



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILO CALDAS VERA
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Ponentes

SEP 066 - 2024

Radicado No. 47179

CUI 11001600010220120013601

Aprobado mediante Acta No. 55

Bogotá D. C., trece (13) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

VISTOS

Habiendo sido derrotada parcialmente la ponencia del Magistrado Jorge Emilio Caldas Vera, la Sala procede a dictar el fallo que en derecho corresponda en la causa seguida contra CIELO GONZÁLEZ VILLA, ex gobernadora del departamento de Huila, acusada por la Fiscalía General de la Nación de la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación a favor de terceros, con la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 55, numeral 1°, del Código Penal y la de mayor punibilidad descrita en el numeral 1° del artículo 58 del mismo ordenamiento.

SITUACIÓN FÁCTICA

En el auto AP2071-2020, de 26 de agosto de 2020, radicado No. 54929¹, la Sala de Casación Penal de esta Corporación la resumió de la siguiente manera:

“De conformidad con el pliego de cargos elevado por el representante de la Fiscalía General de la Nación, en el año 2011 se dio inicio en el departamento del Huila, al trámite correspondiente de la Licitación Pública Nr. SHLPCO 015-2011, el cual abrió su etapa preliminar de pre-pliegos el 07 de octubre de la misma anualidad, teniendo como objeto seleccionar un contratista para celebrar acuerdo de voluntades de concesión para la producción, distribución, comercialización y venta del aguardiente Doble Anís.

Electa la ciudadana CIELO GONZÁLEZ VILLA como Gobernadora del Departamento del Huila para el periodo 2012-2015 y una vez asumiera sus funciones, no continuó con el trámite de la Licitación Pública mencionada.

En su lugar, bajo la modalidad de selección de contratación directa, celebró tres (03) contratos interadministrativos de concesión para la producción, distribución, comercialización y venta de aguardiente Doble Anís, con la Fábrica de Licores de Antioquia (en adelante FLA), discriminados así:

- Contrato interadministrativo de concesión 069 de 14 de febrero de 2012, el cual tenía por objeto ‘la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de 700.000 unidades de aguardiente Doble Anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml’, con duración de un (01) mes.

- Contrato interadministrativo de concesión 0302 de 10 de mayo de 2012, cuyo objeto era ‘la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de 1.500.000 de unidades de aguardiente Doble Anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml.’, con duración hasta el 31 de octubre de 2012. Y finalmente, el

¹ Por medio del cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto que negó algunas pruebas.

- Contrato interadministrativo de concesión 0537 de 24 de agosto de 2012, para 'la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de 2.000.000 de unidades de aguardiente Doble Anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml.', con duración hasta el 31 de enero de 2013.

Para la realización de estos contratos interadministrativos, la Fiscalía estimó, que la Gobernadora ejecutó varios comportamientos externos y omitió otros, indicadores de un ánimo de favorecimiento o inclinación a beneficiar los intereses de la FLA, entre otros:

- Omitió hacer referencia a las diferentes posibilidades del mercado
- No plasmó análisis de la opción más favorable
- No se establecieron criterios de verificación habilitantes, ni factores de comparación, ni se hizo mención a las ventajas comparativas y los aportes de cada parte
- No hizo referencia al presupuesto de contratación, así como tampoco, se incluyeron los motivos por los cuales no se avanzó en el trámite de licitación
- Invitó a varias industrias a cotizar 700.000 unidades de aguardiente de anís en presentación de 375 mililitros, antes de seleccionar la modalidad de contratación
- En algunas contrataciones omitió invitar a otros oferentes
- Concedió términos muy cortos a las fábricas de licores convocadas para entregar sus propuestas
- No ofreció respuesta alguna a las solicitudes de prórroga, elevadas por las licoreras de Caldas y Cundinamarca
- Ocultó que las Licoreras de Caldas y Cundinamarca, hubiesen presentado solicitud de prórroga
- Exigió al contratista contar con registro INVIMA para la producción del licor, requisito que se conocía, sólo cumplía la FLA.
- Realizó en iguales fechas contratos y resoluciones justificativas de la modalidad de contratación y
- En reunión anterior a los estudios previos, acordó con la FLA los términos económicos del contrato.

Adicionalmente, tanto en las resoluciones, como en los estudios previos de la contratación y contratos interadministrativos, elaboró documentos públicos donde se afirmaron hechos contrarios a la verdad.

Finalmente, señaló el representante del ente acusador, que la Gobernadora GONZÁLEZ VILLA omitió realizar los controles pertinentes a la inversión en publicidad acordada en los contratos interadministrativo 0069 y 0537, ocasionando el detrimento del erario público, en cantidad de doscientos once millones ciento noventa y un mil ochocientos noventa y cinco pesos (\$211.191.895.00), de los cuales injustificadamente se apropió la FLA”.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PROCESADA

CIELO GONZÁLEZ VILLA, identificada con la C.C. No. 51.854.409, nacida en Bogotá el 13 de marzo de 1967, hija de Melba y Carlos Julio, abogada, con estudios de posgrado en derecho público, residente en la calle 90 # 8-31, apartamento 301, de Bogotá².

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Según el escrito de acusación, los días 22, 27 de julio y 5 de agosto de 2015 se llevó a cabo la audiencia de imputación ante un magistrado con función de control de garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por parte de la fiscal segunda delegada ante esta corporación.

2. El 23 de noviembre de 2015, la misma funcionaria presentó escrito de acusación³ y el 25 de julio de 2016 se efectuó la audiencia de su formulación oral, diligencia en la cual le atribuyó a la otrora gobernante del Huila la comisión de los delitos consumados de interés indebido en la celebración de los contratos 069 de 14 de febrero, 302 de 10 de mayo y 537 de 24 de agosto, todos de 2012, diez falsedades ideológicas en documento público (ocho como autora material y dos como autora jurídica) y dos peculados por apropiación a favor de la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia, uno de ellos agravado por la cuantía -superior a 200 SMLM-, conductas punibles en las cuales concurren la circunstancia genérica

² Folios 4 a 7 del cuaderno soporte de las estipulaciones y 3 de la carpeta 1.

³ Folios 3 a 166 de la carpeta 1.

de menor punibilidad prevista en el artículo 55-1 y la genérica de mayor punibilidad descrita en el artículo 58-1, del Código Penal.

3. Realizada la audiencia preparatoria⁴, el juicio oral se instaló el 3 de noviembre de 2021⁵ y tras varias sesiones⁶ culminó el 15 de febrero de 2023⁷.

4. Fecha, la Sala emitió sentido de fallo así: de carácter condenatorio en lo que concierne a tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos y dos falsedades ideológicas en documento público y absolutorio en relación con ocho delitos de falsedad ideológica en documento público y dos peculados por apropiación a favor de terceros.

ACUSACIÓN

Tanto en el escrito de acusación como en la audiencia de su formulación oral, la fiscalía segunda delegada ante esta Corporación atribuyó a la ex gobernadora del departamento de Huila, CIELO GONZÁLEZ VILLA, la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de los “*contratos interadministrativos de concesión*” números 069 de 14 de febrero, 302 de 10 de mayo y 537, de 24 de agosto, todos de 2012, diez falsedades ideológicas en documento público (ocho como autora material y dos como autora jurídica) y dos peculados por apropiación a favor de la fábrica de licores y alcoholes de

⁴ En sesiones de 25 de julio de 2017, 26 de febrero y 6 de diciembre de 2018 y 18 de febrero y 7 de marzo de 2019 (folios 289 y 290 de la carpeta 1, 19 y 20 y 66 a 69 de la carpeta 2, 2 a 66 y 87 a 89 de la carpeta 3, respectivamente).

⁵ Folios 154 a 156 de la carpeta 3.

⁶ 15 de marzo, 29 y 30 de junio, 1°, 2 y 10 de noviembre de 2023.

⁷ Folios 83 a 86 de la carpeta 4.

Antioquia -en adelante FLA-, uno agravado por la cuantía - superior a 200 SMLM-, conductas punibles en las cuales concurren la circunstancia genérica de menor punibilidad prevista en el artículo 55-1 y la genérica de mayor punibilidad descrita en el artículo 58-1, del Código Penal.

1. Sustentan la acusación los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

1.1. Del interés indebido en la celebración de contratos:

1.1.1. El 7 de octubre de 2011 la gobernación de Huila inició el proceso de licitación pública No. SHPCO 015-2011 (etapa de prepliegos), con el objeto de seleccionar un contratista con quien celebrar un acuerdo de voluntades de concesión para la producción, distribución, comercialización y venta de aguardiente doble anís.

1.1.2. Una vez asumió sus funciones como gobernadora, CIELO GONZÁLEZ VILLA no continuó el trámite de la licitación que venía adelantando la administración anterior y en su lugar celebró tres contratos para la producción, distribución, comercialización y venta de aguardiente doble anís con la FLA, representada legalmente por Fernando Restrepo Restrepo, así:

El contrato interadministrativo de concesión 069 de 14 de febrero de 2012, que tenía por objeto *“la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de setecientas mil (700.000) unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml”*, cuya duración se pactó en un mes.

El contrato interadministrativo de concesión 302 de 10 de mayo de 2012, que tenía por objeto “*la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de un millón quinientas mil (1.500.000) unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml*”, cuya duración se pactó hasta el 31 de octubre de 2012.

El contrato interadministrativo de concesión 537 de 24 de agosto de 2012, que tenía por objeto “*la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de dos millones (2.000.000) de unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml, o su equivalente en las otras presentaciones comerciales*”, cuya duración se pactó hasta el 31 de enero de 2013.

1.1.3. La acusada no contaba con autorización vigente expedida por la asamblea departamental del Huila para emprender ninguno de los procesos contractuales antes referidos, toda vez que:

- Los contratos 069 y 302 de 2012 se sustentaron en las ordenanzas 06 de 10 de mayo de 1994 (que facultaba al gobernador de Huila para celebrar contratos sobre producción, distribución y comercialización de licores con entidades de derecho público o privado, nacionales o extranjeras) y 79 de 22 de diciembre de 2005 (por medio de la cual se le autorizaba para celebrar contratos y convenios). A juicio de la delegada fiscal, la primera de las ordenanzas había perdido fuerza ejecutoria, conforme lo normado en el numeral 3° del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que la 79

confería una autorización general para celebrar contratos, sin que se hiciera referencia específica al monopolio de licores.

- El contrato 537 de 2012 se soportó, además de las anteriores, en la ordenanza 003 de 2010, por medio de la cual se autorizaba al gobernador del Huila para que, bajo la modalidad de concesión, contratara la producción, distribución y venta de aguardiente doble anís de que es titular el departamento, pero no para celebrar contratos interadministrativos de concesión; además, dicha facultad fue conferida para el año fiscal correspondiente.

1.1.4. En los estudios previos números 095 de 7 de febrero, 498 de 4 de marzo y 791 de 23 de agosto, todos de 2012 (que soportaban los contratos interadministrativos de concesión 069, 302 y 537), se incurrió en las siguientes irregularidades:

1.1.4.1. Omisiones:

(i) No se hizo referencia a las opciones con las que contaba el departamento en el mercado para resolver la necesidad que se pretendía satisfacer; (ii) no se plasmó un análisis de la opción más favorable con esa misma finalidad, desde los puntos técnico, jurídico y económico; (iii) no se establecieron criterios de evaluación habilitantes que debieran ser cumplidos por los proponentes frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad; (iv) no se hizo referencia a factores de comparación para determinar cuál sería la oferta más favorable de acuerdo a las necesidades de la entidad, así como los valores agregados que perseguían e implicaban beneficios y ventajas

comparativas y, (v) no fueron cuantificados los aportes de cada parte, pese a haber suscrito un contrato interadministrativo de concesión.

1.1.4.2. Se favoreció a la FLA, toda vez que se incluyó como condición que debía cumplir el contratista contar con el registro INVIMA para la producción, comercialización y distribución de aguardiente doble anís, exigencia que solo podía cumplir aquélla, por cuanto con anterioridad había adelantado otros procesos contractuales con el departamento del Huila. Lo anterior toda vez que:

- En los formatos de estudios previos números 498 de 4 de mayo de 2012 y 791 de 23 de agosto de la misma anualidad (que soportaron los contratos 302 y 537, respectivamente), se incluyeron cláusulas que evidenciaban la intención y decisión de la gobernadora del departamento del Huila de suscribirlos con la FLA, sin ofrecer la oportunidad a otras industrias licoreras que también podían tener capacidad para la producción, comercialización y venta de aguardiente doble anís.

- Así, en los estudios previos 498, en el acápite correspondiente a definición y justificación de la forma de solventar la necesidad (párrafo 13), se indicó: “[que el Departamento de Antioquia -Fábrica de Licores y alcoholes (sic) de Antioquia, es la única licorera oficial que aparece en el registro vigente como productor en el registro (sic) sanitario INVIMA del aguardiente doble anís de 30° grados alcoholímetros, así como el registro de las etiquetas, que le permitían de manera oportuna suplir las necesidades de producción y con ello un oportuno abastecimiento del mercado”. Dicha cláusula se incluyó también en el párrafo 14 del formato de estudios

previos número 791 de 2012, correspondiente a la definición y justificación de la forma de solventar la necesidad que sustentó la celebración del contrato 537 del mismo año.

1.1.5. Reuniones previas entre funcionarios de la gobernación del Huila y la FLA.

Antes de la elaboración de los estudios previos 498 y 791 de 2012, se llevaron a cabo reuniones entre funcionarios de la gobernación del Huila y la FLA, a fin de acordar las condiciones económicas del contrato, como se evidencia en el capítulo correspondiente a la definición y justificación de la forma de solventar la necesidad del formato de estudios previos 498 (párrafo 14), que incluyó la siguiente “cláusula”:

*“Que según **acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012** (hace parte integral de los estudios previos), en la que participaron funcionarios de la Fábrica de Licores de Antioquia y de la Gobernación del Huila, se acordó rebajar el costo de la maquila por botella en presentación de 375 ml, mejorando significativamente las condiciones económicas para el Departamento del Huila; por lo cual se acordó iniciar una nueva contratación”*

Y en el párrafo 15 consignaron: *“Que el Departamento de Antioquia -Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, con base en lo acordado en el acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012, envía la propuesta para la producción y comercialización del aguardiente Doble Anís”*.

Las anteriores “cláusulas” fueron reiteradas en los párrafos 15 y 16 del formato de estudios previos 791 de 2012. El primero de ellos reproduce el texto del anterior formato y el segundo dice:

*“Que el Departamento de Antioquia -Fábrica de licores (sic) y alcoholes (sic) de Antioquia, con fecha **16 de agosto de 2012** y bajo el*

radicado **No. E 201200066439**, envía la propuesta al Departamento del Huila, para la producción, comercialización y venta de 2.000.000 de unidades de aguardiente Doble Anís, con las mismas condiciones económicas acordadas en el **acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012**”, de la cual da cuenta el numeral segundo del apartado correspondiente a las consideraciones que llevaron a la suscripción del contrato 302 de 2012, reiterada en la misma ubicación e idéntica redacción en el contrato 537.

1.1.6. Irregularidades en las resoluciones números 003 de 14 de febrero, 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto, todas de 2012, por medio de las cuales se justificó la contratación directa para la celebración de los negocios jurídicos censurados, emitidas por la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA. Ello toda vez que:

- No se hizo referencia al presupuesto para la contratación, ni a las condiciones que se exigirían al proponente, como lo ordenaban los artículos 77 del Decreto 2474 de 2008 (que regía la suscripción del contrato 069) y 3.4.1.1. del Decreto 734 de 2012 (que regulaba la materia respecto de los contratos interadministrativos de concesión 302 y 537 de 2012.

- Se omitió hacer mención a los motivos por los cuales no se avanzó en el trámite de la licitación pública No. SLHPCO 015-2011, la cual se encontraba en etapa de prepliegos desde el 7 de octubre de 2011.

1.1.7. Otros hechos que develan el interés de la gobernadora GONZÁLEZ VILLA en celebrar los contratos con la FLA son:

1.1.7.1. Contrato 069 de 14 de febrero de 2012

- El 26 de enero de 2012, envió invitaciones a las licoreras de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca para cotizar la producción a todo costo de 700.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml, antes de seleccionar la modalidad de contratación, de hacer los estudios previos y de justificar la necesidad de contratar directamente.

- A las prenombradas les concedió tres días hábiles para presentar propuestas, contados a partir del envío de las invitaciones, término que solo favorecía a la FLA por cuanto ya antes había suscrito con la gobernación del Huila otros contratos con el mismo objeto.

- No se ofreció respuesta a las solicitudes de prórroga impetradas por las licoreras de Caldas y Cundinamarca para la presentación de las propuestas.

- En los estudios previos se ocultó que las antecitadas licoreras solicitaron prórroga del término para presentar propuestas, porque el conferido les resultaba insuficiente debido a que necesitaban validar los costos de insumos para la producción del aguardiente doble anís.

- En la resolución de justificación de la modalidad de selección de contratación directa se incluyeron “cláusulas” que daban cuenta de las motivaciones para contratar a la FLA.

- La resolución de justificación y el contrato tienen la misma fecha.

1.1.7.2. En los contratos 302 de 10 de mayo de 2012 y 537 de 24 de agosto del mismo año.

- No hubo invitaciones a otros oferentes.

- Antes de la elaboración de los estudios previos se llevó a cabo una reunión entre la gobernación y funcionarios de la FLA, en la cual acordaron los términos económicos del contrato.

- Se exigió el registro INVIMA para la producción del aguardiente doble anís, requerimiento que solo podía cumplir la FLA.

- En las resoluciones de justificación de la modalidad de contratación directa se afirmó que se había cursado invitación a las licoreras del Valle, Cundinamarca, Caldas y Antioquia en los meses de enero y abril de 2012, lo cual no corresponde a la verdad.

- En el trámite del contrato 302 no transcurrieron días hábiles entre los estudios previos y la resolución de justificación y entre ésta y la suscripción tan solo pasaron dos días hábiles. Y en el 537, en el término de dos días (23 y 24 de agosto), se elaboraron los estudios previos, la resolución de justificación y se firmó el contrato.

1.2. Hechos jurídicamente relevantes que a juicio de la fiscalía configurarían los delitos de falsedad ideológica en documento público.

En los procesos contractuales glosados se afirmaron los siguientes hechos contrarios a la realidad:

1.2.1. En el formato de estudios previos No. 095 de 7 de febrero de 2012 (suscrito por la gobernadora para sustentar el contrato 069), se afirmó que solo la FLA mostró interés para la producción de las 700.000 unidades de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por la gobernación de Huila, aunado a que las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas manifestaron “*no poder cumplir las condiciones establecidas y no cotizaron la maquila*”, afirmación ésta que no corresponde a la verdad, toda vez que:

- En respuesta a la invitación efectuada por la gobernación de Huila el 26 de enero de 2012, mediante comunicación de 31 de enero siguiente el subgerente técnico de la industria licorera de Cundinamarca (Alejandro Escobar Valencia), solicitó la ampliación del término para presentar la propuesta, pues el concedido resultaba insuficiente.

- El 31 de enero de 2012, el gerente general de la Licorera de Caldas, Carlos Eduardo Neira Estrada, emitió una comunicación con destino a la gobernadora en igual sentido y con idéntico propósito que la antes mencionada.

- Las anteriores misivas no recibieron respuesta por parte de la gobernación.

- En consecuencia, las licoreras de Cundinamarca y Caldas en ningún momento manifestaron “*no poder cumplir con las condiciones*”, pues lo que pidieron fue una ampliación del plazo para presentar la propuesta (que tan solo fue de tres días), de manera que si no cotizaron la maquila fue porque no se les dio oportunidad para hacerlo.

1.2.2. En la resolución 003 de 14 de febrero de 2012, mediante la cual la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA justificó la necesidad de una contratación directa para el contrato interadministrativo de concesión 069 de 2012, se afirmó que solo la FLA expresó interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el departamento de Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas, a las que se les había cursado invitación.

1.2.3. En el contrato interadministrativo de concesión 069 de 2012 suscrito por la aforada CIELO GONZÁLEZ VILLA, se afirmó que solo la FLA manifestó su interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el departamento de Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas, a las que se les había cursado invitación.

1.2.4. En la resolución 039 de 7 de mayo de 2012, mediante la cual la gobernante CIELO GONZÁLEZ VILLA justificó la suscripción del contrato interadministrativo de concesión 302 de 10 de mayo de 2012, se afirmó que en abril del mismo año “*se habían cursado invitaciones a las licoreras de*

Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle para que cotizaran para el Departamento del Huila a todo costo la maquila del aguardiente doble anís (numeral 13)". No obstante, las invitaciones de enero lo fueron para la producción de 700.000 unidades de aguardiente en presentación de 375 ml, que era el objeto del contrato que se firmaría en febrero, mientras que en abril no se enviaron invitaciones para cotizar la producción de 1.500.000 unidades, que era el objeto de contrato 302.

