensual al 10% de las IED + Bodegas						
Ambiente	UND	88	4	31.000	10.912.000	
Agua	UND	88	4	65.000	22.880.000	
Superficie	UND	88	4	30.000	10.560.000	
Examen médico, coprológico, frotis de garganta y cultivo de uñas (KOH) - manipuladoras	UND	1748	1	30.000	52.440.000	
Microbiología 1% de las raciones						
Recuento total de aerobios mesófilos	UND					Ajuste aritmético
Califormes totales	UND	146	4	60.000	35.040.000	
Staphilococcus aureus	UND					
Recuento de mohos y levaduras	UND					
Gastos de legalización del contrato						
Póliza de Cumplimiento a una tasa del 0,5% valor amparado	UND	1	1	24.239.125	24.239.125	Punto 5.6
TOTAL					5.276.821.534	
Raciones Diarias	Días/r	Rac/Dia	Rac/Mes	Rac 59 días	Valor por ración	
	21	146100	3068100	8.619.900	612	

6.2.2.1.1.7 Conclusiones finales

En los cálculos del valor de la administración, del costo complemento alimentario jornada mañana y almuerzo se subsanaron los errores que, aunque no fueron acusados por la fiscalía, inciden en el valor de la ración.

Se realizaron los ajustes presentados en el costo minuta-patrón complemento jornada de la mañana y costo minuta patrón almuerzo de acuerdo con lo detallado en el análisis de la Sala, lo cual arrojó como resultado el costo complemento jornada de la mañana un valor por ración de \$782 y \$1.071 por ración del almuerzo.

El Índice de Precios al Consumidor – IPC se ajustó al 3.66% según lo explicado.

El porcentaje por gravamen de estampillas se redujo al 4.5% por las razones que se expusieron.

En el valor de la capacitación de las manipuladoras se ajustó a \$3.182.000, y se realizaron los correspondientes ajustes en los ítems de salarios de las manipuladoras y de la póliza de cumplimiento de acuerdo con lo indicado antes. Estos conceptos se ajustaron reduciendo el valor del costo por ración de la administración.

Al realizar los ajustes mencionados, el costo total por ración del programa de alimentación escolar para el complemento de la mañana debió ser \$1.654 y para el almuerzo \$1.998.

En la que sigue, denominada costo por ración ajustado se detallan los valores utilizados según lo ya expuesto.

Tabla - Costo por ración ajustado

Costo por ración Ajustado del Programa de Alimentación Escolar detallado 2015			
Modalidad	%	C.A. Mañana	Almuerzo
Materia Prima - Alimentos		782	1.071
Administración		612	612
Subtotal 1		1.394	1.683
IPC Año 2014	3,66%	51	62
Subtotal 2		1.445	1.745
Estampillas	4,5%	65	79
Imprevistos (Mayores costo de Transporte y Alza de los Alimentos)	5,0%	72	87
Utilidad	5,0%	72	87
Total Ración		1.654	1.998

Ahora bien, se tomarán las raciones entregadas por el costo para hallar el valor ejecutado del contrato.

Se revisaron los datos de las raciones entregadas y facturadas por el contratista las cuales fueron avaladas, se le realizaron los descuentos por glosas ordenados por la interventoría y de los impuestos realizados, arrojando el valor neto pagado al contratista de \$15.203.960.583.

A continuación, se sustituye el valor de la ración por el real establecido por la Sala de \$1.654 para el complemento alimentario y \$1.998 para el almuerzo, se realizan los mismos descuentos aplicados (glosas interventoría e impuestos) arrojando el valor que debió cobrar el contratista fue de \$13.666.938.755

Se obtiene la diferencia entre el valor neto cobrado por el contratista \$15.203.960.583 contra el valor neto ajustado

resultado del análisis de la Sala: \$13.666.938.755, obteniendo una diferencia de \$1.537.021.828 que es el mayor valor pagado por la gobernación al contratista y que constituye la cuantía del peculado por apropiación en favor de terceros.

Establecido el mayor valor pagado al consorcio contratista por el suministro de la alimentación a los escolares del departamento, se hace necesario recordar que el peculado se consume cuando se sustrae el bien de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlo propio o de que un tercero lo haga. En este caso, los recursos oficiales objeto de la apropiación se pagaron al contratista cuando MONSALVO GNECCO aún ejercía como gobernador y fue en ese momento en el que se materializó la sustracción y se privó a la entidad territorial de los recursos, impidiéndole su disponibilidad material y jurídica¹⁵⁷.

En síntesis, conforme a lo anterior, para la Sala no cabe duda de que la conducta de peculado se consumó con la apropiación de los ingentes recursos que se pagaron de más por virtud de la ilegal contratación y liquidación del contrato de suministro de alimentos, de los que únicamente tenía la disponibilidad jurídica el acusado MONSALVO GNECCO por su condición de ordenador del gasto, siendo él el único servidor de la gobernación que podía autorizar u ordenar el pago de las cuentas de cobro con cargo al contrato y a su liquidación, apropiación de recursos en favor de terceros que provino del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control de la

¹⁵⁷ CSJ. SP. Rad. 38396 de 10 de octubre de 2012.

actividad contractual revisada, a los que estaba obligado por virtud de la delegación que confirió a sus secretarios de despacho.

De esto último, como se ha venido diciendo, emana el juicio de reproche, pues teniendo el deber de ejercer actos de orientación, dirección, seguimiento y control de toda la actividad contractual, los omitió apropiándose de los cuantiosos recursos del departamento destinados a la alimentación de los estudiantes de los colegios oficiales del Cesar, a favor de terceros.

Así, la apropiación del dinero público en favor de terceros no puede considerarse producto de la casualidad, la delegación del trámite, la celebración y liquidación del contrato, la inadecuada elaboración de los estudios previos, la exigencia de requisitos que solamente podía cumplir el consorcio favorecido, el aumento artificioso del costo unitario de la ración con inclusión de valores no justificados y en ocasiones inflados; el escaso rigor con el que se elaboró el presupuesto; la suscripción del contrato en tan precarias condiciones de legalidad de las que hizo caso omiso pretendiendo ser ajeno a su trámite, la ligereza con la que se procedió en la liquidación del contrato y el cuantioso sobrecosto que se generó; revelan una dinámica comisiva en la que el acusado lideró todas las acciones necesarias con el fin de apropiarse de los recursos públicos en pro del interés particular de terceros y en detrimento del erario departamental.

Ante tan evidente realidad es absolutamente incuestionable que el haberse tramitado, celebrado y liquidado el contrato de forma tan irregular con la provechosa aquiescencia del acusado, no solo configuró el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sino que a su vez constituyó el medio idóneo para apropiarse en provecho ajeno de los recursos del programa de alimentación destinado a los niños, niñas y adolescentes de las escuelas oficiales del Cesar, por la voluntad del gobernador MONSALVO GNECCO.

Del *iter criminis* ya reseñado puede concluirse que el gobernador acusado al permitir convenientemente tramitar, formalizar y liquidar el contrato en las condiciones en que se hizo, dio lugar a la apropiación de ingentes recursos públicos en provecho de terceros y, por tanto, materializó el delito de peculado, al facilitar que terceros accedieran ilegalmente a cuantiosos recursos destinados a la alimentación de los niños y niñas del Cesar.

Es claro entonces para la Sala la directa conexión entre los dos delitos, pues al establecer el compromiso penal del enjuiciado en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales ello se proyecta en el peculado en consideración a que del contexto de toda la situación emergen razones más que suficientes para asegurar que los sobre costos derivaron de las irregularidades en las etapas previas y, en particular, de la planeación presupuestal y de la liquidación del contrato donde se probaron profundas falencias que junto con las otras ya analizadas, permiten a la Sala colegir, que se trató de un

proceso amañado gestionado para soslayar los requisitos del contrato y la selección objetiva del contratista y de este modo apropiarse en favor de éste de los recursos públicos de los que da cuenta la actuación.