1.2.5. En el contrato interadministrativo de concesión 302 de 2012, suscrito por la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, se consignó que solo la FLA manifestó su interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el departamento de Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas, a las que se les había cursado invitación.

1.2.6. En la resolución 213 de 24 de agosto de 2012, mediante la cual la primera mandataria justificó la suscripción del contrato interadministrativo de concesión 537 de la misma fecha, se afirmó que en enero y abril del mismo año se cursó invitación a las licoreras de Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle para cotizar para el departamento del Huila, a todo costo, la maquila del aguardiente doble anís. Empero, no fueron enviadas invitaciones a otras licoreras para cotizar la producción, distribución, comercialización y venta de aguardiente doble anís en cantidad de dos millones de unidades en presentación de 375 ml, que era el objeto del contrato 537.

1.2.7. En el contrato interadministrativo de concesión 537 de 2012, suscrito por la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, se consignó que solo la FLA manifestó su interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el departamento de Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas, a las que se les había cursado invitación.

1.2.8. En el estudio previo 095 de 7 de febrero de 2012, suscrito por la gobernadora GONZÁLEZ VILLA para justificar la contratación directa con la FLA se afirmó que la marca aguardiente doble anís “*venía recuperando posicionamiento en el mercado interno*”, lo que no corresponde a la verdad.

1.2.9. En los estudios previos No. 498 de 4 de mayo de 2012, elaborados por orden de la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA para justificar la contratación directa con la FLA, se afirmó que la marca aguardiente doble anís “*venía recuperando posicionamiento en el mercado interno*”, lo que no es cierto.

1.2.10. En los estudios previos No. 791 de 23 de agosto de 2012, elaborados por orden de CIELO GONZÁLEZ VILLA para justificar la contratación directa con la FLA, se afirmó que la marca de aguardiente doble anís “*venía recuperando posicionamiento en el mercado interno*”, lo cual no corresponde a la verdad.

Lo anterior, de conformidad con un estudio de la contraloría departamental remitido en (sic) oficio 368 de 5 de junio de 2012 a la hoy acusada, en el cual luego de dar cuenta

del comportamiento de las ventas de aguardiente doble anís en el periodo comprendido entre 1998 y 2011, destacó el decrecimiento entre 2009, 2010 y 2011 en comparación con los años 2000 a 2007, fenómeno que incidió en los ingresos que debía percibir el departamento por la explotación del monopolio de licores.

1.3. Hechos jurídicamente relevantes que configurarían el delito de peculado por apropiación a favor de terceros:

En su condición de gobernadora, CIELO GONZÁLEZ VILLA omitió verificar que la secretaria de hacienda del departamento hiciera la debida supervisión de las obligaciones del contratista, específicamente la concerniente a *“invertir un porcentaje como aporte publicitario, el cual se estableció en un 4% del precio oficial de venta”*, lo que facilitó la apropiación por la FLA de una parte de los efectos que debían destinarse a publicidad, así:

1.3.1. En el contrato interadministrativo de concesión 069 de 14 de febrero de 2012, en el acápite correspondiente a las condiciones económicas y concretamente frente a las obligaciones que debía cumplir el concesionario se estableció que éste debía *“invertir un porcentaje como aporte publicitario, equivalente al cuatro por ciento (4%) sobre el precio oficial de venta, por cada botella de aguardiente doble anís en presentación de 3.75 ml vendida”* (numeral 11).

Esta obligación no se cumplió por la FLA, porque el total de unidades contratadas era de 700.000 y la inversión del 4% en aportes ascendía a \$269.500.000. Como las unidades vendidas fueron 705.360, surgía para la contratista la

obligación de realizar una inversión publicitaria por el valor de \$271.563.600. No obstante, solo fueron allegados soportes que dan cuenta de una ejecución de \$196.751.235, quedando pendiente un saldo por ejecutar de \$72.748.765, de los cuales se apropió la FLA, lo que permitió la entonces gobernadora GONZÁLEZ VILLA.

1.3.2. En el contrato interadministrativo de concesión 537 de 24 de agosto de 2012, en el acápite correspondiente a las condiciones económicas del contrato, concretamente en lo que atañe a las obligaciones del concesionario se estableció que éste debía *“invertir un porcentaje como aporte publicitario, equivalente al cuatro por ciento (4%) sobre el precio oficial de venta, por cada botella de aguardiente doble anís en presentación de 3.75 ml vendida”* (numeral 11).

- Esta obligación tampoco fue cumplida en su totalidad por la FLA, si se tiene en cuenta que para este contrato se había pactado la producción, distribución y venta de 2.000.000 de unidades de aguardiente doble anís, por lo que la inversión en publicidad debió ser de \$770.000.000. No obstante, a pesar de que se registró la venta de las unidades pactadas, la FLA invirtió en publicidad \$631.556.870, quedando por ejecutar la suma de \$138.443.30.

En conclusión, para la fiscalía la FLA se apropió de \$211.191.895.

2. Imputación jurídica.

Según el ente acusador, los hechos jurídicamente relevantes antes descritos encuentran adecuación típica en los siguientes tipos penales:

2.1. Interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 C.P.), en razón a que, como gobernadora del departamento de Huila, CIELO GONZÁLEZ VILLA faltó al deber de satisfacer el interés general en la actividad contractual del Estado y con desvío de su poder suscribió los contratos interadministrativos de concesión 069, 302 y 537 de 2012, con transgresión de los principios de transparencia, economía, selección objetiva e igualdad, toda vez que favoreció en forma indebida a la FLA.

Por tanto, es autora de tres delitos consumados de interés indebido en la celebración de contratos.

2.2. Falsedad en documento público (artículo 286 CP). Consideró la fiscalía que la doctora GONZÁLEZ VILLA es autora material de siete falsedades ideológicas en documento público consumadas, que se presentan en concurso homogéneo y sucesivo, consignadas en el formato de estudios previos No. 095, en las resoluciones 003 de 14 de febrero, 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto de 2012, así como en los contratos 069, 302 y 537 del mismo año.

Y autora jurídica de tres falsedades ideológicas consumadas, consignadas en los estudios previos Nos. 498 y 791 de 2012, en concurso homogéneo y sucesivo con los anteriores y heterogéneo con los demás delitos que se le endilgaron, por cuanto en ejercicio de sus funciones como

gobernadora, CIELO GONZÁLEZ VILLA extendió diversos documentos públicos que podían servir de prueba, en los cuales consignó falsedades o calló total y parcialmente la verdad en aspectos relevantes en el contexto de la contratación pública. Tales falsedades tenían como fin dar apariencia de legalidad a su interés indebido en la celebración de tres contratos interadministrativos de concesión que suscribió con la FLA en 2012.

2.3. Peculado por apropiación (artículo 397 de la Ley 599, incisos 1 y 2, modificado por la ley 890 de 2004), toda vez que a juicio de la delegada fiscal está acreditada la calidad de gobernadora de CIELO GONZÁLEZ VILLA para 2012, aunado a que la relación de sujeción a la administración le imponía deberes en la actividad contractual, uno de ellos el principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80.

Así mismo, en 2012 CIELO GONZÁLEZ VILLA tenía disponibilidad de los recursos públicos del departamento de Huila y ostentaba posición de garante respecto de su correcta ejecución. Al no ejercer vigilancia ni control sobre la debida ejecución de los contratos interadministrativos de concesión 069 y 537 permitió que la FLA se apropiara de \$72.748.765 y \$138.443.130, respectivamente.

Los recursos apropiados eran de carácter público, pues de conformidad con el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 la producción en territorio colombiano de licores destilados fue declarada monopolio estatal. Al efecto cita el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P.

Susana Montes de Echeverry, 7 de noviembre de 2002, radicado 1458.

Por tratarse de dinero, hubo apropiación de recursos públicos por parte de la FLA, pues fueron sacados de la esfera de custodia del departamento de Huila que era su titular, de manera que los dos delitos de peculado por apropiación se consumaron. Ahora, considerando que el salario mínimo de 2012 (establecido mediante Decreto 4919 de 2011) era de \$566.700, para efectos de la tipicidad objetiva el monto de lo apropiado en la ejecución del contrato 069 fue de 128,37 SMLMV, por lo cual le es aplicable la pena prevista en el inciso primero del artículo 397 del C.P., mientras que para el contrato 537 fue de 244,29 SMLMV, siendo aplicable el inciso segundo, pues lo apropiado supera los 200 SMLMV.

Como circunstancias genéricas de menor punibilidad la representante del ente acusador invocó la carencia de antecedentes penales y en cuanto a las de mayor punibilidad aludió a la prevista en el numeral 1° del artículo 58 del C.P., porque a su juicio la conducta punible recayó sobre bienes o recursos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas.

AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

1. Estipulaciones:

Antes de iniciarse el juicio oral las partes estipularon los siguientes hechos:

1.1. Respecto de la acusada: su plena identidad, individualización y arraigo, carencia de antecedentes penales, calidad foral, formación y experiencia profesional.

1.2. En relación con los contratos interadministrativos de concesión números 069 de 14 de febrero, 302 de 10 de mayo y 537 de 24 de agosto, todos de 2012: existencia, autenticidad, objeto, plazo y valor de cada uno.

1.3. Aporte publicitario pactado en los contratos interadministrativos de concesión prenombrados, celebrados entre la gobernación del Huila y la FLA, en los cuales esta última se comprometió a realizar una inversión del 4% sobre el precio oficial de venta por cada botella de aguardiente doble anís comercializada.

1.4. Existencia y autenticidad de los estudios previos número 095 de 7 de febrero de 2012, suscritos por Aura Jadeyi Castañeda Tovar -entonces secretaria de hacienda- y CIELO GONZÁLEZ VILLA -como gobernadora-, aprobados por el comité de contratación conforme al acta 004 de la misma fecha.

1.5. Condiciones técnicas del oferente para el contrato 069, exigidas en los estudios previos 095 de 2012 en los cuales se estableció que el proponente que lo ejecutara debía cumplir las siguientes:

- Contar con registro sanitario vigente expedido por el INVIMA, que lo autorizara para la producción y distribución del aguardiente doble anís, con una vigencia igual o superior a la duración del contrato.

- Contar con maquinaria propia para la producción del licor.
- Acreditar experiencia igual o superior a cinco años en la producción y distribución de aguardiente y de mínimo dos millones de unidades de 375 centímetros cúbicos al año.
- Garantizar al departamento que a más tardar el 15 de febrero de esa vigencia fiscal iniciaría la producción de las 700.000 unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos y en presentación de 375 mililitros, de acuerdo con la programación convenida entre las partes y una vez se tuvieran las materias primas requeridas en el proceso, para lo cual debía demostrar que contaba con capacidad logística, financiera, técnica y administrativa que garantizara una ágil consecución de las materias primas necesarias para sacar el producto terminado (envasado, sellado, etiquetado, estampillado y empacado) y demostrar que contaba con los canales de distribución necesarios para su posterior comercialización y venta, todo lo cual se exige teniendo en cuenta la clase de contrato a celebrar y específicamente la premura en el desarrollo del objeto a contratar.

1.6. Existencia y autenticidad del formato de estudios previos No. 498 de 4 de mayo de 2012, correspondiente al contrato 302 de 2012, suscrito por Carlos Eduardo Trujillo González, secretario de hacienda del Huila, y José Nelson Polanía Tamayo, director del departamento administrativo de contratación, quienes contaron con la aprobación del comité de contratación conforme al acta 022 de la reunión realizada el 4 de mayo de 2012.

1.7. Condiciones técnicas para ejecutar el contrato 302, exigidas al proponente en los estudios previos No. 498 de 2012:

- Contar con registro sanitario vigente expedido por el INVIMA, que lo autorizara para la producción y distribución del aguardiente doble anís, con una vigencia establecida igual o superior a la duración del contrato.

- Contar con maquinaria propia para la producción del objeto del contrato.

- Acreditar experiencia igual o superior a cinco años en la producción y distribución de aguardientes, de mínimo dos millones de unidades anuales convertidas a 375 c.c.

- Garantizar al departamento que a más tardar el 15 de mayo de esa vigencia iniciaría la producción de las 1.500.000 unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos, en presentación de 375 mililitros, de acuerdo con la programación convenida entre las partes y una vez cuente con las materias primas requeridas en el proceso; además, demostrar capacidad logística, financiera, técnica y administrativa que garantice una ágil consecución de las materias primas necesarias para sacar el producto terminado (envasado, sellado, etiquetado, estampillado y empacado) y demostrar que tiene los canales de distribución necesarios para su posterior comercialización y venta. Lo anterior se exige teniendo en cuenta la clase de contrato a celebrar y específicamente la premura en el desarrollo del objeto a contratar.

1.8. Existencia y autenticidad de los estudios previos número 791 de 23 de agosto de 2012, correspondientes al contrato 537 de 2012, suscritos por Carlos Eduardo Trujillo González, responsable técnico, y José Nelson Polanía Tamayo, director del departamento administrativo de contratación, los cuales contaron con la aprobación del comité de contratación conforme al acta 050 de la reunión realizada el 23 de agosto de 2012.

1.9. Condiciones técnicas del oferente para el contrato 537. En los estudios previos 791 de 2012 se estableció que el proponente debía cumplir las siguientes:

- Contar con registro sanitario INVIMA vigente, que lo autorizara para la producción y distribución de aguardientes anisados, con una vigencia establecida igual o superior a la duración del contrato.

- Contar con maquinaria propia para realizar la producción del objeto del contrato.

- Acreditar una experiencia igual o superior a cinco años en la producción y distribución de aguardientes de mínimo dos millones de unidades anuales convertidas a 375 c.c.

- Garantizar al departamento que iniciará la producción a más tardar el segundo día hábil, contado a partir de la fecha en la que se le entregue a la FLA el registro INVIMA y esta última cuente con la totalidad de los inventarios de materias primas e insumos requeridos en la producción, de acuerdo con la programación convenida entre las partes, para lo cual deberá demostrar capacidad logística, financiera, técnica y administrativa que permita una ágil consecución de las materias primas necesarias para sacar el producto terminado (envasado, sellado, etiquetado, estampillado y empacado) y demostrar que cuenta con los canales de distribución necesarios para su posterior comercialización y venta. Lo anterior se exige teniendo en cuenta la clase de contrato a celebrar y específicamente la premura en el desarrollo del objeto a contratar.

1.10. Existencia y autenticidad de las invitaciones para cotizar, mediante la expedición de los siguientes oficios:

- El número 32 de 26 de enero de 2012, suscrito por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, jefe de la oficina de contratación administrativa, dirigido a Pilar Joves Ramírez, gerente general de la industria licorera de Caldas, con el propósito de solicitarle una cotización para la producción de 700.000 botellas de 375 mililitros de aguardiente doble anís, la cual sería recibida hasta el 31 de enero de 2012. Se requirió a la destinataria garantizar la producción del licor destilado antes del 15 de febrero de 2012.

- El número 33 de 26 de enero de 2012, firmado por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, jefe de la oficina de contratación administrativa, con destino a William Alberto Rodríguez Cabal, gerente general de la industria de licores del Valle, expedido para solicitarle cotización para la producción de 700.000 botellas de 375 mililitros de aguardiente doble anís, la cual sería recibida hasta el 31 de enero de 2012, además, se le requería garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012.

- El número 34 de 26 de enero de 2012, signado por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo como jefe de la oficina de contratación administrativa, dirigido a Fernando Restrepo Restrepo, gerente de la FLA, solicitándole cotización para la producción de 700.000 botellas en presentación de 375 mililitros de aguardiente doble anís, la cual sería recibida hasta el 31 de enero de 2012, requiriéndola, además, para que garantizara la producción de las mencionadas unidades antes del 15 de febrero de 2012.

- El número 35 de 26 de enero de 2012, rubricado por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, jefe de la oficina de contratación administrativa, dirigido a Carlos Alberto Meza, gerente general de la industria licorera de Cundinamarca, con el fin de instarla a presentar cotización para la producción de 700.000 botellas en presentación de 375 mililitros de aguardiente doble anís, la cual sería recibida hasta el 31 de enero de 2012, requiriéndola, además, para que garantizara la producción antes del 15 de febrero de 2012.

- El número 106 de 22 de marzo de 2012, signado por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, jefe de la oficina de contratación administrativa del departamento, con destino a Gislena Perlaza Escobar, gerente general de la industria licorera del Cauca, en el cual se le informaba que el departamento del Huila estaba interesado en recibir cotización que condujera a celebrar un contrato interadministrativo con el objeto de producir a todo costo 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís de 375 mililitros o su equivalente en cualquier presentación durante un término de 10 años, la cual se recibiría hasta el 10 de abril de 2012.

- El número 107 de 22 de marzo de 2012, suscrito por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, jefe de la oficina de contratación administrativa, dirigido a Fernando Restrepo Restrepo, gerente general de la FLA, en el cual se manifestó que el departamento del Huila estaba interesado en recibir cotización que condujera a celebrar un contrato interadministrativo con el objeto de producir a todo costo 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís de 375 mililitros o su equivalente en cualquier presentación, durante el término de 10 años, la cual se recibiría hasta el 10 de abril de 2012.

- El número 108 de 22 de marzo de 2012, firmado por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, con destino a William Alberto Rodríguez Cabal, gerente general de la industria de licores del Valle, en el cual la gobernadora le manifestó que el departamento de Huila estaba interesado en recibir cotización que condujera a celebrar un contrato interadministrativo con el objeto de realizar la producción a todo costo de 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís de 375 mililitros o su equivalente en cualquier presentación, durante un término de 10 años, la cual se recibiría hasta el 10 de abril de 2012.

- El número 109 de 22 de marzo de 2012, emitido por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, dirigido a Francisco Quintero, gerente general de la industria licorera de Caldas, con el fin de informarle que el departamento de Huila estaba interesado en recibir cotización que condujera a celebrar un contrato interadministrativo con el objeto de realizar la producción a todo costo de 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís de 375 mililitros o su equivalente en cualquier presentación, durante un término de 10 años, la cual se recibiría hasta el 10 de abril de 2012.

- El número 110 de 22 de marzo de 2012, rubricado por CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, dirigido a Carlos Alberto Meza, gerente general de la industria licorera de Cundinamarca, manifestándole que el departamento del Huila estaba interesado en recibir cotización que condujera a celebrar contrato interadministrativo con el objeto de realizar la producción a todo costo de 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís de 375 mililitros o su equivalente en cualquier presentación durante un término de 10 años, la cual se recibiría hasta el 10 de abril de 2012.

1.11. Respuestas a las invitaciones para cotizar

- Oficio número 100-24.00003 de 30 de enero de 2012, emitido por Juan Carlos Ramírez Delgado, secretario general y jurídico de la industria de licores del Valle, con destino a la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, mediante el cual dijo:

"En respuesta a la solicitud de presentar cotización para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml del Aguardiente Doble Anís, que usted nos hizo llegar el pasado 26 de

enero, debo manifestarle que por la brevedad del término en que usted necesita el producto terminado, la Industria de Licores del Valle no podría cumplir con ese objetivo. Sea esta la oportunidad para ofrecer nuestros servicios de Maquilas, pues contamos con la experiencia necesaria, no solamente en la producción de nuestras marcas propias sino también de los productos de otros departamentos. Para futuras solicitudes y con el período de tiempo adecuado estaremos a su completa disposición".

- Oficio No. ILC-282 de 31 de enero de 2012, suscrito por Carlos Eduardo Neira Estrada, gerente general (e) de la industria licorera de Caldas, dirigido a la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, con el siguiente texto:

"1. Que su comunicación fue recibida en las instalaciones de la industria licorera de Caldas solo hasta el pasado viernes 27 de enero de 2012 y otorga un plazo máximo de respuesta hasta el próximo 31 de enero de 2012. Dada la importancia que reviste para nuestra empresa una respuesta oportuna y ajustada a las realidades del mercado, es necesario que amplíe el plazo para presentar nuestra propuesta, en virtud de que es necesario validar los insumos que participan en la producción del producto (sic) "AGUARDIENTE DOBLE ANÍS", donde desconocemos aspectos relevantes como las esencias, materiales de las etiquetas, calibre de sus cajas de embalaje y referencia del envase de vidrio, los cuales es necesario conocer para determinar un eventual costo de materias primas y demás.

2. Que su comunicación exige que se garantice la producción para antes del 15 de febrero de 2012. La industria licorera de Caldas podría comprometerse antes del 15 de febrero de 2012 con un cronograma de entregas para los meses siguientes del citado producto, sin embargo, es necesario que se aclare si con la expresión "garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012" exige que las 700.000 unidades se encuentren ya envasadas antes del 15 de febrero de 2012, caso en el cual sería imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas, tardarían cerca de 28 días calendario.