De otra parte, los recursos del erario departamental objeto de la apropiación se pagaron o autorizaron por MONSALVO GNECCO antes de que culminara su periodo constitucional, cuando era aún gobernador del Cesar, siendo ese el momento en que se consumó la apropiación, al privar al ente territorial de su disponibilidad, sin que forzosamente quien cumpliera la acción entrara a disfrutar o gozar de aquellos, basta para ello el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹⁵⁸.

Acerca de la apropiación, ha precisado la Corte que la norma hace alusión a que:

el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es, de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumir el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los recursos, lo que cometería sería otra figura delictual como un hurto o una estafa.

Es la disposición directa que se tiene sobre los bienes, lo que permite el legislador hacer uso de la partícula “se” para simbolizar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con clara lesión al bien jurídico de la administración pública, se destinen sin más a las de

¹⁵⁸ Cf. CSJ. SP. Rad. 38396 de 10 de octubre de 2012.

terceros¹⁵⁹.

También ha entendido la Corte, que este punible se ejecuta:

no solo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por razón de sus funciones ubicándose en situación de ejercer poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica.

En síntesis, conforme los anteriores presupuestos, no cabe duda que en este asunto la conducta se consumó con la apropiación ilegal de los recursos, cuya disponibilidad jurídica ostentaba el acusado MONSALVO GNECCO por razón de sus funciones de gobernador y ordenador del gasto, y en virtud de ello se apropió a favor de terceros de \$1.537.021.828.

Lo cierto es que en este proceso contractual nada se dejó al azar: las irregularidades en el trámite del contrato, la deficiencia de los estudios previos, el fraccionamiento de la contratación, la incorrecta estructuración del presupuesto que dio lugar a los sobrecostos, su celebración a pesar de todo esto y su liquidación sin contar con los soportes e información completa del estado de la ejecución del contrato, obedecen a una serie de actos criminales llevados a cabo para favorecer el

¹⁵⁹ Cf. CSJ. SP. Rad. 26450 de 8 de noviembre de 2007 y CSJ. SP. Rad. 20400 de 6 de abril de 2005.

interés de terceros en detrimento del erario departamental.

En tales condiciones es irrefutable que la comisión del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales constituyó el medio empleado para permitir que el contratista acrecentara ilegalmente su patrimonio, gracias a la voluntad del gobernador MONSALVO GNECCO, pues como acaba de demostrarse su participación fue eficiente para consumir la apropiación de recursos en favor de terceros.

Lo anterior conlleva a que su conducta encuadre en el tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros agravado, al disponer de los recursos en el monto atrás indicado en favor de terceros cuya administración le fue confiada con ocasión a sus funciones como gobernador del departamento del Cesar.

Como corolario puede asegurar la Sala que la conducta del aforado encuadra en el tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros agravado de dineros del Estado cuya administración le fue confiada por su condición de gobernador del departamento del Cesar durante el período constitucional 2012-2015 para el cual fue elegido popularmente.

En ese orden, se configura en grado de certeza el tipo objetivo del peculado por apropiación por el que se acusó a

LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, en condición de gobernador del Cesar en calidad de coautor.

6.2.2.2 Tipo subjetivo

La ponderación de los elementos materiales probatorios introducidos en el juicio oral, también transmiten a la Sala la certeza de que el acusado cuando cometió el punible sabía que se configuraba la apropiación en pro del contratista de los recursos públicos en la cuantía determinada por la Sala.

Esto puede predicarse de MONSALVO GNECCO, de quien, dadas las circunstancias probadas que rodearon los hechos puede inferirse sin duda que voluntariamente abandonó sus funciones como jefe de la administración que regentaba contenidas en la Resolución 004070 de 26 de octubre de 2009, Manual de funciones y de competencias de la gobernación (5.1.2.8), que le imponían cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (num. 3.1), dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento (num. 3.2), velar por la recaudación exacta de las rentas departamentales (num. 3.11), revocar los actos de los subalternos que sean contrarios a las leyes u órdenes superiores (num. 3.22), entre otras, permitiendo, a sabiendas, la pérdida de los recursos financieros departamentales.

Dadas las circunstancias anotadas y atendido el curso de los acontecimientos ya ampliamente reseñado puede

concluirse que sabía de su responsabilidad como jefe de la administración departamental y comprendía sin duda que de permitir la apropiación a favor del contratista de los recursos invertidos en los contratos incurriría en el delito de peculado y a pesar de ello, a sabiendas, provocó la apropiación, absteniéndose de cumplir con los deberes derivados de la delegación del proceso contractual.

Además, todas estas circunstancias llevan a la Sala a concluir que todo el proceso contractual se adelantó con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que él sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba, sin causa legalmente atendible, el bien jurídico de la administración pública y por contera se apropiaba en favor de terceros de dineros oficiales.

El resultado de todo esto fue, sin duda alguna, comprendido por el procesado, quien a pesar de ello no se detuvo y produjo voluntariamente el cuantioso detrimento a sabiendas de la complejidad de la contratación que se convenía, la cual no le era ajena, pudiéndose concluir que conocía las consecuencias y voluntariamente quiso que se produjera el resultado conocido.

Insiste la Sala, el resultado sin duda alguna, era comprendido por el exgobernador pues sabía que al apartarse de sus deberes de vigilancia y control del trámite, celebración y liquidación irregular de la contratación que delegó, los

recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva, lo cual garantizaría su apropiación, lo que permite concluir fundadamente que todo fue convenientemente proyectado para apropiarse de los recursos que habían sido destinados al suministro de la alimentación escolar con los cuales sería complementada la alimentación de los niños, niñas y adolescentes en edad escolar a quienes iba dirigido el programa.

Para la Sala es claro que el gobernador MONSALVO GNECCO sabía que su conducta desembocaría en la apropiación de los recursos y, no obstante, ese diáfano conocimiento, que necesariamente tenía por su formación profesional y vasta experiencia en el sector público, no se detuvo y dirigió su voluntad a la comisión del delito, que le permitió acceder a los recursos públicos y de este modo apropiárselos en favor de terceros.

No a otra conclusión puede arribarse si se toma en consideración lo impensable que resulta, que, ante tan ostensible cúmulo de irregularidades, muy notorias la mayoría, no se hubiera percatado de lo que ocurría, cuando para esto le bastaba un simple vistazo al trámite seguido, amén de su condición de economista con estudios de especialización con más de 13 años de experiencia profesional y trayectoria en el sector público, razonamiento que permite comprobar que deliberadamente incumplió con los deberes derivados de la delegación y de sus funciones para de esta forma tener acceso a los recursos oficiales y apropiárselos en favor de terceros.

Ahora bien, dado el decurso de los acontecimientos ya ampliamente reseñado puede concluirse que el procesado sabía de su responsabilidad como cabeza de la administración y comprendía sin duda que de apropiarse en favor de terceros de los recursos del PAE incurriría en el delito de peculado, a pesar de ello, no se detuvo, dando lugar deliberadamente al peculado.

El resultado sin duda alguna era comprendido por el gobernador, pues sabía que, al suscribir una contratación irregular, los recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva lo cual garantizaría su apropiación, lo que permite concluir fundamentadamente que todo fue perfectamente calculado para que el contratista terminara beneficiado ilegalmente con los recursos destinados al programa de alimentación escolar de la niñez escolarizada del departamento del Cesar.

En suma, LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, como economista, especialista en evaluación social de proyectos, en ejercicio de sus funciones públicas como gobernador por espacio de algo más de tres años, sabía perfectamente que tramitar contratos con violación de sus requisitos legales y celebrarlos o liquidarlos sin verificar las condiciones de legalidad y apropiarse de recursos públicos en pro de terceros, quebrantaba el bien jurídico de la administración pública.

Probado en grado de certeza que MONSALVO GNECCO conocía suficientemente los elementos del tipo objetivo y que a pesar de eso encaminó su voluntad a su materialización, no deja duda de que en su caso se configura el tipo subjetivo del peculado por apropiación, por haber obrado dolosamente, ya que no obstante orientó su voluntad a la apropiación de dineros públicos en favor de terceros en la cuantía antes determinada.

6.2.2.3 Antijuridicidad

Como se dijo antes, para la configuración de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe presentarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad¹⁶⁰.

En el caso presente, la conducta endilgada al acusado además de típica de peculado es antijurídica en tanto su proceder no solo formalmente contravino la normatividad penal, sino de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al permitir que terceros se apropiaran de recursos del erario departamental en detrimento de sus

¹⁶⁰ Cf. CSJ. SP. radicado 38103 de 30 abril de 2013.

finanzas, produciendo, como se probó, un evidente menoscabo patrimonial de los recursos del departamento del Cesar.

Pudo probarse fehacientemente la apropiación de ingentes recursos del departamento del Cesar en favor de terceros particulares que acrecentaron su patrimonio en cuantía \$1.537.021.828, probándose no solo la antijuridicidad formal sino también la material, por la lesión efectiva del bien jurídico de la administración pública tutelado por el legislador, sin que en favor concurra una causal de exclusión de la antijuridicidad.

6.2.2.4 La culpabilidad

La culpabilidad no es otra cosa que el juicio de reproche en virtud del cual se le atribuye al sujeto activo de la conducta la comisión de un delito porque dadas sus condiciones personales y sociales al tiempo de su realización se encontraba en condiciones de orientar su comportamiento conforme a derecho y no lo hizo.

Acorde con la objetividad que la actuación ofrece, en ningún momento se ha sugerido que al realizar cada una de las conductas atribuidas al procesado, este no se encontrara en pleno uso de sus facultades y capacidades cognitivas que le hubieran impedido comprender la ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, y tampoco concurre en su favor alguna de las causales de ausencia de responsabilidad

previstas en el artículo 32 del Código Penal. LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO libremente decidió proceder antijurídicamente para ubicarse en el campo de la criminalidad, y lesionar sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, por lo que debe responder penalmente por la comisión del injusto penal de peculado por apropiación agravado en favor de terceros.

Vistos los elementos de convicción obrantes en la actuación, no se pone en duda que LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, al realizar los hechos objeto de reproche se encontraba en uso de sus plenas capacidades cognitivas que le permitían conocer la ilicitud de sus actos y determinarse conforme con ese conocimiento, por ende, debe ser tenido como persona imputable.

La forma premeditada y calculada como se desarrolló y ejecutó el *iter criminis*, principiando por la delegación conferida a sus secretarios para todas las etapas de la contratación; la apariencia de legalidad que pretendieron imprimirle a todo el trámite desde los estudios previos, su irregular celebración y fraudulenta liquidación, todo lo cual desembocó en la defraudación de los recursos departamentales, permiten a la Sala asumir fundadamente que MONSALVO GNECCO estuvo siempre en capacidad de comprender la ilicitud de su conducta, sin embargo, pese a ese conocimiento, en lugar de ajustarla a derecho, voluntariamente optó por consumirla con las consecuencias de que da cuenta la actuación.

Ya se dijo al estudiar el tipo subjetivo (5.2.1.2), que las condiciones personales y profesionales, además de su experiencia en el sector público permitieron inferir que el gobernador sabía de la ilicitud de la conducta y, a pesar de ello quiso su realización, siéndole en consecuencia exigible una conducta acorde a derecho porque conocía de su ilicitud y estaba en condiciones de determinarse libremente conforme a esa comprensión. Es aquí donde radica el juicio de culpabilidad, máxime que no obra en su favor una circunstancia que la excluya.

Así entonces, se acreditó en grado de certeza la culpabilidad del acusado.

De otro lado, la acusación edificó la atribución de responsabilidad en calidad de coautoría impropia, porque el acusado controló todo el proceso contractual desde el comienzo omitiendo deliberadamente los deberes de dirección, control y vigilancia derivados de la delegación, con el propósito de darle apariencia de legalidad al proceso y a la vez evadir su responsabilidad, y obtener el fin último de apropiarse indebidamente de recursos públicos a favor de terceros.

En efecto del análisis hecho se infiere que MONSALVO GNECCO tenía conocimiento de sus funciones como gobernador del departamento de Cesar, por tanto, sabía que era el responsable de ordenar y dirigir la celebración de la contratación, de ejercer el control, supervisión y vigilancia de

la tramitación y celebración del contrato 1178-02-2015 y a partir de dicho conocimiento decidió voluntariamente a través de su delegado iniciar, suscribir y liquidar el contrato sin la observancia y cumplimiento de los requisitos esenciales, y omitir realizar el control, supervisión y vigilancia que legalmente le competía en las tres fases del proceso contractual.

De la valoración probatoria se deduce sin duda que la delegación, se insiste, fue el ardid creado para soslayar su responsabilidad y, además, que la omisión del cumplimiento de esos deberes fue deliberada, conclusión que deriva de la revisión del manual de contratación expedido por el procesado en el que se regula lo atinente a la delegación de la contratación y los deberes surgidos de ésta, que permitió inferir que el gobernador sí sabía que al delegar la contratación surgían para él como delegante los deberes de instrucción, control y vigilancia necesarios para que su desarrollo se ajustara a los principios de la Ley 80 de 1993, deduciéndose lógicamente que los omitió adrede.

Y, si esto ocurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es lógico deducir que la apropiación no fue el producto de la casualidad, la delegación del trámite, la celebración y liquidación del contrato, la omisión consciente de ejercer las obligaciones derivadas de la delegación, la inadecuada elaboración de los estudios previos, la exigencia de requisitos que solamente podía cumplir el consorcio favorecido, el aumento artificioso del costo unitario de la ración con inclusión de valores no justificados y en ocasiones inflados, el

escaso rigor con el que se elaboró el presupuesto, la suscripción del contrato en tan precarias condiciones de legalidad de las que hizo caso omiso pretendiendo ser ajeno a su trámite, la ligereza con la que se procedió en la liquidación del contrato y el cuantioso sobrecosto que se generó; revelan una dinámica comisiva en la que el acusado lideró todas las acciones necesarias con el fin de apropiarse de los recursos públicos en pro del interés particular de terceros y en detrimento del erario departamental; en otros términos, se infiere que se trató de un proceso amañado, gestionado para eludir los requisitos del contrato y la selección objetiva del contratista y de este modo apropiarse en favor de éste de los recursos públicos que fueron pagados cuando él era aún gobernador, siendo éste el momento consumativo de la apropiación.

En relación con la coautoría impropia¹⁶¹ en específico, es evidente que confluyen sus elementos, hubo acuerdo de voluntades entre el acusado y por lo menos dos de sus secretarios de despacho a quienes delegó la celebración y liquidación del contrato, distribución de funciones y aporte objetivo trascendente. En el proceso contractual nada se dejó al azar: las irregularidades en el trámite del contrato, la omisión de ejercer los deberes de control, instrucción y vigilancia, la deficiencia de los estudios previos, el fraccionamiento de la contratación, la incorrecta estructuración del presupuesto que dio lugar a los sobrecostos, su celebración a pesar de todo esto y su liquidación sin contar

¹⁶¹ Cf. CSJ. SP. Radicado 43772 de 18 de junio de 2014. En ese mismo sentido SP. Radicado 38725 de 22 de enero de 2014.

con los soportes e información completa del estado de la ejecución del contrato; obedecen a una serie de actos criminales llevados a cabo para favorecer el interés de terceros en detrimento del erario departamental y, por contera, que todo se desarrolló como fruto del acuerdo de voluntades orientado a la apropiación de los recursos por parte de terceros, imprimiéndole una aparente legalidad al proceso contractual.

Ciertamente todo el contexto es claramente indicativo del cumplimiento de dichos elementos: el acuerdo de voluntades surge del hecho probado de la delegación en sus secretarios de despacho de todas las etapas de la contratación que efectuó el procesado con el único propósito de eludir su responsabilidad; el trámite y celebración irregular del contrato y su liquidación, su deliberada omisión de ejercer los deberes de instrucción, control y vigilancia, y la distribución de funciones en la que cada uno de los mancomunados cumplieron a cabalidad para lograr el éxito total de la empresa criminal, todo lo cual lleva a concluir que el proceso contractual fue controlado por el acusado delegando el trámite, celebración y ejecución del contrato.