3. Igualmente solicitamos informar los datos y/o códigos de los insumos utilizados por la Gobernación del Huila en la elaboración de su producto "AGUARDIENTE DOBLE ANÍS" y los nombres de los proveedores a fin de establecer el proyecto de abastecimiento de esencias, etiquetas, cajas en cartón corrugado y envases.

Es necesario aclarar que en el mercado de las esencias, los tiempos de entrega se encuentran estimados en 75 días calendario.

Reiteramos el elevado interés que le asiste a la industria licorera de Caldas en realizar el envasado de un producto tan prestigioso y de tan amplia trayectoria y reconocimiento como es su producto "AGUARDIENTE DOBLE ANÍS", pero es indispensable contar con la información solicitada y la extensión de al menos dos semanas a fin de preparar una cotización ajustada".

- Oficio No. E 201200005930 de 31 de enero de 2012, suscrito por Fernando Restrepo Restrepo, gerente de la FLA, dirigido a CIELO GONZÁLEZ VILLA, mediante el cual presentó una propuesta para la producción y comercialización de aguardiente doble anís en cantidad de 700.000 botellas.

- Oficio número E 201200028984 de 20 de abril de 2012, emitido por Fernando Restrepo Restrepo, gerente de la FLA, con destino a CIELO GONZÁLEZ VILLA, mediante el cual presentó una cotización para la producción y comercialización de 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís, en presentación de 375 mililitros, durante 10 años.

- Oficio de 12 de abril de 2012, signado por Francisco Eduardo Quintero Delgado, gerente general de la industria licorera de Caldas, dirigido a CIELO GONZÁLEZ VILLA, a través del cual presentó una cotización para la producción y comercialización de 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís, en presentación de 375 mililitros, durante 10 años.

- Oficio de 25 de abril de 2012, firmado por Carlos Alberto Meza Reales, gerente general de la empresa de licores de Cundinamarca, para CIELO GONZÁLEZ VILLA, mediante el cual presentó una cotización para la producción y comercialización de 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís, en presentación de 375 mililitros, durante 10 años.

- Oficio de 19 de abril de 2012, rubricado por Gislena Perlaza Escobar, gerente de la industria licorera del Cauca, dirigido a CIELO GONZÁLEZ VILLA, a través del cual presentó cotización para la producción y comercialización de 3.500.000 unidades de aguardiente doble anís, en presentación de 375 mililitros, durante 10 años.

1.12. Existencia y autenticidad de las resoluciones de justificación de la contratación:

- La número 003 de 14 de febrero de 2012 es auténtica y fue firmada por CIELO GONZÁLEZ VILLA en su condición de gobernadora del Huila y José Nelson Polanía Tamayo, jefe de la oficina de contratación administrativa. Con ella se justificó la necesidad de acudir a la contratación directa para la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el departamento del Huila de 700.000 unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos, en presentación de 375 mililitros.

- En la resolución número 003 se afirmó que *"el Departamento del Huila, en ejercicio del monopolio rentístico de licores, cursó invitación a las cuatro licoreras más grandes y con mayor experiencia en producción de licores del país, como Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle, para que cotizaran para el Departamento del Huila a todo costo la maquila de 700.000 unidades de Aguardiente Doble Anís, para la cual, solo el Departamento de Antioquia - Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia manifestó su interés con el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Departamento del Huila"*.

- La No. 039 de 7 de mayo de 2012 es auténtica y fue signada por CIELO GONZÁLEZ VILLA en su condición de gobernadora del Huila y José Nelson Polanía Tamayo, como jefe de la oficina de contratación administrativa, para justificar la necesidad de acudir a la contratación directa para la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el departamento del Huila de 1.500.000 unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos, en presentación de 375 mililitros.

- En la resolución número 039 se afirmó que *"el Departamento del Huila, en ejercicio del monopolio rentístico de licores, en el mes de enero y abril de 2012 cursó invitación a las cuatro licoreras oficiales más grandes y con mayor experiencia en la producción de licores del país, como Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle, para que cotizaran para el Departamento del Huila a todo costo la maquila del"*

Aguardiente Doble Anís, para lo cual el Departamento de Antioquia - Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia cumple con las condiciones exigidas por el Departamento del Huila".

- La No. 213 de 24 de agosto de 2012 es auténtica y fue proferida por CIELO GONZÁLEZ VILLA en su condición de gobernadora del Huila y José Nelson Polanía Tamayo, como jefe de la oficina de contratación administrativa, por medio de la cual se justificó la necesidad de acudir a la contratación directa para la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el departamento de Huila de 2.000.000 de unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos, en presentación de 375 mililitros.

- En la resolución No. 213 se afirmó que "*el Departamento del Huila, en ejercicio del monopolio rentístico de licores, en el mes de enero y abril de 2012 cursó invitación a las cuatro licoreras oficiales más grandes y con mayor experiencia en producción de licores del país, como Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle, para que cotizaran para el Departamento del Huila a todo costo la maquila del Aguardiente Doble Anís, para lo cual, el Departamento de Antioquia- Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia cumple con las condiciones exigidas por el Departamento del Huila".*

1.13. Existencia y autenticidad de los documentos de acompañamiento de la contraloría.

- El oficio No. 378 de 5 de junio de 2012, dirigido a CIELO GONZÁLEZ VILLA es auténtico y fue suscrito por la contralora departamental del Huila, Indira Burbano Montenegro. En dicho documento la contraloría respondió la solicitud de acompañamiento preventivo efectuada por la gobernadora para el proceso de contratación para la producción, distribución, comercialización y venta del aguardiente doble anís, negándose a ello.

1.14. Existencia y autenticidad del registro INVIMA

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA-, mediante la resolución No. 2009013009 de 12 de mayo de 2009 emitida por la Subdirección de registros sanitarios, concedió a la fábrica de licores y alcoholes de

Antioquia el registro que la autorizaba como fabricante del aguardiente doble anís.

1.15. Inversión de la fábrica de licores de Antioquia en publicidad.

- Oficio número S.H. 0166 de 10 de febrero de 2017, signado por Carlos Eduardo Trujillo González, secretario de hacienda de la gobernación de Huila, dirigido a Auden Pulido Beltrán, mediante el cual hizo entrega en 23 folios de la relación de la inversión publicitaria de los contratos celebrados con la FLA durante los años 2009 a 2012, así como el balance final de la inversión en publicidad de los suscritos entre la FLA y el departamento de Huila durante la vigencia 2009 a 2013.

- En virtud de los contratos interadministrativos 581 de 2009, 1259 de 2009, 413 de 2010, 466 de 2010, 341 de 2011, 1056 de 2011, 069 de 2012, 302 de 2012, 537 de 2012 y 342 de 2013, celebrados entre la gobernación del Huila y la FLA, esta última ejecutó un total de inversión en publicidad por el monto de CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVEESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON CUARENTA CENTAVOS M/CTE (\$5.886.955.624,40).

1.16. Existencia de contratos anteriores al período de CIELO GONZÁLEZ entre la gobernación de Huila y la FLA, de igual objeto y naturaleza que los celebrados por ella:

- Contrato interadministrativo de concesión No. 581 de 2009, suscrito entre la gobernación de Huila y la FLA, con el objeto de conceder el uso de la marca para la producción, distribución y comercialización a todo costo de 700.000 unidades convertidas a 750 c.c. de la marca de aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos.

- Contrato interadministrativo de concesión No. 1259 de 2009 celebrado entre la gobernación de Huila y la FLA, con el objeto de conceder el uso de la marca para la producción,

distribución y comercialización a todo costo de 800.000 unidades convertidas a 375 c.c. de la marca aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos.

- Contrato interadministrativo de concesión No. 0466 de 2010 acordado entre la gobernación del Huila y la FLA, con el objeto de conceder el uso de la marca para la producción, distribución y comercialización a todo costo de 2.000.000 unidades convertidas a 375 centímetros cúbicos de la marca aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos.

- Contrato interadministrativo de concesión No. 413 de 2010, celebrado entre la gobernación del Huila y la FLA, con el objeto de conceder el uso de la marca para la producción, distribución y comercialización a todo costo de 2.000.000 unidades convertidas a 375 centímetros cúbicos de la marca aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos.

- Contrato interadministrativo de concesión número 341 de 2011 entre la gobernación del Huila y la FLA, con el objeto de conceder el uso de la marca para la producción, distribución y comercialización a todo costo de 2.000.000 unidades convertidas a 375 centímetros cúbicos de la marca aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos.

- Contrato interadministrativo de concesión No. 1056 de 2011 celebrado entre la gobernación del Huila y la FLA, con el objeto de conceder el uso de la marca para la producción, distribución y comercialización a todo costo de 300.000 unidades convertidas a 375 centímetros cúbicos de la marca aguardiente doble anís de 30° alcoholimétricos.

1.17. Existencia y autenticidad de las ordenanzas de la asamblea del departamento del Huila:

- 06 de 10 de mayo de 1994, proferida con el propósito de facultar al gobernador del departamento para que en cumplimiento de los artículos 61, 62, 63 y s.s. de la Ley 14 de 1983 y demás normas concordantes, celebrara con entidades de derecho público o privado, nacionales o extranjeras,

convenios y contratos sobre producción, distribución o comercialización de licores.

- 079 de 13 de diciembre de 2005, mediante la cual se autorizó al gobernador para que en representación del ente territorial celebrara los contratos y/o convenios en los que hiciera parte el departamento, bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y escogencia objetiva, en los que se comprometiera el presupuesto del departamento, con el propósito de cumplir los fines y competencias del mismo, a excepción de los contratos de empréstito, enajenación de bienes inmuebles y demás contratos sujetos a lo estipulado en el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política.

- 003 de 26 de marzo de 2010, por la cual se autorizó al gobernador del departamento para que en representación del departamento contratara con otra entidad territorial, con una licorera del país o con personas jurídicas o naturales particulares con experiencia en esta actividad, bajo la modalidad de concesión, la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís de que es titular el departamento del Huila.

1.18. Existencia y autenticidad de la solicitud de acompañamiento preventivo a la procuraduría:

- Oficio No. 01282 de 25 de abril de 2012, rubricado por la gobernadora del Huila CIELO GONZÁLEZ VILLA y José Nelson Polanía Tamayo, jefe de la oficina de contratación administrativa, dirigido a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública Administrativa y de la Contratación Estatal, a través del cual se le solicitó el acompañamiento preventivo y de gestión para el proceso de contratación directa a través de contrato interadministrativo con entidad pública, que tenía por objeto *"la producción a todo costo con la maquinaria del contratista, del aguardiente doble anís de 30 grados y productos del portafolio del departamento del Huila superiores a 28 grados en presentación de 375 centímetros cúbicos o su equivalente en cualquier presentación durante el término de 10 años"*.

- Oficio del 31 de julio de 2012, suscrito CIELO GONZÁLEZ VILLA con destino a Tatiana Londoño Camargo, procuradora delegada para la vigilancia preventiva de la función pública, con el cual le remitió estudios previos y soportes para que realizara una revisión y acompañamiento en el proceso de contratación que la gobernación de Huila adelantaba en lo relacionado con la producción, comercialización, distribución y venta del aguardiente doble anís.

- Acta del 5 de septiembre de 2012 de la Procuraduría General de la Nación, que da cuenta de la reunión adelantada en las instalaciones de esa entidad, en la que aparecen como asistentes: CIELO GONZÁLEZ VILLA, gobernadora del departamento de Huila; José Nelson Polanía, jefe del departamento administrativo de contratación; Luis Miguel Lozada Polanía, secretario privado; Jorge Pino Ricci, asesor externo; Fernando José González y Paula Guarín, asesores de la procuraduría.

- El tema u objetivo de la reunión era el "*acompañamiento en el proceso de contratación con una entidad pública para la producción, comercialización, distribución y venta del aguardiente doble anís*".

1.19. Existencia y autenticidad de la evaluación del comportamiento de venta de aguardiente doble anís en el Huila 2000-2015.

- Documento denominado "*evaluación comportamiento de venta de aguardiente doble anís en el departamento del Huila – Vigencia 2000-2015*", elaborado por la contraloría departamental de Huila, entregado en octubre de 2016. Corresponde al resultado de la revisión y análisis al comportamiento de producción y venta de los licores destilados anisados de los que es titular en régimen de monopolio ese departamento, en el período comprendido entre 2000 y 2015. Allí se establecieron las siguientes cifras históricas del comportamiento de venta de aguardiente doble anís:

Total recibido por licor departamental - vigencias 2000 a 2015: 2000: 10.259'806.125; 2001: 11.926'634.453; 2002: 10.876'757.675; 2003: 12.927.231.588; 2004: 13.269'998.200; 2005: 11.828'863.680; 2006: 12.666'078.888; 2007: 13.293'952.335; 2008: 13.293'952.335; 2009:5.014'833.000; 2010: 9.778'288.400; 2011: 14.205'404.052; 2012: 17.328'077.651; 2013: 20.822'030.310; 2014: 23.241'206.520 y 2015: 24.496'870.640.

Ingresos por utilidad (uso de la marca) vigencias 2000 a 2015: 2000: 947'512.125; 2001: 1.069'967.453; 2002: 1.057'538.675; 2003: 1.132'573.588; 2004: 1.200'079.200; 2005: 1.076'163.680; 2006: 1.128'860.888; 2007: 1.180'217.335; 2008: 439'800.000; 2009: 1.419'839.400; 2010: 2.434'809.995; 2011: 2.768'313.230; 2012: 3.227'360.476; 2013: 4.099'563.600; 2014: 6.762'164.954 y 2015: 7.704'112.546.

2. Alegatos de conclusión.

En sesión llevada a cabo el 15 de febrero de 2023, las partes presentaron sus alegaciones de cierre en los siguientes términos:

2.1. Fiscalía

Deprecó el proferimiento de sentencia condenatoria en disfavor de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA en lo que respecta a las conductas punibles de interés indebido en la celebración de los contratos 069, 302 y 537 de 2012 y peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo y sucesivo, cometidos en las circunstancias de menor y mayor punibilidad relacionadas con la carencia de antecedentes (artículo 55-1 del Código Penal) y la realización de conductas sobre bienes o recursos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad (artículo 58-1, ibidem),

si se tiene en cuenta que el objeto del monopolio como arbitrio rentístico sobre licores destilados es el de obtener recursos para los departamentos a fin de financiar de manera preferente los servicios de educación y salud, como lo definen los artículos 1° de la Ley 1816 (sic) y 336 de la Constitución Política, de donde deviene la importancia de su correcta administración y su trascendencia en el asunto sometido a debate, pues las conductas por las que se procede contravienen la realización de los fines del Estado.

En relación con los diez reatos contra la fe pública atribuidos en la acusación, aseguró que se trata de un concurso aparente de tipos penales, en tanto los estudios previos, las resoluciones de justificación de los referidos negocios jurídicos y las minutas que los contienen constituyeron el medio para la comisión del delito de celebración indebida de contratos, por lo que no puede mantener la pretensión condenatoria en ese sentido.

Sostuvo que la fiscalía cumplió con la carga de demostrar más allá de toda duda razonable que en ejercicio de la función pública como gobernadora, la acusada CIELO GONZÁLEZ VILLA ejecutó un típico acto de corrupción, al haber incurrido en un claro desvío de poder para favorecer a la FLA con la celebración de los contratos interadministrativos de concesión 69 de 14 de febrero, 302 de 10 de mayo y 537 de 24 de agosto de 2012, acudiendo para ello al mecanismo de contratación directa, en contravía de los principios de la contratación estatal y de la función pública en general, especialmente los de libre concurrencia, transparencia, imparcialidad, selección objetiva e igualdad, aunado a que las conductas fueron cometidas de

manera consciente y voluntaria, es decir, de manera dolosa, causando un daño a la administración pública, sin que exista una razón que justifique su proceder.

Lo anterior por cuanto, de un lado, como titular de la función contractual y ordenadora del gasto, con los referidos contratos la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA le entregó a la FLA la concesión para la producción, distribución, comercialización y venta de aguardiente doble anís, monopolio de arbitrio rentístico del departamento de Huila, con lo cual, a su juicio, no sólo ejecutó la conducta de celebración indebida de contratos, sino que, además, comprometió las rentas del departamento al no asegurar la debida explotación del monopolio, pues si bien es claro que esta clase de negocios jurídicos no tiene una imputación presupuestal, sí hay un compromiso de recursos.

Y del otro, porque *“habiendo dispuesto el monopolio con la celebración de cada contrato”*, la doctora GONZÁLEZ VILLA no ejerció la vigilancia y control sobre la correcta ejecución de los contratos 069 y 537, por lo que se produjo la apropiación indebida de recursos a favor de la FLA, la cual se consumó sobre el porcentaje destinado a la inversión en publicidad en cuantía de \$72.748.765 para el primero y \$138.443.130 para el segundo. Al respecto recordó que la responsabilidad del ordenador del gasto abarca todo el proceso contractual y por ello la aforada debe responder por la ejecución de los contratos incluyendo la inversión en publicidad, porque la misma hizo parte de los recursos pactados en el precio, con el fin de asegurar la mayor venta del producto.

A continuación, procede a efectuar el análisis de los medios suasorios que a su juicio corroboran su postura:

En punto del delito de interés indebido en la celebración de contratos, considera que se comprobó su materialidad con las minutas de los contratos interadministrativos de concesión números 69 de 14 de febrero, 302 de 10 de mayo y 537 de 24 de agosto, suscritos por la gobernadora GONZÁLEZ VILLA con la FLA en el año 2012, con el objeto de producir, a todo costo con la maquinaria del concesionario, 700.000, 1'500.000 y 2'000.000 unidades, respectivamente, de aguardiente doble añis de 30° alcoholímetros en presentación de 375 ml, así como la distribución, comercialización y venta del mismo en el departamento del Huila.

El interés se verificó en actuaciones previas y concomitantes a la celebración de los contratos, así:

1. En los estudios previos números 095, 498 y 791, correspondientes a los contratos interadministrativos de concesión 069, 302 y 537, respectivamente, por cuanto pese a estar consciente de las irregularidades en las que incurría en su elaboración, la gobernadora definió las condiciones en que se procedería a la celebración de los acuerdos de voluntad para entregar la explotación del licor, documentos que contienen elementos que demuestran en su conducta un claro desvío de poder.

Lo anterior si se tiene en cuenta que como fundamento normativo citó las ordenanzas números 06 de 1994 y 79 de 2005 de la asamblea departamental del Huila, para señalar que

contaba con autorización para la celebración de cada uno de los contratos, pero ninguno de esos actos administrativos generaba tal permisión, por cuanto, “*sin perjuicio de la legalidad*”, la ordenanza 06 autorizaba para contratar la producción, distribución y comercialización de licores, en tanto que la 079 contenía un mandato general para celebrar negocios jurídicos sin referirse al monopolio. Y si bien la literalidad de tales actos no definía el modelo de contratación a adoptar, sí advertía expresamente que éste debía estar conforme con la legalidad, lo que permite inferir que la doctora GONZÁLEZ VILLA era consciente del contenido y alcance de la autorización, es decir, sabía que las ordenanzas no la facultaban para la celebración de los llamados “*contratos interadministrativos de concesión*”, al punto que cuando iba a suscribir el 537 de 24 de agosto invocó una tercera ordenanza, la 003 de 26 de marzo de 2010, la cual es incluso anterior a los dos primeros contratos, en los que no fue citada.

En su criterio esta última ordenanza autorizaba al gobernador de Huila para que, bajo la modalidad de concesión contratara la producción, comercialización, distribución y venta del aguardiente doble anís, pero ésta, como las anteriores, respetó la competencia para adoptar el proceso de selección de contratistas, pues como lo informó el doctor Jorge Pino Ricci en declaración vertida en el juicio oral, el inciso primero del artículo primero ibidem contenía esa liberalidad, mientras que los numerales 1 a 15 -que generaban una obligación de hacer una licitación pública-, fueron suspendidos, de modo que la ordenanza, en cuanto indicaba la modalidad de concesión estaba vigente, sin obligar un proceso de selección.

En el marco expuesto, considera la fiscalía que correspondía a la gobernadora, como ordenadora del gasto y titular de la función contractual, adoptar el procedimiento de selección que, conforme a la legalidad -tal y como lo disponían las tres ordenanzas- garantizaba la realización del deber de selección objetiva y el principio de transparencia, pero no lo hizo.