De no haber mediado el acuerdo tácito o expreso habría sido imposible obtener el fin propuesto, pues el grueso cumulo de irregularidades advertidas en todas las fases del proceso de contratación eran fácilmente detectables, y si las pasó por alto el gobernador fue precisamente en cumplimiento de su aporte objetivo esencial, junto con la delegación, con el fin de adjudicar arbitrariamente el contrato y apropiarse de los

recursos en favor de éste, de ahí que no haya duda sobre su intervención a título de *coautor impropio*.

En conclusión, acreditados los requisitos contenidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y acogiendo la solicitud de condena de la fiscalía, en consonancia con los cargos probados, la Sala declarará a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO como coautor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

7. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Siendo las conductas ejecutadas por el procesado típicas, antijurídicas y culpables se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme a los criterios de dosificación instaurados por el legislador y por la jurisprudencia.

7.1 Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

De acuerdo con lo normado por el artículo 31 del Código Penal, para dosificar la sanción en los casos de concurso heterogéneo de conductas punibles, el funcionario judicial debe partir de la castigada con la pena más grave. Por ello, se calculará individualmente la imponible para cada delito según las circunstancias específicas, aumentada hasta en otro tanto, sin superar la suma aritmética de las que corresponda a las

respectivas conductas punibles debidamente dosificadas en cada caso.

7.1.1 Pena de prisión

En cuanto al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal), aplicable por razón de la fecha de los hechos, tiene como sanción entre 64 y 216 meses de prisión. El ámbito de movilidad es de 38 meses¹⁶². Los cuartos son: el primero oscila entre 64 y 102 meses; los dos cuartos medios de 102 meses más un día a 140 meses y de 140 meses más un día a 178 meses; y el cuarto máximo entre 178 meses un día y 216 meses. La inhabilitación es de 80 a 216 meses; el ámbito de movilidad es de 34 meses¹⁶³; los cuartos: de 80 a 114 meses; de 114 meses más un día a 148 meses; de 148 meses más un día a 182 meses; y, de 182 meses más un día a 216 meses. La multa es de 66.66 a 300 smlmv, siendo el ámbito de movilidad 58.33 meses¹⁶⁴, en consecuencia, el primer cuarto va de 66.66 a 124.99; los medios de 125 a 183.33 y de 183.34 a 241.67; y el máximo de 241.68 a 300 smlmv.

En el escrito de acusación la fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad respecto de este delito, pues en la mención a estas y en su desarrollo no plantea ninguna referencia al delito de contratación sin requisitos legales, por lo que se entiende que las tres circunstancias

¹⁶² Cada cuarto es de 38 meses (152 dividido entre 4).

¹⁶³ Cada cuarto es de 34 meses (136 dividido entre 4).

¹⁶⁴ Cada cuarto es 58.33 smlmv. (233.34 dividido en 4).

atribuidas de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del C. P., lo son respecto del delito de peculado, al que sí refiere al empezar su argumentación.

Esta conclusión se infiere de la escueta redacción plasmada en el escrito de acusación que sirvió como sustento de cada una de estas, según se advierte a folio 59 de dicho escrito.

Al abordar la sustentación de la imputación de las circunstancias de mayor punibilidad la fiscalía se limitó a transcribir los tipos penales de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y a continuación las pertinentes del artículo 58 del C. P., estas son las de los numerales 1, 9 y 10, para finalmente rematar:

Lo anterior, esto es, sobre las circunstancias de mayor punibilidad, porque: (i) debido a que los «dineros apropiados» corresponden a los dados por la nación para satisfacer las necesidades de educación y alimentación de los menores de edad, quienes son sujetos de especial protección constitucional; (ii) por la posición distinguida del doctor LUIS ALBERTO MONSALVO, como gobernador del departamento del Cesar, así como los recursos económicos que le permiten llevar un nivel de vida superior al promedio de los ciudadanos colombianos, circunstancia diferente a la de simplemente ser servidor público; (iii) por su parte a coparticipación criminal radica en que obró en compañía de algunos subalternos, como secretarios (de educación, jurídico, hacienda y jefes de oficina, entre otros), así como con los contratistas, en razón a que solo el gobernador tiene fuero constitucional, es que aquí se sigue este proceso solo contra el citado. (Subrayado agregado).

Obsérvese entonces que cuando en la acusación se hace referencia a «*dineros apropiados*», como se subrayó, se entiende que lo es respecto del delito de *peculado por apropiación*, y lo mismo en cuanto a las demás circunstancias que indica a continuación, pues en ninguna de ellas alude a la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ni explica la fiscalía, por ejemplo, si por tratarse de dineros *destinados* a la educación y alimentación de menores, en el que el objeto material no es la hacienda pública, sino la legalidad de la contratación, también le es atribuible al delito contractual la circunstancia del artículo 58-1 del Código Penal.

Sobre la necesidad de sustentar fáctica y jurídicamente las circunstancias de mayor punibilidad con la suficiente claridad que permita ejercer frente a ellas el cabal ejercicio de defensa, la Sala en la SEP096-2022, radicado 00383 de 3 de agosto, sostuvo:

En este parámetro fáctico que a juicio del fiscal consolida la configuración de la agravante bajo examen, no se advierte que el delegado destaque bajo qué particularidades, diferentes al cargo de magistrado que ostentaba el acusado al momento de ocurrencia de los hechos objeto de imputación, se estructura la condición distinguida por virtud de la posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

Ante esta carencia, lo que se advierte sin discusión es que tales situaciones que hacen parte de las que el legislador plasmó como constitutivas de la posición distinguida, no fueron imputadas con la autonomía fáctica y argumentativa que les es propia para dar lugar a su estructuración y permitir un adecuado contradictorio, pues el representante del ente persecutor se limitó a verbalizarlas conforme se encuentran recogidas en la norma sustantiva penal, para finalmente hacerlas derivar exclusiva e inescindiblemente de la calidad de magistrado que recaía en el

acusado, como si fueran meras expresiones semánticas, que sin contenido propio acompañaran el cargo ostentado por el procesado, cuando en realidad fueron tenidas en cuenta por el legislador como situaciones con plena autonomía y sentido, seleccionadas para configurar la posición distinguida que el procesado ocupa en la sociedad.

El criterio de la Sala en esa oportunidad tuvo apoyo en decisión de la Sala de Casación Penal que respecto del mismo asunto se pronunció así:

*“Reitera así la Corte la tesis adoptada desde la providencia del 23 de septiembre del 2003, radicado 16.320, según la cual las circunstancias de agravación deben ser imputadas **fáctica** y jurídicamente en la resolución acusatoria, en la que además insistió, si bien con algunos matices respecto de los procesos que terminan de manera temprana, al revisar el tema a propósito de la aplicación de la Ley 906 del 2004”¹⁶⁵.*
Negrilla del despacho

Y para rematar agregó la Sala:

No puede pasarse por alto que el eje central del derecho de defensa, inmerso en el principio de congruencia, se funda en la clara y precisa narración de los hechos que dan lugar a la imputación de cargos, incluidas obviamente las circunstancias de agravación punitiva. Tales supuestos fácticos deben definir su consolidación y estructura de manera inequívoca, sin que le sea dado al fallador deducirlas cuando no fueron descritas por sus contornos fácticos en la imputación o acusación por el delegado del órgano requirente, pues su sola enunciación jurídica no cubre el presupuesto de garantía defensiva que le es consustancial, especialmente en los procesos abreviados, escenarios en los cuales se reclama con mayor precisión la tipificación de la conducta, pues la aceptación de responsabilidad conlleva la renuncia del procesado a sus derechos a no autoincriminación y a contar con un juicio oral y público.

¹⁶⁵ Sentencia de 22 de junio de 2006, rad. 24817.

Es por esto que en este caso, la Sala opta por no atribuir las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pese a que la fiscalía al parecer las imputó a ambos punibles, pero finalmente no las desarrolló fácticamente, al menos respecto de este último delito.

En relación con las circunstancias de menor punibilidad se impone reconocer la del numeral 1° del artículo 55 *ibidem*, por no haberse demostrado la existencia de antecedentes penales.

Sigue a continuación ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, que, para el caso, teniendo en cuenta que obra únicamente una circunstancia de menor punibilidad, la movilidad debe situarse en el cuarto mínimo.

Tomando en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 como la gravedad de la conducta, el daño real causado a la administración pública, la máxima importancia del cargo que ocupaba el procesado como la más alta dignidad en el departamento, la mayor intensidad del dolo en la comisión de los punibles que se vislumbra con el accionar claramente intencional, la necesidad de la pena para que esta clase de conductas no queden impunes por el enorme perjuicio y pésimo mensaje que envían al conglomerado social, que cada día cree menos en las instituciones, para efectos de la tasación

de la pena de prisión, debe situarse para empezar, en el cuarto mínimo, por concurrir a la conducta, como se dijo, solamente una circunstancia de atenuación punitiva, y tomando además en cuenta la afectación en todos los órdenes causada, la necesidad de la pena y las funciones resocializadora y preventiva que cumpliría en este caso, estima la Sala, que al mínimo del primer cuarto debe adicionarle tres (3) meses más, equivalente a un 7.89 por ciento del rango de movilidad, por tanto, la pena de prisión por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se fija en sesenta y siete (67) meses teniendo en cuenta los criterios previstos en el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, de cara a las particularidades que rodearon la ejecución de la conducta¹⁶⁶.

7.1.2 Pena de multa

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de multa para este delito que oscila entre 66.66 y 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siendo el primer cuarto de: 66.66 a 124.99; el segundo cuarto de 125 a 183.33; el tercer cuarto de 183.34 a 241.67; y el último cuarto de 241.68 a 300 smmlv.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas y la proporción impuesta para la pena de prisión, la Sala a partir del mínimo del primer cuarto, impondrá una pena de multa por este punible de setenta y uno punto veintiséis (71.26) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de

¹⁶⁶ Cfr. CSJ SP 2239 de 201, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

los hechos, que se deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022.

7.1.3 Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

El artículo 410 del Código Penal señala una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de 80 a 216 meses, siendo el primer cuarto de: 80 a 114 meses; el segundo cuarto de 114 meses más un día a 148 meses; el tercer cuarto de 148 meses más un día a 182 meses; y el último cuarto de 182 meses más un día a 216 meses.

Ahora bien, tomando en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 y reseñados al momento de señalar la pena de prisión, para efectos de la tasación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe situarse para empezar, en el cuarto mínimo, y dadas las circunstancias anteriores y la proporción aplicada para la pena de prisión, la Sala impondrá por este delito, la pena de inhabilitación de ochenta y dos punto sesenta y ocho (82.68) meses.

7.2 Peculado por apropiación en provecho de terceros agravado

7.2.1 Pena de prisión

El delito de peculado por apropiación en provecho de terceros descrito en el artículo 397 del Código Penal tiene una pena que oscila entre 96 y 270 meses de prisión. Cuando la cuantía supera los 200 smlmv, como en este caso, el inciso segundo de artículo citado dispone que la pena anterior se aumenta *hasta* en la mitad, incremento que por virtud del artículo 60 del Código Penal se aplica al máximo quedando la pena de prisión entre 96 y 405 meses. El ámbito de movilidad es de 77.25 meses. Los cuartos son: el primero entre 96 a 173.25 meses; los dos cuartos medios de 173.25 meses más un día a 250.5 meses y de 250.5 meses más un día a 327.75 meses; y el cuarto máximo entre 327.75 meses más un día y 405 meses.

De acuerdo con la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal, no es necesario analizar de manera pormenorizada todos y cada uno de sus factores, ya que el juez de acuerdo con las peculiaridades de cada caso puede destacar la importancia de uno por encima de otro¹⁶⁷.

Para este delito se tendrá en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 1 del artículo 58 del Código

¹⁶⁷ CSJ. SP2235-2015 de 4 de marzo, rad. 45099; y, CSJ SP. Rad. 41350 de 30 abril de 2014.

Penal por haber recaído el peculado sobre recursos destinados a satisfacer las necesidades de educación y alimentación de la niñez y adolescencia de estudiantes del departamento en condiciones de pobreza que le fuera imputado en la acusación. También obra en su contra la circunstancia del numeral 9 por su posición distinguida en la sociedad dada la calidad de gobernador y también por su posición económica; y la del numeral 10 por haber obrado en coparticipación criminal toda vez que en el delito intervinieron subalternos suyos y contratistas, contra los que se sigue también proceso criminal, como se infiere de la actuación.

En opinión de la Sala la atribución de la circunstancia del numeral 1 del artículo 58 no viola el principio *non bis in idem*, pues si bien la naturaleza de los recursos es pública y por tanto coincide con el objeto material del peculado, el desvalor de la conducta no obedece a su naturaleza, sino al hecho de su *destinación*, como quiera que se trata de recursos que debieron aplicarse a actividades de utilidad común en beneficio de niñas, niños y adolescentes escolarizados de poblaciones vulnerables, con lo cual se colman los presupuestos de la agravante genérica deducida.

En relación con el desvalor de la conducta de peculado por el hecho de la *destinación* de los recursos a la satisfacción de ciertos tipos de necesidad, ya la Corte en pasada oportunidad hizo claridad sobre el asunto en los siguientes términos:

Respecto de la aplicación de la causal 1ª del artículo 58 del Código Penal, no existe duda sobre su legalidad, toda vez que fue imputada oportunamente en la acusación.

La impugnante parte de un supuesto equivocado. Es verdad que los recursos del ISS son parafiscales y por ende públicos; pero su atribución no obedece a dicha naturaleza, sino al hecho cierto de su destinación, como quiera que deben utilizarse en la prestación de salud y seguridad social para los afiliados y sus beneficiarios, esto es, son de utilidad común y por supuesto establecidos en beneficio de la comunidad, con lo cual se colman los presupuestos de la agravante genérica deducida¹⁶⁸ (Énfasis agregado).

Y no puede ser de otra forma si se considera que la norma citada atribuye un mayor desvalor a la conducta que recae sobre bienes o recursos *destinados* a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. En otros términos, no se agrava la conducta por la naturaleza pública de los dineros, lo que de suyo va implícito en el peculado, sino por el hecho de que estos tengan una *destinación* específica para la satisfacción de una de las dos necesidades indicadas en la norma.

En este asunto, la fiscalía le imputó como circunstancia de mayor punibilidad la posición distinguida que el sentenciado ocupaba en la sociedad por su cargo (numeral 9 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000). La concurrencia de esta circunstancia en el procesado se traduce en una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades individuales y sociales, lo cual explica que el delito cometido se considere más grave¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cf. CSJ. SP846-2020, radicado 56434 de 11 de marzo de 2020.

¹⁶⁹ Cf. CSJ. SP7633-2016 de 8 de junio de 2016, rad. 38999.

En términos de la Corte Constitucional, esta causal de agravación no es “*gratuita*” sino que surge:

a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los “distinguidos”, eso es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos –a quienes más se ha dado de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico¹⁷⁰.

En ese sentido, de la sola contrastación entre la acusación y lo probado en el juicio, emerge nítida la circunstancia de agravación punitiva, puesto que, para agosto de 2015, fecha en la que se celebró de forma irregular el contrato y fueron entregados los recursos dispuestos para su ejecución, MONSALVO GNECCO era el gobernador del Cesar cargo para el cual había sido elegido por voto popular.

El cargo que para entonces ostentaba el acusado sin duda alguna corresponde al más alto en la estructura de la rama ejecutiva departamental, por lo que puede afirmarse que ocupaba un lugar privilegiado en la sociedad y en esa misma medida un reconocimiento social, que le demandaba una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades como administrador y jefe de la administración departamental, así como el acatamiento de la Constitución y las normas de contratación estatal, lo cual explica que los delitos cometidos se consideren graves.

¹⁷⁰ Cf. Corte Constitucional sentencia C-038 feb.19 1998.