Con base en el testimonio del abogado José Nelson Polanía Tamayo y en los artículos 2 y 4 de la ordenanza 003 de 2010, en los que se autorizaba al primer mandatario del departamento de Huila para que, en representación del mismo, contratara con entidades públicas o privadas la producción, comercialización, distribución y venta de hasta 200.000 unidades convertidas a 750 ml, necesarias para garantizar el abastecimiento del mercado mientras durara el proceso contractual resultante de lo dispuesto en dicha ordenanza, aduce que se evidencia que la autorización para contratar fue otorgada por el término de cuatro meses (artículo cuarto nunca suspendido) y con una condición: mientras se garantizaba el abastecimiento del mercado, lo que debía ocurrir en la vigencia fiscal 2010.

De lo anterior infiere que la ordenanza 03 de 2010 no contenía una autorización ilimitada -como pretendió hacerlover el testigo Pino Ricci-, ni incondicional, de lo cual era consciente la gobernadora GONZÁLEZ VILLA, pues dada su formación profesional y su experiencia como diputada sabía que no podía acudir a ese acto administrativo para amparar la

celebración del contrato 537 de 24 de agosto de 2012 y por eso no la usó en los negocios jurídicos previos.

Para la representante del ente acusador el desvío de poder atribuido a la acusada se evidenció también con el testimonio de Orlando Ibagón Sánchez, diputado del Huila para 2012, quien manifestó que la asamblea venía otorgando autorizaciones al gobernador para adelantar la contratación, pero para esa anualidad no le había conferido tal facultad a la doctora CIELO GONZÁLEZ por lo que habría actuado sin permiso de la duma, de modo que el que ella haya buscado la manera de fundamentar los contratos interadministrativos de concesión en actos que no tenían tal alcance, confirma su hipótesis.

2. La licitación pública no fue una opción real para contratar la concesión de la explotación del monopolio rentista, como tampoco lo fue otro modelo de selección, lo que se infiere de los testimonios de Nelson Polanía y Eduardo Trujillo, quienes refirieron que durante el periodo de empalme para iniciar la administración de la doctora GONZÁLEZ VILLA el gobernador saliente advirtió sobre la urgencia del abastecimiento de licor, pero dijo que no había contratado la producción porque había iniciado un proceso de licitación, que al final había abortarlo.

A su juicio estos testimonios demuestran que desde el empalme la doctora GONZÁLEZ VILLA tuvo conciencia de la necesidad de llevar a cabo un proceso de licitación pública para contratar la concesión para la producción, distribución,

comercialización y venta del aguardiente doble anís, a fin de asegurar su abastecimiento a largo plazo.

Rebate el argumento defensivo consistente en que la inminente necesidad del aprovisionamiento de licor impedía iniciar un proceso licitatorio, por lo que la contratación directa se imponía como urgente, sosteniendo que el mismo no encontró asidero probatorio, pues el dicho del testigo traído para apoyarlo (Nelson Polanía Tamayo) resultó contradictorio, toda vez que afirmó que el primer contrato interadministrativo de concesión se celebró por un mes con el propósito de enfrentar la crisis mientras se daba curso al proceso licitatorio pero se vieron forzados a seguir acudiendo a contratos de la misma naturaleza en dos oportunidades más, lo que evidencia, por un lado, que el proceso licitatorio no se inició nunca, es decir, no se ejercieron acciones tendientes a agotarlo, y por el otro, que la celebración del primer contrato no tuvo como intención superar de inmediato la escasez, sino que fue el primero de una serie de contratos que aseguraban a la FLA continuar con la producción, distribución, comercialización y venta del aguardiente doble anís.

Califica como evidente el ánimo del testigo Polanía Tamayo *“por justificar el proceso ilegal”*, cuando advirtió que desde el inicio de la administración se conformó un equipo interdisciplinario que comenzó a trabajar en estructurar pliegos de condiciones que permitieran adelantar la licitación pública y que en ese devenir pidieron el acompañamiento de los órganos de control, afirmación que en criterio de la fiscalía no tiene sustento en la realidad si se tiene en cuenta que tanto esta declaración como la de Pino Ricci fueron desvirtuadas con

la prueba documental incorporada al juicio, con la cual se constató que cuando ya había celebrado el primer contrato -el 069- la mandataria CIELO GONZÁLEZ VILLA remitió a la procuraduría el oficio 1282 de 25 de abril de 2012 solicitando el acompañamiento preventivo y de gestión para el proceso de contratación directa a través de contrato interadministrativo, lo que devela que la petición no tuvo la finalidad de recibir el acompañamiento para la estructuración del pliego que permitiera cumplir el principio de selección objetiva, como dicen los testigos, tanto así que el 31 de julio de 2012 envió a la procuraduría los estudios previos y los soportes de la contratación directa para revisión, lo que significa que ya era una decisión tomada y que en su afán de favorecer a la FLA lo único que intentó fue buscar aprobación y dar apariencia de legalidad a unos actos que ya habían nacido a la vida jurídica, pues el primer acto positivo de “acompañamiento” por parte del órgano de control tan solo se materializó el 05 de septiembre de 2012, cuando ya se habían celebrado los tres contratos interadministrativos de concesión desaprobados.

En ese contexto probatorio, advera, la sugerencia que hizo la procuraduría, consistente en elaborar unos estudios para estructurar pliegos que dieran vía libre a la licitación pública contando para ello con el apoyo de Fedesarrollo, constituye evidencia de que los procesos de contratación directa que se venían surtiendo en la gobernación y que la mandataria pretendía legitimar a través del órgano de control no garantizaban la libre concurrencia, pues lejos de avalar el procedimiento lo que hizo la referida entidad fue notar la irregularidad. Ello máxime cuando el estudio de Fedesarrollo, incorporado como prueba de la defensa, data de 24 de

diciembre de 2012, es decir, se obtuvo al término de la vigencia fiscal, cuando ya se habían celebrado los acuerdos de voluntades.

3. Los estudios previos 95, 498 y 791 no atendieron las reglas previstas en el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, invocado en el primer contrato, ni el numeral 1.1 del Decreto 734 de 2012, citado en los contratos 302 y 537 de acuerdo a su vigencia, toda vez que se omitió hacer referencia a las opciones con las que contaba el departamento sumado a que no se hizo el análisis de la más favorable, ni se aludió a los criterios de verificación habilitantes, ni a los factores de comparación, ni a los valores agregados que perseguían e implicaban beneficios y ventajas comparativas y tampoco fueron cuantificados los aportes de cada parte.

4. Los referidos estudios previos contrariaron lo dispuesto en el numeral primero del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque más allá de las formalidades de los decretos reglamentarios antes mencionados, dichos documentos tenían una falencia sustancial frente al principio de economía, toda vez que, según esa norma, para la escogencia de los contratistas se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, precepto éste que se incumplió desde dos puntos de vista: la exigencia del registro INVIMA como requisito particular para la producción del aguardiente doble añís y los acuerdos celebrados para mejorar las condiciones económicas del contrato, como pasa a demostrarlo:

(i) En el numeral uno del acápite denominado “*condiciones técnicas del oferente*”⁸, se incluyó como requisito que debía cumplir el proponente el contar con registro sanitario vigente expedido por el INVIMA que lo autorizara a producir y distribuir aguardiente doble anís, condición específica que implicaba un procedimiento adicional por fuera del estrictamente necesario exigido por el estatuto de contratación, pues en criterio de la fiscalía se estaba exigiendo que el proponente tramitara un registro más allá de la capacidad de producción del licor, al solicitar uno tan específico como lo es la producción de aguardientes doble anís, lo que minaba el proceso de selección e impedía que las demás industrias licoreras accedieran a la contratación presentando sus propuestas, con lo cual se desconoció el principio de libre competencia, en la medida en que en las discusiones se advirtió que la única que tenía el registro INVIMA era la FLA, como lo declaró el testigo Pino Ricci.

Aduce que desde el empalme la acusada tuvo conocimiento de que la FLA venía celebrando contratos con la gobernación del Huila y que como titular de la marca era el ente territorial el que autorizaba el registro INVIMA, por tanto la doctora GONZÁLEZ VILLA sabía que la única que contaba con ese registro era la FLA y por ello lo incluyó en el estudio previo 095 que sirvió de guía para los subsiguientes (498 y 791), correspondientes a los contratos 302 y 537, en los que se incluyó la siguiente consideración: “*que el departamento de Antioquia, Fábrica de Licores y alcoholes (sic) de Antioquia es la única licorera oficial que aparece con registro vigente como productor en el registro sanitario INVIMA del aguardiente doble anís de 30° alcoholímetros*”, de

⁸ De los estudios previos 095, 498 y 791 de 2012.

donde deviene que la actuación de la mandataria fue premeditada.

De lo expuesto concluye la fiscalía que los estudios previos se hicieron como un acto de adjudicación, teniendo en cuenta que la FLA era la única licorera oficial que tenía el registro sanitario INVIMA, lo que constituye un evidente desvío de poder, en tanto lejos de garantizar la libre concurrencia la aforada soslayó la información aportada por las licoreras de Cundinamarca, Caldas y Valle sobre su capacidad de producción.

(ii). Acordó con un proponente las condiciones de mercado sin agotar un proceso de selección, lo que evidencia la falta de objetividad en el trámite del proceso contractual y la violación del principio de transparencia, habida cuenta que una vez terminó el contrato 069 la doctora GONZÁLEZ VILLA mantuvo la firme intención de continuar favoreciendo a la FLA, pues sin haber realizado gestión alguna para estructurar un pliego de condiciones que asegurara el cumplimiento del deber de selección objetiva y a pesar de haber conformado desde el primer día un equipo interdisciplinario, decidió reunirse el 27 de abril de 2012 con funcionarios de la gobernación de Antioquia a fin de mejorar las condiciones económicas de los venideros contratos, hecho que además se declara en los estudios previos 498 y 797.

Es decir, aduce, se mejoraron las condiciones económicas para el departamento del Huila por parte del contratista, lo que demuestra la expresa voluntad de la gobernadora de continuar contratando la producción del licor de manera directa con la

FLA, como en efecto ocurrió con el contrato 302 y quedó consignado en el estudio previo 498, parte final del párrafo 14, en el capítulo correspondiente a la definición y justificación de la forma de solventar la necesidad, donde se lee, “*por lo que se acordó una nueva contratación*” y posteriormente con el contrato 537, pues en el estudio previo 791, en el mismo capítulo, párrafo 16, se hace constar que la FLA envió la propuesta el 16/08/2012 y en ella señaló: “*con las mismas condiciones económicas acordadas en el acta de reunión número uno del 27/04/2012*”, olvidando la gobernante departamental que aún en los contratos celebrados por contratación directa el deber de selección objetiva y la garantía del principio de transparencia son obligatorios.

Rememoró la interviniente que la reunión en comento, cuyo fin era “*mejorar las condiciones económicas*”, tuvo lugar el 27 de abril 2012 y el oficio mediante el cual la gobernación solicitaba el acompañamiento de la procuraduría fue el 25 de los mismos mes y año, es decir, sólo 2 días antes, por lo cual insiste en que lo que pretendía la gobernadora era justificar su proceder, mas no adelantar un proceso de selección del contratista conforme a la legalidad.

A continuación insistió en derruir el planteamiento defensivo respecto de la urgencia manifiesta que habría motivado a la otrora mandataria del Huila a celebrar los contratos con la FLA, señalando que ella no la contrató de manera directa con el fin de suplir las necesidades de abastecimiento, sino para favorecer a dicha contratista, sin que pueda alegar que el procedimiento de contratación con una entidad pública o con la secretaría de hacienda de la

gobernación de Antioquia lo justifique, pues nada excusa la limitación a la libre competencia, ni la violación de los principios de transparencia y de economía, si se tiene en cuenta que el no permitir el acceso a otros proponentes sustrae a la administración de la posibilidad de escoger la mejor oferta.

5. En este caso se tomó como única opción a la FLA y lo cierto es que para ejecutar el objeto del contrato esta “*empresa*” (sic) tuvo que acudir a la subcontratación de las actividades de comercialización, como lo demuestran las pruebas documentales incorporadas en el juicio, que dan cuenta de la oferta de concesión mercantil mediante la cual la empresa Licorsa se comprometió a comprar las unidades de aguardiente doble anís derivadas de los “*contratos interadministrativos*” de concesión celebrados durante la vigencia 2012 con la FLA, lo que evidencia que ésta subcontrató porque no tenía la infraestructura para la comercialización, distribución y venta del referido licor, trasladando, a su vez, la obligación de efectuar la inversión en publicidad al comercializador Licorsa, con las consecuencias que ello comportó en la apropiación de recursos.

6. En el trámite del contrato 069, el 26 de enero de 2012 se hicieron unas invitaciones a cotizar otorgando un término de 3 días -hasta el 31 de enero- para la presentación de las cotizaciones, plazo que sólo favorecía a la FLA, puesto que ya antes había suscrito contratos con la gobernación de Huila.

Otro acto de desvío de poder se evidenció cuando los destinatarios de la invitación para la producción y comercialización de 700.000 botellas de aguardiente doble anís

solicitaron prórroga para presentar su cotización pero no recibieron respuesta, como lo reconoció en su declaración el señor Polanía, quien advirtió que las licoreras a quienes se les libraron los oficios no entendieron que se trataba de una solicitud de cotización y no de una oferta y por eso pidieron 8 o 5 días de plazo para contestar el requerimiento y si bien la petición no fue atendida postergando el plazo, ello obedeció a que la gobernación no había solicitado ofertas, sumado a que ya tenían tres o cuatro cotizaciones en la mesa con las cuales construyeron el estudio previo y ante la premura en la situación de desabastecimiento que se les venía encima, procedieron a contratar.

En criterio de la fiscalía la declaración del señor Polanía no corresponde a la verdad, pues se probó que la FLA fue la única empresa que en enero de 2012 presentó la propuesta para la producción y comercialización de 700.000 botellas de aguardiente doble anís, pero ello obedeció precisamente a que no se prorrogó el término a las otras licoreras, lo que evidencia que la invitación respondió a una mera formalidad, pues si se trataba de un estudio de mercado, como dice la defensa, o de un acto propio del proceso de selección, como ella lo advierte, lo cierto es que las invitaciones a cotizar no cumplieron su finalidad y, por el contrario, demuestran que había otras industrias a quienes se podía convocar en un proceso de selección y que sí había manera de buscar una mejor oferta, aunado a que la doctora CIELO GONZÁLEZ, quien las firmó era consciente de esa posibilidad pero la obvió, lo cual constituye desvío de poder.

Ahora bien, en el ítem de “*definición de la forma de solventar la necesidad*”, literal d), del estudio previo 095, se señaló que con el fin de “*conocer los precios en el mercado de la maquila de su marca*” la administración cursó invitación a cotizar a cuatro licoreras de las cuales solo la FLA manifestó interés, luego ninguna corroboración tiene el dicho del testigo Polanía Tamayo en el sentido que tuvo cuatro cotizaciones sobre la mesa con las que construyeron el estudio previo y procedieron a contratar. Tampoco es válido aceptar, como dice el deponente, que la solicitud fue de cotización y que “*de pronto nos entendieron como ofertas*”.

Sostiene la fiscalía que en los procesos contractuales las reglas incompletas, ambiguas, confusas, que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de las entidades y los servidores, vulneran el principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150, vigente para la fecha de celebración del contrato, de modo que si el proceso contractual fue confuso, eso es responsabilidad de quien suscribió el acto, en este caso la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA como ordenadora del gasto.

Llamó la atención en que en el formato de estudios previos 095, en la resolución de justificación 003 de 2012 y en el contrato 069 se afirmó que tan sólo la FLA manifestó su interés en la producción de 700.000 unidades de aguardiente doble añis bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el departamento y que las tres licoreras restantes dijeron no poder cumplir las condiciones establecidas y no cotizaron la maquila, hecho que no corresponde a la realidad pues en la

respuesta a la invitación efectuada por la gobernadora el 26 de enero de 2012, el doctor Carlos Eduardo Neira Estrada, gerente general de la industria licorera de Caldas, el 31 de enero, fecha en que se vencía el término otorgado, solicitó se “*amplíe el plazo para presentar nuestra propuesta*”. Las razones que adujo partieron de señalar que la invitación la recibió el 27 de enero, día viernes, tiempo insuficiente para validar los insumos de producción.

En consecuencia, en sentir de la fiscal delegada quedó probado que las licoreras invitadas en ningún momento manifestaron no poder cumplir con las condiciones, sino que lo solicitado por ellas fue la ampliación del término para presentar la propuesta, que fue de solo 3 días, de manera que si no cotizaron la maquila fue porque no se les dio el plazo suficiente para hacerlo. La situación no fue diferente con los contratos 302 y 537, pues éste fue un comportamiento sistemático, aclarando que durante la vigencia fiscal de 2012 no hubo más invitaciones, como lo reconoció el testigo Polanía Tamayo.

7. Por lo demás, advera, en las resoluciones 039 y 213, con las cuales se justificaron los contratos 302 y 537, respectivamente, se afirmó que en enero y abril de 2012 se habían cursado invitaciones a las licoreras de Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle para cotizar para el departamento del Huila, a todo costo, la maquila del aguardiente doble anís; sin embargo, se probó que solo fueron enviadas invitaciones en enero para la producción de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, que fue el objeto del contrato firmado en febrero, en tanto que en los referidos meses

no se enviaron invitaciones para cotizar la producción de 1'500.000 unidades y de 2'000.000 de unidades, respectivamente, que era el objeto de los referidos contratos.

Ahora, si bien el testigo Polania manifestó que *“los dos últimos contratos se fortalecieron con dos cotizaciones, la de enero y la de abril, pero ello no significa que para cada uno se tuviera que cotizar nuevamente”*, es claro que con este aserto pretende distraer la atención sobre lo que ocurrió en realidad, porque las invitaciones de enero solo fueron para cotizar 700.000 unidades, en tanto que en marzo se hicieron otras pero para cotizar 3'500.000 unidades, cantidad que coincide con la suma de los dos últimos negocios jurídicos. Empero, esas invitaciones daban cuenta de la pretensión de celebrar contratos interadministrativos de concesión por el término de 10 años, no el objeto de los contratos glosados, es decir, la invitación sólo coincide con los contratos celebrados en su naturaleza, no en la cantidad ni en el plazo, de donde infiere que son términos ambiguos, confusos, no reales, que vulneran la legalidad del proceso contractual y de manera concreta, el principio de responsabilidad.

Tras recordar lo atestado por Polanía Tamayo en el sentido que para el primer acuerdo de voluntades se tuvieron en cuenta las cotizaciones de enero, pero que para los venideros contratos pensaron en adelantar un proceso licitatorio, por lo cual en marzo o abril se hizo una nueva invitación a cotizar con la finalidad de construir los estudios previos y que tales invitaciones les sirvieron también para los dos contratos subsiguientes, sostuvo que tales afirmaciones no son de recibo, pues de conformidad con el texto de las

invitaciones, las cotizaciones se requerían para celebrar “*contratos interadministrativos*” a diez años, no para licitar, como dice el testigo.

8. Los actos administrativos de justificación no contienen los requisitos previstos en los artículos 77 del Decreto 2474 de 2008 para el contrato 069 y 3.4.1.1 del Decreto 734 de 2002 para los contratos 302 y 537. Por tanto, aduce, más allá de la formalidad del acto “*su motivación radica en la presunta autorización otorgada por las ordenanzas a la Asamblea (sic) y en las invitaciones que habría cursado la administración departamental, aspectos sobre los que ya se había pronunciado*”.

Pero es que, además, a su juicio tales actos administrativos nada dicen sobre las razones por las que se acudió a la contratación directa, obviando la regla general sobre la modalidad de contratación. Por eso, en el acta de reunión del 05 de septiembre de 2012, la procuraduría le recordó el acatamiento de los preceptos legales, los principios de la contratación estatal y de la licitación pública en general. Esos actos de justificación se estaban constituyendo en actos de adjudicación de los contratos.

9. En el estudio previo 095 se dijo que se venía recuperando el posicionamiento de la marca en el mercado interno y en los estudios 498 y 791 se reitera dicha afirmación para justificar la contratación directa con la FLA. Sin embargo, en sentir de la fiscal, esa manifestación es contraria a la realidad, conforme se advierte en el oficio 378 de 05 de junio de 2012, en el que se indica que las ventas de aguardiente doble anís en el periodo que va de 1998 a 2011 tenían un

comportamiento y se destaca el decrecimiento durante los años 2009 a 2011 en comparación con los años 2000 a 2007. Empero, contrario a lo expuesto por la defensa, el informe de la contraloría guarda coherencia y recibe soporte en el oficio (sic) de 12 de abril de 2017 expedido por Licorsa, en el que afirma que durante las vigencias 2009 a 2011 sólo se pactó con la FLA la presentación de 375 ml, mientras que la contratación anterior a esas vigencias, esto de 2005 a 2007, se negoció, además de la presentación de 375 ml, la de 2000, 1500, 750 y 50; es decir, el patrón de comparación debía ser diferenciado, aunado a que en los años 2008 y 2009 la producción decreció en la presentación de 375 pero se siguió contratando en presentación de 750 y 2000, por lo que si bien puede advertirse que la producción en 2009 y 2011 subió en la presentación de 375, la gobernación no podía soslayar el comportamiento del mercado en años anteriores, por lo que argumentar que la FLA ayudó a posicionar la marca en el mercado se constituyó solo en un mecanismo para justificar la contratación, pero no responde a un verdadero análisis del mercado.