Tampoco viola el principio *non bis in idem* la atribución de la circunstancia de mayor punibilidad del 58-10, como lo planteó la defensa en el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, pues el hecho de atribuírsele responsabilidad a título de coautor y a la vez obrar en coparticipación criminal en manera alguna constituye una doble imputación. Mientras que la primera es la calificación de la forma de intervención en el punible, la segunda es un mayor juicio de reproche que formula la ley por estimar que al concurrir un número plural de individuos en la conducta se hace más grave la intensidad del dolo y más probable el aseguramiento del éxito del propósito criminal.

En esa misma línea, la Corte en sentencia SP-2847-2020, radicado 52567 de 5 de agosto de 2020, descartó la violación del axioma *non bis in idem* cuando se imputan la coautoría y al mismo tiempo la circunstancia de mayor punibilidad del 58-10 del Código Penal, es decir, por haberse obrado en coparticipación criminal. Al respecto la Corte señaló:

Dada la claridad conceptual derivada de las nociones de autoría y coautoría como formas de intervención en el delito y de coparticipación como circunstancia agravante cuando quiera que media la participación de varias personas en su realización; adviértase de una vez que no existe la incompatibilidad lesiva del principio non bis in idem a que se alude en este aspecto de la censura, mucho menos, como se verá, cuando la primera precisa de un esquema comprensivo de los aportes individuales que se engloban en la producción de un único hecho delictivo imputable a todos cuantos intervienen en dominio funcional del mismo, en tanto que la coparticipación está referida a la mediación que justamente tienen varios individuos (autores, determinadores o cómplices) en su ejecución, sin sujeción al codominio funcional que les es predicable.

Por ende, la coautoría se afirma de aquel volumen de actos coordinados que deben valorarse con un sentido unitario de realización a todos los intervinientes bajo el mismo grado de atribución, es decir, que debe hacerse una valoración global de los aportes bajo la noción del dominio funcional del hecho; mientras que la coparticipación criminal como circunstancia agravante afirma la intención de diversas personas sin distinguir el título de la imputación que les corresponde a cada una.

La tesis de la defensa solamente es admisible en casos en que la circunstancia de mayor punibilidad haya sido previamente prevista o valorada como elemento del tipo y posteriormente como circunstancia de agravación, por ejemplo, ante hipótesis delictuales como el concierto para delinquir, que requiere un número plural de personas para su configuración y, por ende, para su pena no podría tenerse en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad relacionada con la intervención de varios individuos del 58-10 del Código Penal, eso no ocurre en este caso.

Otro tanto sucede con la solicitud de que se reconozca la existencia de la causal de menor punibilidad del numeral 7 del artículo 55 del Código Penal en concordancia con el numeral 10 *ibidem*, es decir, presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta, pues en este caso si bien no hay duda de que el procesado estuvo atento a los requerimientos que se le hicieron por cuenta de esta actuación, ello no describe en manera alguna la hipótesis de que trata la causal en comentario que implica una entrega física y casi que un reconocimiento del delito, lo que no sucede en este caso, amén de que MONSALVO GNECCO se encontraba bajo medida de aseguramiento de detención domiciliaria que en últimas le

impedía eludir los requerimiento de las autoridades, por tanto no se reconocerá esta circunstancia de menor punibilidad.

Para finalizar no puede perderse de vista que la diligencia de individualización de la pena y sentencia no tiene como finalidad abrir el debate probatorio sobre aspectos que debieron ser planteados en el juicio oral y los expuestos por la defensa respecto de las circunstancias de mayor y menor punibilidad no fueron materia de debate durante el juicio por lo que resulta inoportuno abordar ese análisis en este momento procesal.

Sobre este tema la jurisprudencia de la Corte ha dicho que en la audiencia para la individualización de la pena, acto procesal subsiguiente a la aprobación del acuerdo (artículo 351 ídem), o del anuncio del sentido de fallo condenatorio, los intervinientes solamente pueden referirse a «*las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable*» y a la probable determinación de la pena y la concesión de los sustitutos de la sanción, aspectos únicos sobre los cuales el legislador admitió alguna actividad probatoria (artículo 447 *ibidem*)¹⁷¹.

Del mismo modo que para el delito anterior, y por las mismas razones ya expuestas, la Sala reconocerá en favor de MONSALVO GNECCO la circunstancia de menor punibilidad del num. 1 del artículo 55 del Código Penal, esta es, la carencia de antecedentes penales.

¹⁷¹ Cf. CSJ. Radicado 25389 de 10 de mayo de 2006.

Atendido lo acabado de explicar frente a las solicitudes de la defensa, es dable concluir que en este caso concurren una circunstancia de menor y tres de mayor punibilidad, que implica en principio que la pena se ubique en uno de los dos cuartos de la mitad, la Sala, siguiendo la línea jurisprudencial¹⁷², seleccionará el cuarto medio que corresponda tomando en cuenta el número, la naturaleza y gravedad de las mismas.

Pues bien, revisadas la cantidad, la naturaleza y gravedad de las circunstancias de mayor y menor punibilidad indicadas llega la Sala a la conclusión que tienen mayor peso las primeras sobre la segunda por recaer la conducta sobre recursos destinados a actividades que suplen necesidades básicas de menores de edad de poblaciones vulnerables cuya pérdida ocasionó inconmensurables perjuicios dado que con su consumación se priva a unos niños de una de las necesidades más básicas del ser humano, situación a la que se le suma la condición de gobernador que fue aprovechada por el acusado para desviar recursos a manos de particulares en perjuicio del interés de los niños. En ese orden para los fines de la pena a imponer la Sala determina ubicar la pena en el segundo cuarto medio de movilidad este es, entre 250.5 meses más un día y 327.75 meses.

De acuerdo con los mismos criterios, circunstancias y proporción del 7.89 por ciento aplicadas para dosificar la pena de prisión por el delito anterior, que no concierne repetir, la Sala

¹⁷² CSJ. SP338-2019, radicado 47675 de 13 de febrero de 2019.

impondrá por el delito de peculado la pena de prisión de doscientos cincuenta y seis punto cinco (256.5) meses.

7.2.2 Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Conforme con el artículo 397 del Código Penal aplicable para la época de los hechos, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo término de la prisión por lo que se impondrá por este concepto los mismos doscientos cincuenta y seis punto cinco (256.5) meses.

7.2.3 Inhabilidad intemporal

Dado que a nombre de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO se emitirá condena por un delito de peculado que afecta el patrimonio del Estado, se impondrá la sanción intemporal prevista en el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política, conforme a la interpretación que de dicho precepto formuló la Corte Constitucional en su sentencia C-064 de 2003, acorde su desarrollo legislativo en el párrafo 2° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que señala:

Artículo 38.- Otras inhabilidades. (...)

Parágrafo 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido

o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

A partir de dicho aparte normativo, concluyó la Corte Constitucional que *«El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior».*

En conclusión, comoquiera que en el presente asunto se acreditó que el patrimonio del Estado fue afectado de manera directa, real y concreta como consecuencia de la conducta desvalorada de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, en tanto produjo un detrimento del patrimonio de la gobernación del departamento del Cesar, hay lugar a imponer la sanción intemporal de que trata el inciso quinto del artículo 122 *ibidem*, modificado por el cuarto del Acto Legislativo 1 de 2009, que a letra reza: *«no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado (...)*».

Lo anterior, se ajusta al caso de MONSALVO GNECCO, a quien se lo condena por el delito de peculado por apropiación.

7.2.4 Pena de multa

La multa corresponde al valor de lo apropiado sin que supere los cincuenta mil (50.000) smlmv que para el caso de MONSALVO GNECCO corresponde a la suma de \$1.537.021.828, que no supera los 50.000 smlmv de la época de los hechos¹⁷³, valor que deberá ser consignado a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho conforme lo prescribe el artículo 42 del Código Penal modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022.

7.2.5 Del concurso

Ahora bien, conforme con los lineamientos del artículo 31 del Código Penal, quien *“con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”*.