Por eso, aduce, los asesores se ocuparon de verificar cómo había procedido el gobernador anterior para justificar los contratos celebrados de manera directa, pero nunca constataron cómo se había iniciado el proceso de licitación pública, ni porqué se había malogrado, pues nada de eso les interesó. A ello se refirió el testigo Polanía Tamayo, entonces jefe de la oficina de contratación, cuando manifestó que desconocía el proceso licitatorio, el cual ni siquiera revisó porque no lo consideró necesario, como tampoco le interesó a la gobernadora, pues lo que pretendían era adelantar un

proceso de contratación directa y por eso se ocuparon de verificar cómo se hacían esos contratos.

Indica que no hay un solo acto que evidencie que procuraron dar el paso a un proceso de selección objetiva, fuera por licitación o por cualquier otra modalidad de contratación, porque todos los actos estaban dirigidos a contratar de manera directa a la FLA. Por eso el equipo interdisciplinario de la mandataria, encargado de implementar la contratación a instancias de ella, se dedicó a darle apariencia de legalidad a un contrato interadministrativo, cuando un comportamiento transparente, acorde con los fines del Estado, le imponía buscar todas las alternativas y sobre todo asegurar la libre concurrencia, siendo por ende menester averiguar lo ocurrido con el proceso fallido.

Así las cosas, la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA contravino la disposición contenida en el numeral octavo del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, porque actuó con abuso y desvío de poder al eludir los procesos de selección objetiva, vulnerando el principio de transparencia.

Al respecto el testigo Anselmo Perdomo Leyva, quien hizo parte del equipo auditor de la contraloría, ratificó que la regla general del proceso de contratación pública es la licitación en tanto que la contratación directa sólo opera por vía de excepción, asegurando que durante la auditoría no entendían si lo hallado era un contrato interadministrativo o uno de concesión, por cuanto cada uno de ellos tiene una connotación distinta. Dijo además que la contraloría departamental advirtió

en el oficio 378 de junio de 2012, cuando le respondió a la gobernadora sobre la solicitud de acompañamiento preventivo, que *“no se puede soslayar que el contrato de concesión tiene como elemento sustancial la persecución de un beneficio y según las voces del artículo 32 de la Ley 80, de manera expresa presupone que el concesionario recibe una remuneración condición o circunstancia que no opera y, al contrario, se proscribe para los convenios interadministrativos”*. Recordó también que en su declaración el abogado Pino Ricci afirmó que no era un contrato sino un convenio, cuando a juicio de la fiscalía, *“los contratos son innominados, pues la realidad del contrato es el objeto”*.

Corolario de lo expuesto, en el juicio se evidenció que la conducta de la gobernadora fue activa, pues suscribió el estudio previo para el contrato 069 de 2012, las invitaciones a cotizar, los actos administrativos de justificación y celebró los contratos objetados, todo lo cual hizo de manera consciente y voluntaria, no solo informada -como ella misma lo reconoció- sino que fue ella quien estuvo al frente de cada actividad, conocía las condiciones de la contratación y dispuso la forma en la que ésta debía surtirse, por lo cual ninguna razón hay para pretender excusar su responsabilidad en la desconcentración de funciones.

En efecto, por su liderazgo en el departamento, la gobernadora hacía seguimiento continuo a cada acto que profería y para eso se aseguró de contar con un equipo interdisciplinario y un comité de contratación del que hacían parte Nelson Polanía, jefe de la oficina de contratación, y Luis Miguel Posada, secretario privado, quienes en sus declaraciones refirieron a que la actividad de la hoy acusada no

se limitaba a dar un simple aval, sino que adoptaba las decisiones, por lo cual la capacidad de comprensión de la doctora GONZÁLEZ VILLA no ofrece discusión (es abogada con experiencia profesional en administración pública dado su ejercicio como diputada y alcaldesa de Neiva, lo que acredita su experiencia).

En cuanto al peculado por apropiación a favor de terceros, considera que cumplió con la carga de demostrar no solo la existencia de la conducta punible sino la responsabilidad de la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, si se tiene en cuenta que en cada contrato se pactó el precio oficial de la unidad del producto, que correspondía a \$9.627, suma que incluía el valor del porcentaje publicitario equivalente al 4% de dicho precio.

Desde los estudios previos, en el ítem de obligaciones y especificaciones del producto, se definió que la inversión en publicidad estaba a cargo del contratista y en los numerales 11 de las cláusulas sexta del contrato 069 y séptima del 537 se acordó *“invertir un porcentaje como aporte publicitario equivalente al 4% sobre el precio de venta de cada botella de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml vendida”*, obligación que debía ser cumplida durante el periodo de su ejecución, esto es, hasta el 13 de marzo de 2012 para el primero y el 31 de enero 01 de 2013 para el segundo, según se advierte en cada una de las minutas que los contienen, en las que se señaló el plazo de ejecución.

De otra parte, la expositora llama la atención sobre lo acordado en los numerales 2 de las cláusulas sexta y séptima de los contratos 069 y 537 de 2012, respectivamente, en el sentido que el concesionario se obligaba a producir y

comercializar las unidades contratadas y en los numerales 10 ibidem se convino que la comercialización se haría a través de un tercero cuya escogencia corría por cuenta y riesgo de la FLA, siendo elegida en este caso la empresa Licorsa, quien al entender de la fiscalía debía realizar las ventas en el tiempo de ejecución del contrato, por lo que la inversión en publicidad debía cumplirse en ese plazo.

Agrega que ello es así, porque en el mismo contrato quedó pactado el precio oficial de venta y de él se deducía *ex ante* el descuento del comercializador y el aporte publicitario, por lo que el subtotal del precio equivalía a \$7.545 para el contrato 069 y a \$7.552 para el 537, lo que implica que desde la celebración del contrato estas sumas quedaban apropiadas con una destinación específica. Así lo señaló Fedesarrollo en su estudio, en el que indicó que los ingresos debían asegurarse desde el contrato de producción.

De lo expuesto colige que la responsabilidad de la doctora GONZÁLEZ VILLA deviene de la forma en que tramitó y definió los términos de los contratos y las condiciones económicas acordadas. Ella los celebró, pactó esas condiciones, estimó el precio y con él la apropiación de un porcentaje de recursos con una finalidad particular, esto es, la destinación para publicidad como obligatoria al concesionario, siendo claro que el cumplimiento de las obligaciones a éste impuestas debía ser garantizado por la administración departamental y concretamente por la gobernadora como representante de la entidad, responsable de las rentas y, por supuesto, de la ejecución del monopolio.

En efecto, la mandataria decidió que la supervisión del contrato 537 se haría por cuenta propia a través del secretario de hacienda y en el contrato 069 por una interventoría externa, pero nada de eso ocurrió, pues no ejerció la función de vigilancia y control sobre la ejecución de los contratos, no cumplió la obligación de asegurar las rentas departamentales conforme lo obliga el numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Política, porque si bien el porcentaje de inversión en publicidad no hace parte del monto que ingresa a las arcas del departamento, esa inversión sí tiene un propósito especial cual es incrementar las ventas: *“a mayor publicidad mayor comercialización, mayores ventas y, por tanto, mayores rentas por el recaudo del impuesto de consumo de licores, lo que significa mayores ingresos para el departamento por concepto de rentas”*. Para sustentar su postura cita los artículos 61 y 66 de la Ley 14 de 1983, *“por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales”*, en los que se prevé un impuesto al consumo.

Estima que en ejercicio de sus funciones la gobernadora era garante de la correcta inversión de los recursos y pese a ello no verificó ni controló la debida ejecución de los contratos, facilitando así que la publicidad no se cumpliera, de donde infiere la existencia de una defraudación al erario, pues el porcentaje de inversión en publicidad era descontado del precio oficial de venta al público y el monto que se recauda por concepto de rentas es directamente proporcional a las ventas.

Para sustentar su postura respecto de la apropiación de los recursos remite al dictamen pericial rendido por la experta Yenny Rocío Ramírez (sic) Martínez, quien precisó las cuantías, el monto de las ventas a partir de la facturación probada en

cada caso y el porcentaje correspondiente a lo que equivalía el 4%, insistiendo la fiscal delegada en que quedó probado que eran \$72.748.765 por el contrato 069 y \$138.443.130, por el contrato 537; así mismo alude al oficio emanado de la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia el 1° de febrero de 2007 con destino a la gobernación de Antioquia (sic) sobre la inversión en publicidad realizada durante las vigencias 2009 a 2013. Estima que contrario a lo pretendido por la defensa, esa prueba demuestra que la gobernación del departamento del Huila no contaba con un registro correspondiente a dicha inversión, pues hasta entonces apenas estaba preguntando por ella.

A lo anterior se suma que de acuerdo con lo pactado la inversión en publicidad debía realizarse durante la ejecución de los contratos, como lo confirmó el testigo Mauricio Ortiz al indicar que si no se cumplía dicha obligación en el término previsto, el concesionario requería una autorización para invertir los recursos en el contrato siguiente, conforme se lee en el último párrafo del oficio, y que la FLA venía incumpliendo la obligación de inversión en publicidad, pues en ese oficio de 2017 estaba declarando un saldo pendiente de inversión en publicidad del año 2013.

A su juicio la inversión en publicidad realizada por fuera del término de ejecución, primero, no puede corresponder al valor descontado del precio oficial de venta con esa finalidad, pues si la misma se realizó en el tiempo de ejecución, la inversión debió ser inmediata. Y, segundo, si fue pactada para el periodo 14 de febrero a 13 de marzo de 2012 y se hizo en junio, *“ningún efecto pudo tener en la comercialización y aumento en las*

ventas para los contratos subsiguientes, lo que ocurre también con el contrato 537”.

Por tanto, estima que ese fue el control que no ejerció la gobernadora CIELO GONZÁLEZ, quien no era ajena a su responsabilidad por el hecho de haber designado un supervisor, sencillamente, porque si ella hubiera verificado que ese requisito no se había cumplido en el contrato 069 se habría dado cuenta que la obligación publicitaria se llevó a cabo en junio, cuando el contrato se agotó en marzo. Y si ella hubiera hecho ese control no habría tenido porqué contratar en mayo y en agosto (al menos debió verificar que las obligaciones del primer contrato no se cumplieron).

Insiste en que si no había una imputación presupuestal ello no quería decir que no hubiera compromiso de recursos públicos. Fue una actividad deliberada desde el trámite y celebración de los contratos, por eso el peculado no es aislado a su ejecución.

Por las razones expuestas concluye que se probó más allá de toda duda que la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA incurrió en las conductas punibles de interés indebido en la celebración de contratos sobre los contratos 069, 302 y 537 de 2012 tipificado en el artículo 409 del Código Penal, y peculado por apropiación conforme al artículo 397, incisos primero y segundo, en concurso heterogéneo, porque dispuso de los recursos del erario y no ejerció la vigilancia y control sobre la debida ejecución de los negocios 069 y 537 en las cuantías ya definidas, cometidos en las específicas circunstancias de menor y mayor punibilidad relacionadas con la carencia de

antecedentes artículo 55, numeral primero y la realización de conductas sobre bienes o recursos destinados a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad, artículo 58, numeral uno, delitos por los cuales debe responder en calidad de autora.

2.2. Representante de víctima

No hace un pedimento especial, dejando a la Corte la libertad de proferir el fallo que en derecho corresponda, sea éste de carácter condenatorio o absolutorio, según los siguientes planteamientos:

Luego de hacer un recuento pormenorizado de los hechos jurídicamente relevantes relacionados en la acusación (escrita y verbal) y de citar un precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos, asegura que en este caso concurren algunos de los elementos que estructuran ese tipo penal, como el de la calidad de servidor público ostentada por la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA, quien para la época de los hechos fungía como gobernadora del departamento del Huila.

El segundo de los requisitos exigidos para que se tipifique el reato en mención es la realización de una operación contractual a nombre de cualquier entidad estatal, el cual también se cumple en todos y cada uno de los tres “*contratos interadministrativos*” censurados.

Finalmente, la norma exige un interés particular del agente estatal, diferente a los fines de la función pública. Sobre

este requisito no queda duda del marcado interés que entonces le asistía a la gobernadora del Huila para que fuera la FLA la encargada de la producción, comercialización y distribución del aguardiente doble anís, situación que se devela con las actas de la reunión suscritas antes de la celebración del contrato, en la que se discutieron aspectos técnicos precisamente respecto a lo que más adelante se convirtió en las obligaciones contractuales.

Sin embargo, de acuerdo con lo dicho por la Corte Suprema, ese interés debe estar dirigido a fines disímiles de la función pública, esto es, a desconocer la garantía del bien común y a solventar intereses particulares, presupuesto que no se cumple en el asunto bajo análisis, porque las diferentes probanzas de la defensa dejaron al descubierto algunas posibles razones jurídicas y técnicas que conllevaron a que fuera la FLA la empresa escogida por la administración departamental para cumplir el objeto de producir el licor doble anís, entre ellas que la entidad productora de licores debía tener el registro INVIMA y la FLA era la única que contaba con este documento.

Sobre el aspecto de las reuniones, el representante de la víctima indica que las mismas fueron justificadas precisamente por la necesidad de concretar aspectos técnicos requeridos para la correcta ejecución de lo que se convirtió en esos contratos y si bien la Fiscalía acopió todos los documentos contractuales y dejó en evidencia algunos yerros frente al desarrollo del contrato, a su juicio ello no puede traducirse en la estructuración típica de la conducta delictual en comento.

Arguye que la defensa de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA procuró develar algunas situaciones que presuntamente generaron la necesidad de adoptar el medio contractual escogido (contratación directa), como lo es la urgencia de contar con el licor para que el departamento pudiera quizás solventar el no tener un decaimiento en el porcentaje que debería invertirse en el sector salud, porque si se hubiera adelantado el proceso de licitación pública se habría demorado un poco.

Sostiene el disertante que nada se ha dicho frente al inicio de la licitación pública, de la cual tenía conocimiento la gobernadora desde el momento en que se posesionó, porque dicho proceso se venía adelantando desde la administración anterior y se terminó en el periodo del gobernador saliente. En este marco, si se formó un comité interdisciplinario para que acompañara el cumplimiento de la selección directa y no se buscó iniciar de inmediato el trámite del proceso de licitación contractual, ello obedeció al propósito de solventar esa necesidad que indica la defensa (urgencia manifiesta), quizás para no tener un detrimento en los rubros del departamento, conforme a lo que son las circunstancias de lo que genera el expendio de licores.

De otra parte, aduce el interviniente que para “*hacer esa contratación directa*” existe una facultad en la Ley 80 de 1993, como lo indicó el testigo Jorge Pino Ricci al afirmar que dicha normatividad daba una justificación centrada en tres aspectos: (i) el estudio de mercado que se hizo en ese período con cotizaciones viejas, que sirvieran incluso como base para otras contrataciones similares; (ii) la administración departamental

contrató directamente por tratarse de un arbitrio rentístico, a fin de evitar el decaimiento económico para la salud del departamento y (iii) la FLA era la única entidad con el registro INVIMA y por ello se le miraba como predilecta, por así decirlo, para que ejecutara estos contratos de producción, comercialización y distribución del licor doble anís.

Frente al delito de la falsedad ideológica en documento público, adveró el abogado del departamento del Huila que en el escrito de acusación la fiscalía argumentó la existencia de unas disimilitudes frente a lo que se indicaba, por ejemplo, que algunas de las entidades habían manifestado no poder cumplir con esa circunstancia contractual cuando lo que habían pedido era un plazo para allegar al departamento del Huila las cotizaciones. A su juicio, esto sería lo único que se podría argüir frente a lo que sería la comisión del referido hecho punible, que se ve en todos los estudios previos de los tres contratos.

Finalmente, frente al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, afirma el orador que según el escrito de acusación la gobernadora omitió ejercer la debida supervisión de los contratos, pero esta obligación estaba radicada en cabeza la secretaría de hacienda departamental, encargada de establecer la responsabilidad frente a la posible apropiación de los recursos del contratista en relación con las inversiones del porcentaje publicitario que se habían pactado en los contratos suscritos con la FLA.

Considera que conforme a los informes periciales suscritos por los profesionales Gina (sic) Rocío Martínez y

Humberto Aguilar (funcionarios de la Fiscalía General de Nación), se pudo constatar que no se invirtió la totalidad de los porcentajes fijados en los contratos interadministrativos en relación con el ítem de aporte publicitario, que ascendía al 4% del valor de los contratos (sic), lo que permitiría ver o suponer que, en efecto, no se realizó una debida supervisión por parte de la acusada. Empero, arguye, esta situación lo que estructura es un actuar omisivo y no uno doloso por parte de la entonces gobernadora GONZÁLEZ VILLA.

2.3. Ministerio Público

Estima que en este asunto no se reúnen los presupuestos exigidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para emitir un fallo condenatorio contra la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA, toda vez que en su criterio existen graves falencias de carácter dogmático, de análisis probatorio y de identificación de hechos jurídicamente relevantes en la acusación (tanto en el escrito como en la diligencia de su formulación oral) y en el sostenimiento de la misma por parte de la Fiscalía General de la Nación.

El primer punto, referido al delito de peculado por apropiación en favor de terceros, la imputación se concretó en que la acusada no ejerció vigilancia ni control sobre la debida ejecución de los “*contratos interadministrativos*”, es decir, se le atribuyó falta de verificación, infracción al deber objetivo de cuidado que le correspondía como ordenadora del gasto, lo que significa que la sustentación es claramente la de un comportamiento imprudente cuando la descripción típica del peculado por apropiación en favor de terceros es

eminentemente dolosa. En otros términos, la fiscalía no probó el dolo en este hecho, máxime cuando sus manifestaciones y sustentaciones se dirigieron a la imputación de un comportamiento imprudente.

Aduce que la misma situación ocurre con los delitos de falsedad ideológica que se le atribuyeron, pues si se analiza el escrito de acusación, se habla de diez (10) falsedades ideológicas en documento público pero la fiscalía no determinó cuáles son las palabras, las expresiones, los documentos específicos que contienen las mendacidades o situaciones falaces, al punto que trata de corregir el yerro sosteniendo ahora que no mantiene la acusación por estos delitos porque en su entender hay un concurso aparente, sumado a que estas situaciones son las que darían lugar a reforzar el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

Frente este reato, para el señor procurador delegado es claro que la sustentación de la fiscalía, el programa metodológico que dirigió y su teoría del caso estuvieron más dirigidos a la demostración del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales. En efecto, se preocupó siempre por discutir si existía o debía existir una licitación pública, si se debía hacer una selección objetiva y no a hacer la imputación subjetiva de ese ingrediente normativo del tipo penal que es el interés indebido en la celebración del contrato, que no es más que el propósito de defraudar los fines que le competen al Estado social y democrático de derecho cuando se celebra un contrato público.

Arguye que fue en esta línea argumentativa que se acusó a CIELO GONZÁLEZ VILLA en calidad de autora del delito de interés indebido en la celebración de contratos (por la suscripción de los contratos interadministrativos de concesión 069, 302 y 0537 de 2012), por considerar la fiscalía que faltó al deber de satisfacer el interés general en la actividad contractual del Estado y con desvío del poder, transgrediendo los principios de transparencia, economía, selección objetiva e igualdad, toda vez que favoreció en forma indebida a la FLA.

Indica que uno de los cuestionamientos era si debía obtener el permiso de la asamblea departamental para contratar el monopolio rentístico previo a la celebración de los “*contratos interadministrativos*”, pero lo cierto es que se revisaron las ordenanzas por el jefe de contratación departamental, José Nelson Polanía Tamayo, y por Jorge Pino Ricci, abogado externo de la gobernación, quienes verificaron la vigencia de las ordenanzas en atención a que no habían sido anuladas por autoridad competente, postura que encuentra sustento legal en el artículo 85 del Decreto Ley 1222 de 1986, que disponía que las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Alega que la fiscalía ha sustentado la pretensión de condena en que la única empresa de licores del Estado colombiano que contaba con el registro INVIMA vigente era la licorera de Antioquia y a ella (la fiscalía) eso le parece mal, consideración de la cual se aparta pues, por el contrario, lo que se estaba verificando y exigiendo por la gobernadora era el cumplimiento de un requisito de ley para la producción del

aguardiente doble anís, precisamente para el logro de los fines del Estado social y democrático de derecho, pues se estaba contratando con una empresa que garantizaba el cumplimiento de requisitos legales -como el citado registro-, con el cual contaba porque ya venía produciendo el aguardiente del departamento del Huila, luego no se trató de privilegio para favorecer a la FLA.

Sobre los procesos licitatorios iniciados en el año 2011 por la administración saliente, solicita se tenga en cuenta lo manifestado por el jefe de contratación de la gobernación del Huila, José Nelson Polanía Tamayo, quien aseguró que con la información obtenida por el equipo de empalme la gobernadora conformó un grupo interdisciplinario integrado por las secretarías de hacienda y planeación, abogados externos y el jefe de contratación, para buscar una salida técnica, jurídica y financiera, luego de analizar lo contemplado en la Ley 1474 de 2011, reglamentaria (sic) de la Ley 1057 (sic) de 2007, el cual le recomendó celebrar un contrato interadministrativo con la gobernación de Antioquia-fábrica de licores y alcoholes, tal como antaño lo había hecho el gobernador anterior, con el propósito de evitar tanto el desabastecimiento de licor como un posible detrimento patrimonial y, sobre todo, en la línea de los fines del Estado social y democrático, asegurar los recursos de la salud pública.

Llama la atención sobre lo acotado por el testigo Polanía Tamayo, en el sentido que la licitación pública de la concesión de aguardientes le habría tomado a la administración por lo menos dos meses y medio para la estructuración del proceso lo que los obligó a avanzar con dos o tres contratos

interadministrativos por unidades de 1'500.000 o 2'000.000 mientras el equipo consolidaba unos verdaderos estudios. Enfatizó así mismo el deponente que la administración de CIELO GONZÁLEZ VILLA no encontró ningún proceso licitatorio en curso, aspecto que al decir del ministerio público lo corroboraron María Fernanda Guevara Cadena y Héctor Galindo Yustres, funcionarios de la secretaría de hacienda del departamento, quienes precisaron que en el gobierno de Luis Jorge Sánchez se iniciaron dos procesos licitatorios: uno que se cayó y el otro que contaba con pliegos definitivos, pero por el cambio de administración lo echaron para atrás.

Concretamente María Fernanda Guevara Cadena declaró que por recomendación del equipo interdisciplinario se decidió contratar de manera inminente con la FLA como lo venía haciendo la administración anterior, precisando que en el periodo 2011 se habían iniciado dos procesos licitatorios pero ninguno llegó a feliz término, puesto que los prepliegos fueron objeto de múltiples observaciones por parte de Orlando Gómez, representante legal de la Industria de Licores Global, y que cada vez que se resolvían las observaciones volvía a formular unas nuevas, razón por la cual la secretaría de hacienda optó por abortar esos procesos y continuar con la contratación directa de la FLA.

Así mismo, advera, Jorge Pino Ricci, conocedor de los hechos y testigo técnico, “determinó” que en este tipo de situaciones, dada la urgencia de preservar el patrimonio y ante la necesidad del cumplimiento de los fines estatales se podía optar por la contratación directa, entendiendo que se estaba frente a un contrato interadministrativo entre dos entidades

públicas y que la contratista estaba capacitada, tenía la experiencia suficiente y contaba con los registros establecidos en la ley, como en este caso el del INVIMA.

En respaldo de su argumentación el representante del ministerio público acudió al oficio del 09 de febrero de 2017, incorporado al juicio oral, en el que se aludió a los estudios y documentos previos del 19 de agosto de 2011, elaborados con el objeto de contratar -bajo la modalidad de concesión- el monopolio rentístico, publicado junto con el proyecto de pliegos de condiciones el 7 y 21 de octubre de 2011, los cuales fueron objeto de veinte observaciones por parte de Licorsa, como lo ha venido evidenciando en su intervención.

Igualmente se incorporó la certificación expedida por el departamento administrativo de contratación, en la que indica que en 2011 la administración departamental pretendió contratar bajo la modalidad de concesión el monopolio rentístico, así: mediante la licitación pública SHLPO016-10, en la que se revocó el auto de apertura mediante la resolución 025 de 24 de enero de 2011, y la licitación pública SHLPCO1511, donde los pliegos de condiciones definitivos no fueron publicados. Es decir que la no continuación de la licitación empezada en 2011 obedeció a que la administración anterior no inició formalmente el proceso y conforme al artículo octavo de la Ley 1150 de 2007, la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones no genera obligación para la entidad, circunstancia totalmente ajena al capricho y discrecionalidad de la entonces gobernadora procesada.

Respecto del tema de la asamblea departamental del Huila, aduce que las ordenanzas 06 del 94 y 079 de 2005, por medio de las cuales se justificó la autorización para contratar el monopolio rentístico, eran aplicables porque no habían sido anuladas o suspendidas. A ello se suma que aquí se comprobó que la denuncia instaurada por Orlando Ibagón Sánchez no tuvo por objeto dar a conocer el abandono de los deberes por parte de CIELO GONZÁLEZ VILLA.

Colofón de lo expuesto, para el procurador la prueba incorporada al juicio no permite inferir que CIELO GONZÁLEZ VILLA se interesó para sí o para un tercero en la contratación del monopolio rentístico del licor, en la que por razón de su cargo le correspondió intervenir, como tampoco que haya abandonado sus deberes y obligaciones para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y, en particular, el interés general más aun cuando la FLA era una empresa de naturaleza pública, aspectos que llaman la atención, puesto que el delito de interés indebido en la celebración de contratos previsto en el artículo 409 del Código Penal no castiga el interés del empleado que actúe en favor de la administración.

Por lo expuesto reitera a la Corte su solicitud de proferir fallo absolutorio a favor de CIELO GONZÁLEZ VILLA, por atipicidad de la conducta de interés indebido en la celebración de contratos de que trata el artículo 409 del Código Penal, respecto de los tres contratos interadministrativos, en concurso homogéneo y sucesivo, que se le fue atribuida.

A continuación abordó el análisis jurídico del delito de falsedad ideológica en documento público, aseverando que es claro que en su intervención la fiscalía manifestó que se presentó un concurso aparente de delitos respecto de esas diez falsedades y, por lo tanto, atendiendo los principios que rigen dicha figura jurídica debe entenderse que estos fueron únicamente medios para la comisión del delito principal, en este caso el interés indebido en la celebración de contratos.

Sin embargo, ni en el escrito de acusación ni en el alegato de cierre se dijo nada sobre esos delitos contra la fe pública, como tampoco se allegó prueba que los demuestre. Es así como no se precisó cuáles fueron los términos o expresiones que se consideran contrarios a la verdad, de donde infiere que la fiscalía no demostró los elementos fundamentales contenidos en el tipo penal del artículo 286. Además, porque si a lo que se refería era a los estudios previos de esos contratos, es claro que existen medios probatorios que dan cuenta de que los mismos fueron expedidos, que participaron los funcionarios de la gobernación y que esa documentación fue claramente aportada al proceso.

Por tanto, no le queda otra alternativa que la de reclamar también el proferimiento de un fallo absolutorio en respecto de los delitos de falsedad ideológica en documento público.

En cuanto al peculado por apropiación, el procurador considera que hay una falsa motivación en la forma como se acusó a la señora exgobernadora GONZÁLEZ VILLA por este delito, como lo reconoció también el representante de víctimas al indicar que las razones que invoca la fiscalía son propias de

un comportamiento imprudente, es decir, lo lógico en estricto sentido hubiera sido que se le imputara un delito de peculado culposo, lo que no ocurrió.

A ello se añade que la fiscalía incurrió en una falencia dogmática, pues debió acudir al complemento de la imputación que era el artículo 25 del Código Penal, por lo cual debió haber imputado a CIELO GONZÁLEZ VILLA el delito de peculado por apropiación en favor de terceros en comisión por omisión, en el entendido que existían unos interventores o supervisores de los contratos y ella debió requerir los informes que le permitieran ejercer la vigilancia y control sobre la debida ejecución, situación que no hizo. Significa lo anterior que la fiscalía no probó el dolo.

Es decir, no probó que teniendo la disponibilidad de los recursos del departamento y ostentando posición de garante no vigiló la correcta ejecución de los recursos, por lo que la aforada incurrió en peculado por apropiación a favor de terceros. La prueba documental y testimonial que se recogió permite decir lo siguiente:

Anselmo Perdomo Leyva, profesional universitario de la contraloría departamental del Huila y testigo de la fiscalía, quien participó en el proceso auditor del contrato 069 de 2012, recordó que se revisaron y evaluaron los recursos ejecutados del 4% con destinación a publicidad, evidenciándose que si bien los contratos habían terminado y no se habían ejecutado todos los recursos, lo cierto es que quedaba un remanente de licor en el mercado y conforme al instructivo de la FLA, la destinación del porcentaje se causaba con la venta de la

comercializadora, razón por la cual no se podía hablar de la existencia de algún detrimento y en consecuencia se le sugirió al departamento requerir al distribuidor para que ejecutara los recursos de publicidad y se remitió a la procuraduría una posible falla de la supervisión asignada.

Lo manifestado por Perdomo Leyva fue corroborado por Héctor Galindo Yustres, al atestar que la inversión en publicidad podía variar de acuerdo a la época del año, porque estaba directamente ligada a la actividad de comercialización y venta; por tanto, muchas de las inversiones no coincidían con la fecha de terminación del contrato debido a que quedaba algún producto que seguían comercializando y al finalizar todo se terminaba invirtiendo. Agregó el declarante que la determinación de cómo y cuándo se invertía en publicidad era autonomía de la FLA y que el departamento del Huila estaba pendiente de lo que se invertía teniendo en cuenta que los periodos analizados no abarcaron los previstos para asegurar el abastecimiento del mercado en cada uno de los contratos.

Por esta razón, a juicio del ministerio público, cuando el informe hace referencia a un faltante por ejecutar o invertir de ninguna manera se puede inferir un acto de apropiación, todo lo contrario, hace relación a un acto que está por efectuarse. Lo anteriormente manifestado fue objeto de corroboración con el oficio SH0166 de 10 de febrero de 2017, mediante el cual la secretaría de hacienda de la gobernación del Huila entregó unos documentos entre los que se encuentra el suscrito por la FLA sobre la inversión publicitaria, periodo 2009 a 2013, con radicado 2017030001737 del 01/02/2017. En estos documentos se exhibe un cuadro en el que se relaciona el

contrato celebrado, el valor a invertir (del 4%) y el valor gastado en publicidad (del 4%) y se expone que en el contrato 069 de 2012 fue de 271.563.600 y en el 537 de 2012 de 770.000.000.

De conformidad con lo expuesto, el procurador delegado solicita proferir fallo absolutorio en favor de CIELO GONZÁLEZ VILLA por el delito de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo, imputado respecto de los “*contratos interadministrativos de concesión*” 069 y 0537 de 2012, toda vez que no obra en el plenario prueba que determine el conocimiento de su configuración más allá de toda duda, en los términos del artículo 381 de la Ley 906, para proferir un fallo sancionatorio.

2.4. Defensa material, procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA

Deprecó a la Sala que se le cobije con sentencia absolutoria, con fundamento en los siguientes planteamientos:

Una vez asumió el cargo como gobernadora hubo de tomar decisiones prontas para solucionar problemas de diversa índole, entre ellos el relacionado con el proceso de concesión del aguardiente doble anís, pues venían de una concesión de diez años, sumado a que, por múltiples razones la anterior administración no había podido sacar adelante dos licitaciones para estructurar una contratación a largo plazo -como lo evidenció el señor procurador en su intervención-, motivo por el cual desde antes de su llegada la gobernación venía contratando con la FLA.

Aduce que conformó un equipo interdisciplinario integrado por varios funcionarios como María Fernanda Guevara y el doctor Galindo (conocedores de todo lo que había sucedido con el aguardiente doble anís en el departamento), el secretario de hacienda, abogados como José Nelson Polanía y su secretario privado Luis Miguel Lozada, para que buscaran una solución que les permitiera no dejar desabastecido el mercado de licores, porque se perderían recursos de la salud y la educación en el departamento del Huila, siendo éste el motivo que dio origen a la firma del primer contrato.

Sobre los antecedentes del mismo adujo que la gobernación envió unas invitaciones a cotizar para hacer los estudios de mercado, los estudios previos y luego la contratación directa y en esa medida seguir con el análisis requerido para hacer un contrato a largo plazo, llámese licitación o contrato directo, como lo sostuvo el abogado Jorge Pino Ricci en su testimonio. Sin embargo, advera, a medida que avanzaban advertían que les faltaban más elementos para lograr ese propósito, de modo que para no dejar desprovisto el mercado firmó dos nuevos contratos, el 302 y el 537, siempre buscando el beneficio del departamento del Huila y que los recursos para la salud y la educación no se perdieran.

Señaló que no aparece probado en el proceso que CIELO GONZÁLEZ VILLA actuó con dolo o con mala intención, como tampoco que hubiera recibido un beneficio para sí o para un tercero, o que además del interés general tuvo uno particular en provecho propio. Y no se pudo probar dicha hipótesis, porque como quedó demostrado, su único interés siempre fue el de obtener un beneficio para el departamento de Huila,

aunque reconoce que para cumplir esa obligación, como abogada obviamente tenía que acatar la legalidad y hacer las cosas bien.

Estima que la teoría del caso de la fiscalía fue errónea y por eso en los alegatos de cierre no pudo evidenciar los hechos que le imputó en la acusación, pues confundió una invitación a cotizar con una invitación a presentar propuestas, de donde partió el galimatías por el cual fue enjuiciada.

Insiste en que se verificó en el proceso que siempre obró de manera diligente, toda vez que previo a la suscripción del primer contrato conformó un equipo interdisciplinario e hizo unas invitaciones a cotizar y con posterioridad pidió el acompañamiento de la contraloría y de la procuraduría a fin de que ejercieran su función preventiva, contrató asesores y, en fin, siempre buscó que el contrato fuera lo mejor para el departamento del Huila.

En el marco expuesto, aduce que no puede afirmarse que por no haber adelantado un proceso licitatorio y, en su lugar, haber hecho unas invitaciones a cotizar para hacer un estudio previo y un contrato directo, manchen el nombre de CIELO GONZÁLEZ y se diga que violó los principios de transparencia y objetividad bajo el argumento de que obró de mala fe, máxime cuando es la misma ley la que permite contratar de manera directa, como lo explicaron de manera diáfana el doctor Jorge Pino Ricci, José Nelson Polanía y demás funcionarios que concurrieron a la audiencia a exponer qué fue lo que hicimos en esa gobernación del departamento de Huila.

2.5. Defensa técnica

Coadyuva la petición absolutoria impetrada por el procurador delegado y la procesada, invocando como soporte de su postura los siguientes argumentos:

A manera de introducción aduce que contrario a lo sucedido con la fiscalía, la defensa logró demostrar todos y cada uno de los elementos de la teoría del caso ofrecida en su momento, esto es, que ningún comportamiento ilegal ni ilícito surgió al mundo jurídico como consecuencia de la conducta de la doctora CIELO GONZÁLEZ, quien siempre se ha caracterizado por un actuar probo y respetuoso de la administración pública, sin olvidar que la labor de gobernar es distinta a la que se produce con posterioridad, esto es, la fiscalía general de la nación no puede convertirse en un órgano de cogobierno o de coadministración, aspecto con el cual debe tenerse especial cuidado.

Con el propósito de controvertir los argumentos de la fiscalía, la defensa propuso los siguientes planteamientos:

En primer término, se constató plenamente en el juicio que para el momento en que la doctora CIELO GONZÁLEZ se posesionó como gobernadora del departamento del Huila existía un desabastecimiento de aguardiente doble anís, hecho que permite afirmar que no es cierto el primero de los reproches de la fiscalía, relativo a que el proceso de contratación fue caprichoso, con intereses oscuros por parte de la acusada, sino que, por el contrario, obedeció a la aludida causa real que fue

develada por los testigos de la defensa que concurrieron al debate público.

De manera unánime Héctor Galindo Yustres⁹, Carlos Eduardo Trujillo, José Nelson Polanía, Luis Carlos Anaya Toro y María Fernanda Guevara, funcionarios de la gobernación, dieron cuenta del desabastecimiento de aguardiente doble anís en el territorio departamental, por lo cual la defensa afirma que si en esa época no se hubiera contado con la licorera de Antioquia no se hubiera podido producir la bebida alcohólica y, por consiguiente, no se habrían obtenido recursos para la salud y la educación, siendo un hecho cierto que esa es la destinación específica que por mandato legal se da a los ingresos procedentes de la venta del mencionado licor.

En efecto, advera, en caso de no haberse adoptado las medidas que hoy se le reprochan a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA se hubiesen ocasionado serios problemas no solo frente a aspectos culturales de importancia para el departamento¹⁰, sino un daño patrimonial al erario público lo cual no solo habría traído consecuencias personales para la otrora gobernadora y, por supuesto, para los funcionarios del gabinete, sino una grave crisis para las finanzas departamentales en un aspecto tan importante como lo es la atención en salud.

⁹ Quien en diligencia del 29 de julio de 2022 afirmó: “... pero lógico cuando llegó el nuevo periodo se necesitaba tener la seguridad y el abastecimiento para cubrir lo de las fiestas del primer semestre de 2012 y pues incluía el mismo San Pedro, que es prácticamente donde el mayor consumo hay de aguardiente doble anís”.

¹⁰ Pues el desabastecimiento incidía en las fiestas folclóricas, en las cuales no se podría vender el aguardiente doble anís.

Agrega que como la renta por concepto de venta de aguardiente doble anís se destina a salud, al iniciar el mandato de la acusada -año 2012- no solo se había reportado el desabastecimiento del licor sino que, además, la secretaría de salud departamental había hecho un requerimiento con el propósito de evitar que ante el cambio de administración y las nuevas políticas el departamento sufriera un déficit en dicha materia, hecho que se extrae de la lectura de la prueba documental 3.2.1.13 y fue abordado de manera profunda por parte de varios de los testigos que acudieron al juicio.

A manera de ejemplo evoca el testimonio de Carlos Eduardo Trujillo, quien informó que los ingresos por licor se basan en unos impuestos cedidos a los departamentos por la ley incluso desde la época de la colonia, normas que se reiteraron tanto en la Constitución de 1886 como en la de 1991 a través de la figura del monopolio de los licores y del tabaco, convirtiéndose en uno de los ingresos más importantes, que permite financiar gran parte de la salud, la educación e incluso otros temas de inversión.

En ese mismo sentido declaró el doctor José Nelson Polanía cuando afirmó que *“todos los recursos que produce el monopolio en las entidades es por disposición legal y están destinados al tema de salud y creo que un poco va para el tema de educación, pero obviamente las finanzas departamentales se verían muy afectadas si efectivamente no solucionábamos nosotros de entrada la posibilidad de poner a producir o tener a alguien que produjera el aguardiente doble anís, que es el que generaba las utilidades o generaba los ingresos para financiar el sector salud en el departamento del Huila”*.

El dicho de los mencionados testigos fue corroborado por los doctores Luis Carlos Anaya y Luis Miguel Lozada Polanco, cuando advirtieron sobre la importancia de garantizar recursos para la atención en salud, que en el caso que nos ocupa tenían como origen el ejercicio del monopolio rentístico.

Aduce que fueron varios los miembros de la comisión de empalme, entre ellos José Nelson Polanía Tamayo y Luis Miguel Lozada Polanco, que de forma profunda y uniforme comunicaron a la audiencia sobre el desabastecimiento y las posibles consecuencias del mismo para las finanzas públicas, así como sobre la necesidad de celebrar un contrato estatal que permitiera garantizar el aprovisionamiento del licor y los recursos correspondientes. Estos declarantes manifestaron de manera coherente con los relatos de otros testigos, que al participar en el proceso de empalme fueron informados sobre la fallida licitación pública.

Así las cosas, la defensa estima que logró probar la existencia de una causa para la adopción de las determinaciones por parte de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA y su equipo interdisciplinario, consistente en que al asumir el cargo como gobernadora encontró una situación de desabastecimiento de aguardiente doble anís, la cual debía ser conjurada mediante una solución provisional pero pronta.

En segundo lugar, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA conformó un equipo interdisciplinario del que hacían parte servidores públicos de la gobernación -entre ellos varios secretarios del gabinete, profesionales de distintas áreas, abogados expertos e ingenieros- y consultores externos como el

doctor Jorge Pino Ricci, con el propósito de hacer un acompañamiento a la situación de crisis de abastecimiento. Igualmente, el comité tenía dentro de su objeto realizar un análisis juicioso y responsable a fin de adelantar los trámites para atender a corto, mediano y largo plazo la situación que se estaba presentando en la financiación de la salud y asegurar a largo plazo la producción, venta y distribución del licor doble anís.

Sin embargo, asegura, el equipo interdisciplinario no fue conformado por la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA con el fin de delegar su responsabilidad, como lo alega la fiscalía, sino con el de brindar soluciones jurídicas y técnicas para solventar la grave crisis, ante la imposibilidad de encontrar para ello un remedio a corto plazo. Tampoco se puede caer en la confusión de que, porque el grupo de asesores acompañó las soluciones provisionales, esto es, la celebración de los tres contratos de cooperación interadministrativa y la salida que se requería a largo plazo -que precisaba de un juicioso y riguroso proceso de estructuración- entonces su creación solo tuvo por finalidad asesorar la contratación directa, aserción que no es cierta.

Por el contrario, el comité interdisciplinario no solo hizo una labor de diagnóstico que inició incluso desde las actividades del empalme, como se pudo observar de manera clara durante el juicio oral, sino que se extendió en el tiempo haciendo un acompañamiento permanente a la situación de la salud, porque para la defensa es absolutamente claro que el desabastecimiento redundaría directamente en las arcas públicas, en este rubro tan importante.

Sostiene que la existencia del comité interdisciplinario se constató no solo con las declaraciones de los testigos María Fernanda Guevara, Héctor Galindo Yustres, Carlos Eduardo Trujillo, José Nelson Polanía y Jorge Pino Ricci, sino también con la prueba documental introducida al juicio oral y constituye una muestra más del acostumbrado comportamiento de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA, quien a pesar de ser una profesional del derecho y de tener experiencia en el ejercicio de la función pública por lo cual conoce de contratación estatal -situaciones hoy que son objeto de reproche- lo creó con el propósito de obtener una valoración integral no solo desde la órbita jurídica, sino para velar por el cumplimiento de los fines del Estado y de la contratación desde todos los ámbitos disciplinarios posibles.

En tercer lugar, arguye que la defensa demostró que desde la comisión de empalme la administración anterior informó acerca del “*fracaso de los procesos licitatorios que antecedieron al gobierno de la doctora CIELO GONZÁLEZ*”. La fiscalía le reprochó el haber conocido la existencia de los mencionados procesos, porque a su juicio eso era un hecho indicador del interés indebido. Empero, no tuvo en cuenta que el trámite de la licitación al que hizo referencia se llevó a cabo de manera poco beneficiosa para el departamento, por decir lo menos, y que la hipótesis planteada conllevaría a admitir que debía continuarse con procesos iniciados por una administración que no solo había culminado su periodo constitucional, sino que, además, los había declarado fallidos por razones que no son objeto de esta controversia.

En este punto indica que se aparta de la posición asumida por la delegada del ente acusador cuando le censura a su prohijada el no haber indagado sobre las razones por las que se declararon fallidos los procesos de selección atrás referidos, pues en su criterio ello no sólo resulta impertinente con el objeto de la controversia que nos ocupa, sino que además es un hecho que no fue concebido de esa forma en el escrito de acusación.

Aduce que de alguna manera se le reprocha a la aforada el no haber sacado una licitación pública en un mes, y, en su lugar, haber acudido a un “*modelo de selección*” en los meses en los que fueron celebrados los contratos interadministrativos que se le cuestionan. No obstante, estima necesario aclarar que, como lo dijeron algunos testigos, si se hace de manera juiciosa la estructuración de un proceso de selección, en el mejor de los casos no toma menos de cuatro meses porque este tipo de procesos cuenta con una serie de etapas, que debido a la legislación en materia de contratación deben adelantarse en unos términos y consideraciones establecidos por el legislador; por lo tanto, es material y jurídicamente imposible adecuar, al menos de conformidad con el orden jurídico, un proceso de selección tan complejo en un corto periodo de tiempo.

En palabras del doctor Polanía Tamayo, les “*correspondió adelantar dos, tres contratos interadministrativos mientras que ese equipo consolidaba unos verdaderos estudios previos para avanzar en el proceso licitatorio. Y debo contarle, doctor, que en ese proceso de estudio y verificación y todo eso, solicitamos acompañamiento a la contraloría departamental, porque son recursos propios que corresponden a la contratación departamental y también solicitamos seguimiento a la Procuraduría General de la Nación*”. De este testimonio no sólo se

puede extraer cuáles eran las funciones del comité interdisciplinario, sino también que el acompañamiento de la contraloría y la procuraduría se solicitó para atender la situación de desabastecimiento a corto, mediano y largo plazo y que el oficio al que hizo mención la fiscalía en ese caso en particular corresponde a una tipología contractual de contratación directa, lo que no excluye el propósito del acompañamiento.

Así las cosas, se le censura a la procesada que con estudios previos de una anterior administración y sin el tiempo necesario para haber realizado los propios, no hubiese iniciado un proceso de selección tan complejo como la licitación pública, con el fin de evitar el desabastecimiento. Precisamente con el propósito de acomodarse al orden jurídico y a los principios de la contratación estatal es que no se llevó a cabo una licitación pública con información desactualizada y sin tener claridad sobre la manera técnica de hacerlo y sin examinar los precios del mercado.

En otros términos, es claro que para satisfacer las necesidades de la entidad territorial se hicieron estudios de mercado propios de una urgencia, los que, como se pudo observar con la práctica probatoria, de manera inmediata permitieron establecer cuál sería la mejor opción para resolver por lo menos provisionalmente el problema del desabastecimiento, nunca de manera definitiva, como lo hace ver la fiscalía. En efecto, con los contratos reprochados a la gobernadora no le interesaba dar una solución definitiva, pues la estructuración del proceso de contratación para temas que requieren aspectos técnicos y que van a comprometer recursos

de la salud no se puede tomar de manera ligera, ni se puede adelantar en un par de días con el propósito de cumplir o evitar el evidente desabastecimiento.

Estima que en este asunto se probó también por parte de la defensa que de los contratos celebrados por la administración anterior se obtuvo alguna información que sirvió como fundamento para la realización de los suscritos durante la administración de la doctora CIELO GONZÁLEZ, como lo manifestaron los doctores José Nelson Polanía y Héctor Galindo Yustres. Empero, en ningún momento se utilizó como sustento exclusivamente la información recaudada durante el periodo constitucional inmediatamente anterior, como pretende hacer ver la fiscalía.

En todo caso, manifiesta, con la información con la que se contaba para inicio de 2012 no era posible realizar una licitación pública, porque no solo se encontraba desactualizada, sino que habría sido obtenida en el marco de otras condiciones del mercado y de otras necesidades de la administración. Por tanto, de manera responsable lo que se evitó fue iniciar un proceso de selección huérfano de información propia de los estudios previos, de manera que ese no puede ser el objeto de reproche penal, como lo pretende la fiscalía.

Afirma que en criterio de la representante del órgano persecutor, en el asunto examinado no se demostró alguna acción tendiente a sacar adelante el proceso licitatorio, puesto que lo único que se proponía la doctora CIELO era asegurar a la FLA como operadora de la concesión del monopolio

rentístico. Para la defensa no existe un solo elemento de conocimiento que permita arribar a dicha conclusión; por el contrario, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio, la doctora GONZÁLEZ VILLA no tenía un propósito distinto al de brindar una solución temporal y definitiva de manera, por supuesto, paralela y concomitante a la crisis de abastecimiento de licor doble añis para el año 2012.

En cuarto lugar, adviera el orador que otro de los ejes temáticos objeto de su teoría del caso es el referente a los antecedentes de los contratos interadministrativos de concesión que se le desaprueban a la acusada. Al respecto arguye que para el momento en el cual la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA tomó posesión del cargo como gobernadora, la FLA ya era contratista del departamento de Huila, por cuanto el mandatario anterior, doctor Sánchez García, ya había suscrito contratos con dicha licorera. Como dato adicional que puede extraerse de manera fácil de otros elementos de conocimiento allegados al juicio, es que con posterioridad a su salida de la gobernación, la FLA continuó ejecutando la labor que venía realizando de manera adecuada y beneficiosa para el ente territorial.

Por tanto, en sentir de la defensa no se comprende cuál es el reproche o la necesidad de hacer el cambio inminente de un contratista que venía haciendo las cosas bien, como lo ha demostrado hasta el día de hoy, porque cuenta con las capacidades técnicas, financieras y jurídicas para desempeñar tan importante labor.

En quinto lugar, la representante de la fiscalía sostuvo que no era cierto que durante la administración anterior al gobierno de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA se hubiese mejorado el posicionamiento de la marca de licores doble anís y para ello hizo alusión a un informe en el que se exploraron los resultados de dos años, el cual fue abordado por la representante de esa entidad de manera general, *“sin diferenciar que dentro del periodo allí enunciado existieron no solo varios gobiernos departamentales, sino distintos modelos de contratación”*, a efectos de sacar adelante este ítem en particular.

Arguye que para el ente acusador entre 2009 y 2011 la marca doble anís no había sufrido cambio alguno y que para 2011 los resultados fueron similares a los percibidos en 2009. Sin embargo, en el análisis de esta prueba omitió tener en cuenta que entre 2011 y el inicio del periodo constitucional para el cual fue elegida la doctora CIELO GONZÁLEZ -2012-2015- existe *“un año adicional”*, hecho al que se alude no *“por salir del paso ni por capricho”*, sino porque éste fue precisamente el año en el que se produjo un cambio en la modalidad de contratación, habida cuenta que antes del nuevo milenio existía un contrato de concesión que culminó en 2007. Este tema fue abordado por los testigos José Nelson Polanía, Carlos Eduardo Trujillo, María Fernanda Guevara y Héctor Galindo Yustres.

Este cambio en la modalidad contractual tuvo como consecuencia adicional la contratación de un modelo distinto y empezó a producirse únicamente hasta 2011 tras observarse los malos resultados o los resultados perjudiciales para el posicionamiento de la marca de propiedad de la gobernación

del Huila. El cambio incluía a la FLA como operador, *“para no incurrir en ningún yerro de rigurosidad del monopolio rentista de licores, de conformidad con el modelo de contratación del ente territorial”*.

Entonces, alega, no es cierto que la marca no hubiese obtenido una mejora, pues, por el contrario, luego de años de una concesión fallida que trajo consecuencias desfavorables para las finanzas del departamento tuvo que sustituirse al concesionario por la FLA, quien contaba con la idoneidad, la experiencia y las condiciones técnicas y financieras para cumplir a cabalidad con esa labor. En consecuencia, la hipótesis de la existencia de un interés indebido por parte de la acusada se cae por su propio peso.

En sexto lugar, arguye el defensor que en este asunto se verificó que bajo la administración de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA se adelantaron novedosos estudios previos que se concretaron en las invitaciones a cotizar efectuadas por la gobernación. Entonces, frente a este punto asegura que le llama la atención que en sus alegatos la fiscalía reprochara a su prohijada el haber utilizado información exclusivamente obtenida del periodo constitucional anterior y, por ende, desactualizada, cuando por el contrario, en sede de juicio oral se demostró con pruebas documentales y testimoniales que se utilizaron invitaciones a cotizar con el propósito de conocer el mercado y elaborar unos estudios previos que no solo permitieran una contratación a largo plazo -proceso que iba a tomar tiempo y cuya realidad no estaba siendo discutida-, sino que sirvieron para sustentar cuál era la mejor opción para la solución provisional, es decir, la suscripción de estos tres *“contratos interadministrativos”* que hoy son objeto de censura.

En respaldo de su postura evoca apartes de las declaraciones de algunos funcionarios de la gobernación que intervinieron en la etapa precontractual, así: Héctor Galindo Yustres, quien afirmó sobre el particular: *“entonces, en esta ocasión para poder construir y tener nosotros de cierta manera la certeza de cómo se podían adelantar estos procesos como tal, para saber qué se podía hacer, ella [refiriéndose a la acusada]¹¹ sí mandó o envió unos comunicados, unos oficios de unas invitaciones como para que las cuatro licoreras, me acuerdo yo que fueron las cuatro más grandes, Cundinamarca, Antioquia, Caldas y Valle para que estas personas nos cotizaran”*. En ese mismo sentido Carlos Eduardo Trujillo depuso: *“se buscó y encontramos factorías como la de Cundinamarca, la del Valle, la de Caldas, la FLA, a las cuales se les envió una solicitud de si podíamos producir e incluso prácticamente le pudiéramos llamar cotizaciones para iniciar un proceso de estudio de mercado y qué podríamos hacer al respecto”*. Y, finalmente, el doctor Polanía Tamayo manifestó: *“en nuestro caso preciso, nosotros acudimos a unas cotizaciones, que quede eso preciso aquí en esta audiencia, nosotros solicitamos unas cotizaciones; ¿a quiénes solicitamos cotizaciones?, a la gente que estaba en condiciones de proveernos la producción, distribución del aguardiente doble anís; ¿quiénes eran estos actores o esos proveedores?, pues las licoreras públicas que tenían toda la trayectoria, toda la experiencia, contaban con la capacidad instalada, a ellos acudimos a pedirles en el marco de construir un estudio previo, la solicitud de que por favor nos cotizaran”*.

Del dicho de los testigos a los que se hizo alusión en precedencia el apoderado de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA infiere que ellos aclararon de manera expresa que se trató de invitaciones a cotizar, en ningún momento de una invitación a contratar, instituto jurídico disímil que fue

¹¹ Paréntesis fuera de texto.

abordado por los testigos Nelson Polanía y Pino Ricci en el debate oral. Es decir, para el defensor no se trataba de un proceso contractual, por lo cual no era necesario siquiera contestar las solicitudes de prórroga formuladas por las licoreras, sino de un estudio de mercado, como se evidencia en las pruebas documentales allegadas a la actuación en las que se habla de una invitación a cotizar, ratificadas con los testimonios de todos los deponentes llamados por la defensa a declarar (*“algunos de ellos por su preparación técnica y experiencia, diferenciaron desde la órbita jurídica y práctica cuáles eran las diferencias (sic) de estos dos institutos jurídicos tan visibles: la invitación a contratar y la invitación a cotizar”*).

Aduce el profesional del derecho que se echa de menos por parte de la fiscalía que en las invitaciones a cotizar no se hubieran hecho valoraciones de requisitos habilitantes y calificación de cada una de las propuestas, postura ésta que se funda en la confusión de la figura jurídica de la invitación a cotizar con la invitación a contratar, pues como lo mencionó el doctor Pino Ricci, la primera no genera ninguna obligación por parte de la entidad requirente y por ende no debía esperarse la respuesta a la cotización ni mucho menos esperar algún tipo de oferta para la elaboración de un estudio de mercado.

Concluye que con este punto en particular se va concretando que la labor de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no se limitó al estudio de mercados, ni a la remisión de una, dos, tres o cuatro invitaciones a cotizar. No, fue una labor con la que se obtuvo información anterior y empezó a recaudar datos actuales para la fecha y continuó en su proceso de estructuración.

Añade que fueron varios los testigos que manifestaron que finalizando el año 2012 la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA tuvo que dejar la gobernación, por razones que no son objeto de esta controversia, lo cual obviamente le impidió continuar con el trámite ordinario de lo que sería el proceso de selección.

En séptimo lugar, señala el orador que ahora debe abordar el estudio relativo a los tres “*contratos interadministrativos*” cuya suscripción se le reprochó a la doctora GONZÁLEZ VILLA desde la acusación y se ratificó en la intervención de alegaciones finales por parte de la fiscalía, bajo el argumento de que en ningún momento el proceso de selección a largo plazo o la licitación fueron una opción real para la gobernadora.

Al respecto la defensa precisa que es claro que la licitación no fue una opción real para la gobernación, pero no por capricho de la doctora CIELO o por recomendación del comité interdisciplinario, sino porque para ese momento no se contaba con los insumos necesarios para iniciar el trámite de selección adecuado. Afirma que debe recordarse que los “*contratos interadministrativos*” se suscribieron por regla general por lapsos de un mes, lo que tiene una explicación que además fue objeto de la controversia probatoria durante el desarrollo del juicio oral, esto es, que para la FLA era muy sencillo fabricar en las cantidades indicadas el licor doble anís.

Según las deposiciones de varios de quienes declararon bajo la gravedad del juramento, esa era la razón para tan particular plazo de los diferentes contratos, esto es, que la FLA no se demoraba ni siquiera una semana produciendo el licor

que se requería. Por supuesto, hay labores previas y posteriores que tendrán que ser tenidas en cuenta, pero esa era la razón de que se hubiesen suscrito tres diferentes contratos.

Se pretende hacer ver por parte del ente acusador que la existencia de tres instrumentos contractuales permite concluir el dolo con el que actuó mi representada, pero olvida que no solo el plazo de esos contratos era muy limitado sino que las fechas de suscripción permiten concluir con cierto grado de responsabilidad que se trataba de soluciones provisionales a un problema específico y que se estaban ejecutando mientras se podía estructurar de manera juiciosa, rigurosa y adecuada el proceso de selección conforme a los lineamientos de la ley 80 y normas complementarias.

Así las cosas, lo que se demuestra con la celebración de los tres negocios jurídicos es que tenían el objetivo de evitar el desabastecimiento de licores y el daño fiscal gravísimo que se ocasionaría, pero de ninguna manera ello puede ser utilizado en contra de la acusada para manifestar la existencia de un interés contrario a la Constitución y la ley.

En octavo lugar, estima que si bien la intervención de los órganos de control no correspondió al periodo contractual inicial, lo cierto es que desde el primer semestre de 2012 se solicitó el acompañamiento de la procuraduría y la contraloría pero el mismo no se hizo de manera inmediata, lo cual no justifica la postura de la fiscalía en el sentido que porque dicha petición hubiese sido extemporánea se pueda reprochar como una situación contraria al buen actuar que ha caracterizado a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA.

Pide a la Corte tener en cuenta que lo que se buscaba con el acompañamiento de los órganos de control era precisamente evitar debates sobre posiciones jurídicas adversas. Y si bien en varias oportunidades se recordó por parte de los funcionarios de la procuraduría y la contraloría que atendieron el llamado de la gobernación la necesidad de apegarse al orden jurídico y a los principios de la contratación, como lo mencionó la delegada fiscal, es igualmente cierto que en ningún momento se advirtió por ellos conducta irregular o ilícita alguna, pese a que en su oportunidad conocieron la actuación que nos ocupa.

En noveno lugar, la defensa controvierte la posición de la fiscalía en relación con la capacidad jurídica de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA para contratar la concesión del monopolio de licor, precisando que lo pretendido es absolutamente inadmisibles en el ordenamiento jurídico colombiano, pues el hecho de que la anterior administración no hubiese cumplido con alguno de los fines del Estado y los propósitos de campaña no puede ser vinculante para la administración subsiguiente.

Ello por cuanto si la autorización otorgada en 2010 por la asamblea del Huila al gobernador para suscribir esta clase de contratos a fin de evitar el desabastecimiento, era por cuatro meses mientras se adelantaba el proceso de licitación que nunca se llevó a cabo, no es viable entender que la respectiva ordenanza hubiese perdido fuerza ejecutoria o hubiese desaparecido del ordenamiento jurídico y entonces para 2012 no se contaba con esa autorización, como lo explicaron, entre otros, los doctores Nelson Polanía y Pino Ricci.

Se reprochó también que para 2012 no se obtuvo una autorización de la asamblea lo cual es cierto, pero ello ocurrió porque todos los conceptos jurídicos que se produjeron alrededor de ese debate afirmaban que la autorización ya existía, por cuanto las ordenanzas emitidas con anterioridad otorgando facultades al gobernador para celebrarlos se encontraban vigentes al no haber ocurrido ninguno de los supuestos de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, ni su decaimiento (sic).

Por tanto, la posición de la fiscalía frente a que no existía autorización alguna para celebrar los contratos objeto de controversia es personal. Todos los testigos de carácter experto o de carácter ocular manifestaron de manera conteste que no se requería una autorización nueva para ello; sin olvidar que se trata de personas que no solo participaron en los debates, sino que además rindieron concepto en su oportunidad, llegando a la misma conclusión.

En décimo lugar, arguye el defensor que la representante del ente acusador reprocha a su mandante que la FLA se vio obligada a subcontratar la comercialización y venta del aguardiente doble anís, manifestando que eso es solo una muestra de que no era idónea, ni se encontraba en capacidad de cumplir el contrato. No obstante, olvidó la delegada que, como lo testificó el doctor Pino Ricci, en los contratos de concesión no sólo no está prohibida, sino que es absolutamente normal la subcontratación de ciertas actividades.

Con ese argumento, aduce el litigante, el ente acusador pretende promover la tesis frente a la cual la FLA no era idónea y por ello tuvo que subcontratar la comercialización y distribución del producto, sin tener en cuenta que esta subcontratación se dio frente a una actividad en específico y esta situación no solo es permitida, sino que es promovida por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento del objeto contractual.