En este caso la pena más grave es la del peculado por apropiación por lo que la Sala para efectos de determinar la pena de prisión partirá de la deducida para este delito, es decir, doscientos cincuenta y seis punto cinco (256.5) meses de prisión, aumentada hasta en otro tanto sin que supere la suma aritmética de las dos penas individualmente dosificadas (art. 31 inc. 1 del Código Penal), por modo que aumentará cuatro (4)

¹⁷³ El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015 era de \$644.350.

meses más por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que equivale a una proporción de 5.97%, del máximo de pena de prisión a imponer por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales debidamente individualizada (67 meses), para un total de pena de prisión de doscientos sesenta punto cinco (260.5) meses a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO.

En relación con la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para efectos de individualizarla, la Sala partirá de los mismos doscientos cincuenta seis punto cinco (256.5) meses de prisión y la aumentará en cuatro punto nueve (4.9) meses que corresponde a la misma proporción del 5.97 por ciento deducida para la pena de prisión por el concurso con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para un total de pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos sesenta y uno punto cuatro (261.4) meses más la inhabilitación intemporal del artículo 122 de la Constitución.

Conviene precisar que la pena de inhabilitación temporal, en los términos del artículo 44 priva al condenado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales, en tanto que la intemporal a que hace referencia el artículo 122 inciso 5 de la Carta Política, implica la pérdida de los derechos a ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, a ser elegido o

designado como servidor público y a contratar con el Estado personalmente o por interpuesta persona.

La pena de multa en el concurso de acuerdo con el artículo 39-4 del Código Penal, corresponde a la suma de las multas impuestas por cada infracción en este caso, por razón del contrato sin cumplimiento de requisitos legales se impuso como multa setenta y uno punto veintiséis (71.26) smlmv para la época de los hechos a los que se sumarán \$1.537.021.828, por concepto del peculado, para una pena de multa total de mil quinientos treinta y siete millones veintiún mil ochocientos veintiocho pesos (\$1.537.021.828.) más setenta y uno punto veintiséis (71.26) smlmv para la época de los hechos, que deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 2197 de 2022 (art. 6).

8. DE LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

8.1 Suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, al referirse a la suspensión de la ejecución de la pena, señala que ésta se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, cuando la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

En este caso, atendiendo que la pena de prisión a imponer en su caso de 260.5 meses supera ampliamente el límite máximo de cuatro años señalado en la norma, la Sala negará a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO la concesión de este beneficio.

8.2 Prisión domiciliaria

De conformidad con el artículo 38B del Código Penal, la prisión domiciliaria como sustituta de la pena privativa de la libertad, procede: (i) cuando la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos; y, (ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Pues bien, en cuanto al elemento objetivo, esto es, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, en este caso concurre porque el punible de peculado por apropiación por el cual se condenará a este aforado, tiene prevista en la ley precisamente esa cantidad.

No obstante, el artículo 68A del Código Penal de 2000, con la modificación de la Ley 1709 de 2014, aplicable por la época

de los hechos, excluye de este beneficio los delitos contra la administración pública, como los del caso, razón por la cual se negará este beneficio a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO.

8.3 De la ejecución de la pena

Sobre este asunto pidió la defensa que no se haga efectiva la ejecución de la pena mientras no cobre ejecutoria la sentencia y haga tránsito a cosa juzgada, por tanto, no es necesario trasladar a su prohijado a un centro de reclusión, amén de que su comportamiento ha sido ejemplar y el fundamento de la medida de aseguramiento no fue el de asegurar su comparecencia al proceso.

Vista la solicitud, advierte la Sala que lo que en realidad pide el defensor es que se aplique al caso el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, que prevé que, cuando se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia condenatoria, mientras que el artículo 450 de la Ley 906 permite la captura con el anuncio del sentido del fallo.

Sobre la posibilidad de aplicar por favorabilidad normas de un estatuto a otro, la Corte¹⁷⁴ ha sido insistente en sostener que la actuación debe sujetarse, en principio, a las normas del sistema que preside el diligenciamiento, y que la aplicación favorable de algún instituto, con sacrificio del principio de

¹⁷⁴ Cf. CSJ. AP853-2021, radicado 58865 de 10 de marzo de 2021.

legalidad, solo es posible si no se desconoce la estructura conceptual del sistema llamado a gobernar la respectiva actuación (cf. CSJ. AP. rad. 27339 de 18 de marzo de 2009).

En la misma providencia que se cita sostuvo que la Corte ha establecido que la aplicación por favorabilidad de una norma de un estatuto a otro puede hacerse siempre que no implique la adopción de soluciones asistemáticas e inadmisibles, que choquen con las instituciones intrínsecas o inherentes al sistema de enjuiciamiento al que pretenden trasladarse.

Y más adelante señaló: en alusión específica al traslado de disposiciones de la Ley 600 de 2000 a la Ley 906 de 2004, la Sala ha sostenido que solo es posible en la medida que *«no comporte afectación de lo vertebral del sistema acusatorio, esto es, de aquellos rasgos que le son esenciales e inherentes y sin los cuales se desnaturalizarían tanto sus postulados y finalidades como su sistemática»* (CSJ. AP. 23567 de 4 mayo de 2005).

Es de recordar que cada sistema penal cuenta con su propia especificidad, en el marco de una sustancialidad y lógica que deben preservarse durante toda la actuación, precisamente para garantizar el debido proceso. En ese sentido, no puede perderse de vista que la Ley 600 de 2000 es un modelo mixto con tendencia inquisitiva, mientras que la Ley 906 de 2004 es un sistema con tendencia acusatoria.

Es más, indicó la Corte que cuando se reclama aplicar dentro del proceso acusatorio determinada norma del modelo mixto inquisitivo, dicha solicitud no es procedente si de ella se

desprende el trastrocamiento de su estructura. Además, la Corte ha consolidado una línea jurisprudencial en el sentido que no es posible acudir a la elaboración de una *lex tertia*, tomando de cada norma lo que favorece y desechando lo que no conviene o perjudica «pues, de este modo el operador jurídico confeccionaría una norma especial para el caso y, de contera, se atribuiría el rol de legislador»¹⁷⁵.

Agregó la Corte en la misma providencia que en reciente decisión (cf. CSJ. AP3329–2020, rad. 56180 de 2 de diciembre de 2020), explicó que «*existe una contradicción aparente en los términos, y formalmente el régimen del artículo 188 de la Ley 600 de 2000 es más favorable. Sin embargo, reconocer su aplicación implicaría desconocer la estructura conceptual del proceso y la sentencia*».

En efecto, el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, establece:

Acusado no privado de la libertad. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librára inmediatamente la orden de encarcelamiento [subrayado fuera de texto].

Y el canon 299 *ibidem*, prescribe:

Trámite de la orden de captura. Proferida la orden de captura, el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que

¹⁷⁵ Cf. entre muchas otras, CSJ AP782–2014, 24 feb. 2014, rad. 34099; CSJ SP2998–2014, 12 mar. 2014, rad. 42623; CSJ AP1684–2014, 2 abr. 2014, rad. 43209; CSJ AP4465–2015, 5 ag. 2015, rad. 45584; CSJ SP16558–2015, 2 dic. 2015, rad. 44840; CSJ SP15273–2016, 24 oct. 2016, rad. 46892; CSJ SP15528–2016, 26 oct. 2016, rad. 40383; CSJ SP16839–2016, 16 nov. 2016, rad. 44298; CSJ AP8309–2016, 30 nov. 2016, rad. 48616; CSJ SP13755–2017, 30 ag. 2017, rad. 50174; CSJ SP969–2018, 4 abr. 2018, rad. 46784; CSJ AP3649–2018, 29 ag. 2018, rad. 52021; CSJ AP5599–2018, 5 dic. 2018, rad. 53899 y CSJ AP2510–2019, 26 jun. 2019, rad. 54305.

emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto (...) [subrayado en esta oportunidad].

Por su parte, el artículo 188 de la Ley 600 de 2000, señala:

Cumplimiento inmediato. Las providencias relativas a la libertad y detención, y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato.