De lo expuesto concluye que la teoría del caso ofrecida por la defensa en punto del delito de interés indebido en la celebración de contratos se concretó con los elementos de prueba que se practicaron en el juicio, lo que no ocurrió con la presentada por la fiscalía, la cual pudo tener vocación de prosperidad para un escrito de acusación pero no para un fallo de condena, toda vez que no se cumplen los requisitos probatorios, ni dogmáticos ni argumentativos exigidos por el legislador en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Es decir, la tesis acusatoria se quedó sin piso una vez valorados elementos de conocimiento aducidos al proceso.

En lo que concierne al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, la defensa de CIELO GONZÁLEZ VILLA hace suyos los argumentos expuestos por el procurador respecto de las deficiencias dogmáticas y argumentativas del escrito de acusación, a los cuales agrega los siguientes:

Con el propósito de demostrar esta conducta punible la fiscalía introdujo al juicio oral un dictamen contable rendido por una profesional, medio suasorio que le merece las siguientes críticas:

(i) Se dijo que era un dictamen pero resultó ser una actividad distinta, si se tiene en cuenta que en el testimonio la profesional llamada como perita manifestó que hizo el análisis con base en información recaudada en la gobernación del Huila y en la fábrica de licores de Antioquia, en donde revisó una a una la facturación, por lo cual a juicio del abogado a cargo de la defensa salta a la vista que, a pesar de que se le ordenó realizar un dictamen contable, lo que se realizó fue un dictamen sobre documentos.

(ii) Al ser cuestionada la perita por parte de la defensa sobre el marco normativo de su actividad, informó que los dictámenes contables se rigen por las normas de auditoría generalmente aceptadas (NAGAS), además por el artículo 7° de la Ley 43 de 1990, frente a lo cual se le auscultó por el programa metodológico utilizado de acuerdo con las normas - NAGA- y contestó que utilizó la información de acuerdo a la objetividad, integridad y conducta ética, de donde colige que fue la propia testigo quien reconoció que no llevó a cabo un programa metodológico que, por supuesto, se apegó a la ética, la integridad, la objetividad, cosa que no es objeto de duda, pero dejó desprovisto de fundamento técnico su opinión pericial depositada durante el juicio.

(iii) Según las manifestaciones de la experta, los documentos no fueron validados, ni confrontados, lo que lleva a la defensa a solicitar a la Sala que al momento de la valoración de la prueba tenga en cuenta los diferentes yerros técnicos que vician una prueba que debió haberse

caracterizado por ser técnica, reglada y acomodada al orden jurídico.

(iv) A lo expuesto se añade que con el solo ejercicio matemático que se expuso durante el juicio oral se evidencia un mayor valor ejecutado a favor de la FLA, de \$93.404.818, situación que no solo fue omitida por la perita al momento de valorar, lo que obedeció a que no apreció la contabilidad sino unas facturas que no fueron verificadas, ni validadas, aunado a que las fechas en las cuales se realizó el estudio, según informó la testigo, no corresponden con las fechas de inicio y terminación de los diferentes contratos. Es decir, no solo no tuvo en cuenta que la inversión en publicidad, conforme lo explicaron los otros testigos, se hacía en momentos distintos a los de la ejecución contractual, lo que significa que sus sumas y sus restas corresponden a periodos de tiempo diferentes a los de los contratos y arrojan no un detrimento, sino un saldo a favor de la fábrica de licores de Antioquia por la suma antes indicada. Con esta aserción no pretende establecer la existencia de un saldo a favor de la FLA, sino hacer énfasis en los yerros y las dificultades técnicas que hacen inviable una valoración como la de la experta.

Por lo expuesto depreca a la Corte que absuelva a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA de todos y cada uno de los cargos endilgados, por absoluta atipicidad de las conductas.

4. AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA

Al haber anunciado en el sentido de fallo en el que se declara culpable a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA por la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo y sucesivo y falsedad ideológica en documento público, también en concurso homogéneo y sucesivo y se le absuelve por los reatos de peculado por apropiación a favor de terceros y ocho delitos de falsedad ideológica en documento público, se realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia con el fin de conocer sus condiciones personales, sociales, familiares y modo de vida de la procesada, así como escuchar las solicitudes relacionadas con la fijación del quantum punitivo y la posible concesión de subrogados o sustitutos penales, en desarrollo de la cual las partes e intervinientes manifestaron lo siguiente:

1. La fiscalía, solicita a la Sala que para tasar la pena se mueva en los dos cuartos medios, por concurrir circunstancias de mayor y menor punibilidad.

Así mismo, depreca que se le nieguen a la procesada GONZÁLEZ VILLA los subrogados penales de suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por cuanto los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, por los cuales se ha emitido condena, pertenecen al título de la administración pública, cuyos subrogados están prohibidos en los términos del inciso segundo del artículo 13 de la Ley 1474 de 2012.

2. Ministerio público y apoderado de la víctima no hicieron ningún pronunciamiento.

3. El defensor solicitó a la Corte que dosifique la pena partiendo del cuarto mínimo del delito más grave, esto es, el interés indebido en la celebración de contratos, teniendo en cuenta que durante el juicio la fiscalía no demostró la existencia de circunstancias de mayor punibilidad y tampoco obran circunstancias de menor punibilidad. Además, porque de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, al carecer de circunstancias de mayor y menor punibilidad, como ocurre en este caso, el juzgador debe ubicarse en el primer cuarto.

De otra parte, depreca a la Corte que permita que CIELO GONZÁLEZ VILLA permanezca en libertad hasta tanto quede en firme la sentencia, atendiendo los siguientes argumentos:

(i) La facultad excepcional que tiene el juez de conocimiento para tomar una decisión en ese sentido (como lo señalaron la Corte Constitucional en la sentencia C-342 de 2017 y la Corte Suprema de Justicia en los fallos SPT122665 de 31 de marzo de 2022 y SP3353 de 15 de julio de 2020, radicado 56600, entre otras), para lo cual debe ponderar cada caso en particular atendiendo unos criterios definidos, para sustentar la libertad de quien fue hallado culpable en primera instancia.

Lo anterior por cuanto, en su criterio, la situación de excepcionalidad se funda en este caso en los siguientes aspectos: a pesar del fallo de condena de primer grado y las

consideraciones que lo sustentan¹², a su juicio el comportamiento objeto de controversia debe relacionarse de manera específica con la afectación social del mismo, y en este caso en ningún momento se observa que la Sala haya concluido que la actuación reprochada a su prohijada hubiera producido un daño social relevante, que requiera de un especial tratamiento a la hora de hacer la ponderación de este juicio solicitado por la defensa.

(ii) Porque en este asunto no se ha desvirtuado por completo la presunción de inocencia, como criterio moderador de la actuación penal, en la medida en que la posición jurídica contenida en el salvamento de voto en lo que concierne a los delitos por los cuales se está condenando a CIELO GONZÁLEZ VILLA, dejan ver la existencia de una alternativa fáctica y jurídica que no solo impone una posición contraria, sino una postura absolutoria de todos y cada uno de los cargos a ella endilgados, que no surgió de una tesis de la defensa, lo que refuerza la presunción de inocencia.

A lo expuesto se añade que CIELO GONZÁLEZ VILLA ha asistido a cada una de las audiencias y ha ejercido su defensa material, iterando su solicitud para que se le permita continuar en libertad, dando aplicaciones diferentes a la interpretación del artículo 450 de la Ley 906 de 2004.

Para el efecto aporta el informe de arraigo elaborado por el investigador judicial de la defensa Holman Leonardo Vargas Roa, el cual está conformado por documentos de distinta naturaleza con los que demuestra el arraigo personal, familiar,

¹² Que será oportunamente impugnada.

social e incluso de vecindario, así como la composición de su núcleo familiar y su relación con sus hijos menores de edad. Igualmente, revelan las actividades económicas que en la actualidad desempeña, encaminadas al sostenimiento propio y se su prole. Ese arraigo no está dirigido a fundamentar una petición de reconocimiento de subrogados penales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

Esta Sala es competente para proferir la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235-5 de la Carta Política, modificado por el canon 3° del Acto Legislativo 001 de 2018, como quiera que las conductas por las cuales se procede habrían sido cometidas por la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA en su condición de gobernadora del departamento del Huila y en el cumplimiento de sus funciones.

Exigencias para condenar

Esta actuación se viene tramitando bajo la égida de la Ley 906 de 2004, según la cual sólo puede tenerse como prueba aquella que ha sido producida en el juicio ante el juez de conocimiento, en un escenario de contradicción, inmediación y publicidad. Según el artículo 7° del mismo ordenamiento, *“para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”*.

Este principio rector, desarrollado en el artículo 381 ibidem exige para arribar al fallo de condena, conocimiento en

el grado enunciado sobre los delitos imputados y la responsabilidad penal del acusado, discernimiento que debe estar fundado en las pruebas debatidas en la audiencia de juicio oral, las cuales deben apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y siguiendo los criterios establecidos para cada medio de convicción, según lo dispuesto en el artículo 380 del citado ordenamiento.

Bajo tales premisas la Sala asumirá el examen de las pruebas que obran en el proceso, con el propósito de establecer si las categorías de las conductas punibles: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad por las cuales fue acusada la ex gobernadora del departamento del Huila, CIELO GONZÁLEZ VILLA, y su responsabilidad se hallan acreditados más allá de toda duda. Sin embargo, no enunciará la numerosa prueba documental y testimonial acopiada, pero en las consideraciones se referirá a todas aquellas que determinan la decisión.

Consideraciones preliminares

Antes de efectuar el análisis por separado de cada uno de los comportamientos delictivos endilgados y teniendo en cuenta que en todos ellos se exige que el sujeto activo sea un servidor público que actúe en ejercicio de su cargo y/o de sus funciones, en aras de no incurrir en reiteraciones que hagan dispendiosa la lectura de este fallo, la Sala estima necesario formular las siguientes precisiones:

Es un hecho indiscutible que para 2012 la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA ostentaba la calidad de servidora pública, pues fue elegida como gobernadora del departamento del Huila

para el periodo constitucional 2012-2015¹³. Así mismo, quedó verificado que, contrario a lo sostenido por la representante del ente persecutor, previo a adelantar los tres procesos que culminaron con la celebración de los contratos de concesión 069, 302 y 537 de 2012, había sido expresamente autorizada por la asamblea departamental para obligar al ente territorial mediante la celebración de negocios jurídicos en el marco del ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico de licores, como pasa a constarse:

En el artículo 305 Superior el constituyente primario atribuyó al gobernador las funciones de cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley y las ordenanzas de las asambleas departamentales (numeral 1°), dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes (numeral 2°). En armonía con estas normas, el canon 300, numeral 9 ejusdem, faculta a las asambleas departamentales para autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes, entre otras funciones.

Los preceptos constitucionales en cita fueron desarrollados mediante las siguientes normas legales:

Artículos 94-4 y 60-10 del Decreto 1222 de 1986¹⁴, que en su orden disponían: Son atribuciones del gobernador: “4. *Llevar la voz del departamento y representarlo en los negocios*

¹³ Credencial expedida por el Consejo Nacional Electoral el 12 de noviembre de 2011 y acta de posesión número 2, de 31 de diciembre de 2011, efectiva a partir del 1° de enero de 2012 (folios 12 y 10 y 11 del cuaderno de estipulaciones).

¹⁴ Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental vigente para la época de los hechos, hoy derogado por la Ley 2200 de 8 de febrero de 2022.

administrativos y judiciales, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley”¹⁵ y corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas: (...) “10. Autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, pro t mpore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas (...)”¹⁶.

Por su parte, el literal b), numeral 3 del artículo 11 y el numeral 11, del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 prev en:

Artículo 11. “De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o. (...)”. 3. “Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: (...) b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades” (subraya la Sala).

Sobre el alcance de las atribuciones de las asambleas para facultar al gobernador para celebrar contratos, tiene sentado el Consejo de Estado (sentencia de 30 de enero de 2020, radicado 0266, lo siguiente:

La competencia con “la que cuenta el Gobernador para contratar no est  supeditada a una autorización general para toda la actividad contractual que desarrolle la administración departamental, sino para algunos casos particulares, previa reglamentación por parte de las asambleas, -siempre que están investidas para hacerlo-, la cual debe ser razonable y proporcional, teniendo en cuenta que la dirección de la actividad contractual est  en cabeza de la primera autoridad del departamento y no de dichas corporaciones de elección popular.

¹⁵ Hoy numeral 14 del artículo 119 de la Ley 2200 de 2022.

¹⁶ Hoy artículo 19, numeral 31 ibidem.

En otras palabras, no es procedente que las asambleas les exijan a los gobernadores contar con una autorización previa para celebrar todos y cada uno de los contratos que suscriba la administración departamental, sino que dicha atribución debe estar claramente restringida para casos concretos, los cuales se entienden fuera de la competencia general atribuida directamente a dichos mandatarios por la Ley 80 de 1993.

Es importante recordar que esta Sala, en un asunto similar, dejó claro que la atribución constitucional relacionada con autorización de contratación que tienen los concejos municipales frente a los alcaldes -que es la idéntica a la que tienen las asambleas frente a los gobernadores-, no abarca todos los contratos que deba suscribir el ente territorial, sino aquellos que la corporación considere pertinente, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Sobre el particular, esta Sala sostuvo:

[...] De estas disposiciones y el fundamento jurisprudencial de la Corte Constitucional que fue transcrito, se tiene que a los concejos municipales les corresponde establecer los contratos que deben ser autorizados por esa Corporación a los alcaldes municipales, bajo los criterios de razonabilidad en que debe fundarse la expedición de dicha reglamentación.

De lo anterior, se concluye, como lo dijo el a quo, que esta atribución de autorización no puede comprender la totalidad de los contratos que suscriba un alcalde municipal, en tanto se restringe únicamente y de manera excepcional a «los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Constitución Política.»¹⁷[...]»¹⁸.

Así las cosas, es claro que los gobernadores no requieren una autorización general para contratar por parte de las asambleas, teniendo en cuenta que la misma fue otorgada directamente por la Ley 80 de 1993, por lo tanto la atribución a la que se refiere el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política, únicamente se restringe a ciertos casos de contratos que tengan norma especial que exige una autorización previa de la asamblea para efectos de la celebración de contratos.

Cabe resaltar que en los casos en que exista norma especial que obligue al Gobernador a solicitar una autorización específica para poder celebrar cierto tipo de contrato, la reglamentación que sobre el particular expidan las asambleas debe respetar a cabalidad los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues el mandatario departamental es el que ejerce la función de director de la actividad contractual del ente territorial, en consecuencia, so pretexto de reglamentar el trámite de las

¹⁷ Sentencia C-738 de 11 de julio de 2001

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de septiembre de 2019, exp. 2010-00548.

autorizaciones excepcionales, las corporaciones de elección popular departamentales no pueden interferir en los procesos de contratación o coartar las competencias constitucionales y legales que tienen los gobernadores en esa materia” (subrayas ajenas al texto)

Para el caso particular de los contratos celebrados en el marco del monopolio como arbitrio rentístico de licores destilados, la normatividad vigente en 2012 eran la Ley 14 de 1983¹⁹ y el Decreto Ley 1222 de 1986²⁰. El primer ordenamiento jurídico disponía en su artículo 61 que las asambleas departamentales debían regular el monopolio o gravar esas industrias y actividades si el mismo no convenía a los intereses del departamento (precepto reiterado en el artículo 121 del entonces vigente Decreto 1222.

Lo anterior significa que por mandato legal, en tratándose del manejo del monopolio del licor, la дума debía autorizar de manera expresa al respectivo gobernador para celebrar los contratos que el mismo ordenamiento jurídico citado señalaba, esto es: “*de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos”* (artículo 63, reiterado en el artículo 122 del Decreto Ley 1222 de 1986). Ello sin perjuicio de que con la expedición de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, el citado mandatario pueda celebrar otros contratos típicos o atípicos, nominados o no, siempre y cuando para ello cuente con la autorización de la asamblea.

¹⁹ La Ley 1816 citada por la Fiscalía en el alegato de cierre, fue expedida el 19 de diciembre de 2016, por lo cual no puede ser tenida en cuenta para resolver el presente caso.

²⁰ Del siguiente tenor literal: “*De conformidad con la Ley 14 de 1983, la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las asambleas departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes”.*

En el asunto examinado la fiscalía sostuvo que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no estaba facultada para celebrar ninguno de los tres contratos interadministrativos que se le objetan, si se tiene en cuenta que, en su criterio, ninguna de las ordenanzas citadas en los estudios previos, en los actos administrativos de justificación y en las minutas contentivas de los acuerdos de voluntades, tenía vigencia, así: la ordenanza 006 de 1994, porque habría perdido fuerza ejecutoria; la 079 de 2005, porque contenía un mandato general para celebrar negocios jurídicos, sin referirse al monopolio y la 003 de 2010, porque no la autorizaba para celebrar contratos interadministrativos, sumado a que solo tenía vigencia para ese año fiscal.

Sobre el particular la delegada del ente persecutor solo acierta en lo concerniente a que en la ordenanza 079 de 2005 no se le habían otorgado al gobernador del Huila atribuciones expresas para celebrar contratos en el marco del monopolio rentístico de licor destilado, pues como se indica en la acusación, en dicho acto administrativo la asamblea lo autorizó para que *“en representación del ente territorial celebre los contratos y/o convenios en los que haga parte el departamento bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y escogencia objetiva, en los cuales se comprometa el presupuesto del Departamento del Huila y con el fin de cumplir los fines y competencias del Departamento del Huila”*²¹.

Como se observa, se trata de una cláusula general de competencia para celebrar contratos de cualquier clase y no la especial expresamente exigida en la Ley 14 de 1983 para la

²¹ Folios 226 y 227 del cuaderno de estipulaciones.

suscripción de negocios jurídicos relacionados con el ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico de licores destilados, sumado a que con este tipo de contratos no se compromete el presupuesto del ente territorial, como lo aceptó la gobernadora acusada en los actos precontractuales y en las minutas de los negocios jurídicos bajo examen. En consecuencia, dicho acto administrativo no podía servirle de fundamento para suscribirlos.

En lo que atañe a la ordenanza 06 de 1994, mediante la cual la Asamblea del Huila facultó al gobernador para que *“en cumplimiento de los artículos 61, 62, 63 y s.s. de la Ley 14 de 1983 y demás normas concordantes, celebre con entidades de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, convenios y contratos sobre producción, distribución o comercialización de licores”*²², es de señalar que si bien mediante la misma la duma le confería potestad expresa en la materia, lo cierto es que para 2012 había sido derogada por la ordenanza 03 de 2010, como se analizará ut infra.

En efecto, no se trata de que la ordenanza 06 de 1994 hubiere perdido fuerza ejecutoria en los términos del numeral 3° del artículo 66 del entonces Código Contencioso Administrativo²³, como lo alegó la representante del ente acusador, pues por mandato legal (artículos 84²⁴ y 85²⁵ del Decreto Ley 1222 de 1986, respectivamente, por entonces vigente), las ordenanzas solo salen del mundo jurídico cuando sean derogadas²⁶ o cuando sean anuladas por la jurisdicción

²² Folio 229 del mismo cuaderno.

²³ *“Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos”.*

²⁴ Hoy artículo 104 de la Ley 2200 de 2022.

²⁵ Hoy artículo 105 de la Ley 2200 de 2022.

²⁶ *“Las disposiciones sobre derogación de las leyes se hacen extensivas a las ordenanzas”*, derogatoria que, como lo dispone el artículo 71 del Código Civil, puede ser expresa o tácita.

contencioso administrativa y no por pérdida de fuerza ejecutoria, siendo claro que para 2012 la ordenanza 06 no había sido declarada nula, pero sí había sido derogada por la 003 de 2010 (por subrogación²⁷), luego aquélla tampoco constituye sustento de la competencia funcional por parte de la gobernadora hoy acusada.

Ahora, como quiera que las partes estipularon la existencia y autenticidad del inciso primero del artículo 1º de la ordenanza 003 de 26 de marzo de 2010²⁸, “*POR LA CUAL SE AUTORIZA AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO PARA QUE BAJO LA MODALIDAD DE CONCESIÓN, CONTRATE LA PRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS DE QUE ES TITULAR EL DEPARTAMENTO DEL HUILA ...*”, la Sala procede al examen correspondiente. El precepto ordenanzal en cita, vigente para 2012, disponía:

“Autorizase al Gobernador del Departamento del Huila, para que en representación de la entidad, contrate con otra entidad territorial, con una licorera del país o con personas jurídicas o naturales particulares con experiencia en esta actividad, bajo la modalidad de concesión, la producción, comercialización, distribución y venta de Aguardiente Doble Anís de que es titular el Departamento del Huila ...” (subraya la Corte).

Del texto transcrito emergen sin duda alguna las siguientes premisas jurídicas:

(i) Para 