Si se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

De la normatividad en cita, lo primero que se advierte es que los motivos que sustentan la facultad de librar orden de captura para el cumplimiento del fallo en los dos estatutos, es sustancialmente distinto, y que esto, de entrada, marca un obstáculo a la pretensión de que se posponga la privación de la libertad en establecimiento carcelario, luego de habersele negado la prisión domiciliaria

En la Ley 600 de 2000, la posibilidad de disponer la captura anticipada del procesado depende de que exista medida de aseguramiento de detención preventiva vigente, sin beneficio de excarcelación, para cuyos efectos, como lo sostiene la defensa, se requiere el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 355 *ejusdem*, y adicionalmente ello, que se niegue la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En la Ley 906 de 2004, la orden de captura para el eventual cumplimiento de la sentencia no depende de la existencia de medida de aseguramiento de detención preventiva, sino que, (i) se haya emitido sentido de fallo condenatorio o dictado sentencia de primera instancia condenatoria, (ii) la condena implique sanción privativa de la libertad, y (iii) no proceda la suspensión condicional de ejecución de la pena ni penas sustitutivas (cf. CSJ. AP. Rad. 28918 de 30 de enero de 2008).

En cuanto a la captura en el mismo proveído que se ha venido citando, en las circunstancias descritas en el modelo de enjuiciamiento de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que el anuncio del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, una vez finalizado el debate público oral, constituye un acto procesal que forma parte de la estructura del debido proceso y vincula al juzgador con la decisión adoptada en la sentencia, conformando con esta una unidad temática inescindible.

Puntualmente, se dijo (cf. CSJ SP. Rad. 27336 de 17 de septiembre de 2007, reiterada, entre muchas otras, en CSJ SP12846-2015, rad. 40694 de 23 de septiembre de 2015):

[r]esulta incontrastable que la comunicación del juez sobre el sentido del fallo, acto con el que culmina el debate público oral, forma parte de la estructura básica del proceso como es debido y vincula al juzgador en la redacción de la sentencia.

Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances.

Siendo la sentencia, entonces, en el sistema acusatorio, un acto complejo, que se integra por el anuncio del sentido del fallo y la decisión, las consecuencias que se derivan de uno u otro acto siguen el mismo efecto. En concreto, el legislador previó la obligatoriedad del juez de conocimiento de pronunciarse sobre la libertad del procesado, y eso particularmente caracteriza a la Ley 906 de 2004, pues este sistema entiende que, ante la declaratoria de responsabilidad penal, al no posibilitarse la concesión de subrogados o penas sustitutivas, como aquí ocurre, lo que sigue es garantizar el cumplimiento de la pena.

Cabe agregar que, dentro de las dinámicas particulares del sistema acusatorio, luego de anunciarse el sentido del fallo, debe adelantarse la audiencia del artículo 447 *ejusdem*, «donde se concreta la individualización de la sanción, y se realizan los juicios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena, del cumplimiento de sus fines y de la procedencia de subrogados penales» (cf. CSJ SP2144-2016, rad. 41712 de 24 de febrero de 2016). Y al momento de proferir la sentencia, según se deduce de los preceptos 63 y 68A del Código Penal, el juez debe pronunciarse *sobre la libertad del implicado*, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la prisión domiciliaria.

Esto, para poner de presente que la definición sobre la libertad del procesado en el anuncio del sentido del fallo o al momento de proferir la sentencia, también conforma dicha unidad temática inescindible, y en ambos momentos el juez de conocimiento debe adoptar la decisión que corresponda. Desconocer esta característica del sistema acusatorio y no

aplicar o aplicar parcialmente las normas que regulan esas fases procesales, implicaría trastocar su estructura.

En conclusión, para casos regidos por el modelo de enjuiciamiento acusatorio, la pretensión de sustitución de la regulación prevista en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, por la del artículo 188 de la Ley 600 de 2000, es improcedente, porque responde a regulaciones estrechamente vinculadas con la estructura del sistema, con la sustancialidad y lógica del procedimiento que se acoge¹⁷⁶.

Dicha conclusión se aviene a la comprensión que desde tiempo atrás viene afirmando la Corte de los institutos de la detención domiciliaria y la prisión domiciliaria, los cuales, según ha dicho, ostentan naturaleza bien diferente.

Así lo dejó expresamente planteado la Corte en SP4945-2019, radicado 53863 de 13 de noviembre de 2019, citando la decisión “CSJ. SP. Radicado 25724 de 19 de octubre de 2006” (sic) en la que se analizaron la detención domiciliaria y la prisión domiciliaria.

*(...) advierte la Sala frente a esta propuesta, que de ninguna manera la nueva normatividad procesal modificó el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 sobre ese instituto, **pues una cosa es la detención domiciliaria, que procede en el trámite del proceso, y otra, muy distinta, la prisión domiciliaria que procede para la ejecución de la pena.***

Es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, la detención domiciliaria no exige límite punitivo, como está consagrado en el artículo 314, norma que en verdad tiene efectos sustanciales favorables en la

¹⁷⁶ Cf. CSJ. AP853-2021, *ibidem*.

regulación de este específico instituto, como lo reconoció la Sala en proveído del 4 de mayo de 2005, Rdo. 23.567.

Este trato benévolo se entiende porque en la filosofía del sistema oral acusatorio el querer del legislador fue restringir el cumplimiento de la detención bajo el régimen carcelario, para privilegiar, de manera general, un régimen que no esté sujeto a la severidad de la reclusión intramural, la que tendrá lugar únicamente cuando se considere necesario para los fines estrictamente señalados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Pero, esa regla general que rige en el trámite procesal no puede extenderse a los casos donde el Estado después de destronar la presunción de inocencia, condena al cumplimiento de una pena privativa de la libertad, porque en tales eventos la aplicación de la medida debe responder a otros fines distintos a los señalados en el referido precepto instrumental, que no son otros que los fines específicos de la pena establecidos en el artículo 4° del Código Penal -Ley 599 de 2000-.

La observancia de esos fines en la aplicación de la pena, necesariamente deben armonizarse con las exigencias legales establecidas en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 para la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, además de su requisito objetivo.

Para finalmente concluir:

[e]n la sistemática del nuevo Código Procesal Penal, la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, aquellos señalados en el citado artículo 314, distintos a los fines de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión, por lo que no puede entenderse reformado el artículo 38 del Código Penal por el citado artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Bajo esta perspectiva, tomando en consideración que el procesado se halla en detención domiciliaria la Sala dispondrá que para el cumplimiento de la pena se oficie inmediatamente al INPEC a fin de que traslade a MONSALVO GNECCO a un centro penitenciario para que se ejecute la pena aquí impuesta.

Para finalizar se ordenarán las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, en los términos fijados en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004.

Ejecutoriado este fallo, se ordenará remitir la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) que corresponda para lo de su competencia.

Por razón de lo expuesto, la **SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONDENAR a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como coautor responsable del punible de peculado por apropiación agravado en favor de terceros en concurso heterogéneo con el delito de contrato sin cumplimiento de requisito legales a las penas principales de: DOSCIENTOS SESENTA PUNTO CINCO (260.5) MESES DE PRISIÓN; inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por DOSCIENTOS SESENTA Y UNO PUNTO CUATRO (261.4) meses más la inhabilidad intemporal del artículo 122 de la Constitución y multa de MIL QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS

VEINTIOCHO PESOS (\$1.537.021.828) más SETENTA Y UNO PUNTO VEINTISÉIS (71.26) smlmv para la época de los hechos, que deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho, según lo motivado.

SEGUNDO. - NEGAR al sentenciado la condena de ejecución condicional, conforme a la razón expuesta en la motivación de esta providencia.

TERCERO. - NEGAR a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, de conformidad con las consideraciones expuestas en la motivación de esta sentencia.

CUARTO. - Para los fines de la ejecución de la sentencia ofíciase al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC– para que traslade inmediatamente al procesado a un centro penitenciario y carcelario a fin de que se ejecute la sentencia.

QUINTO. - EXPEDIR las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, en los términos fijados en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004.

SEXTO. - EN FIRME este fallo, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) que corresponda para lo de su competencia.

Contra esta sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 235 núm. 5 y 6 de la Carta Política, modificado por el artículo 1 del A. L. 01 de 2018.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario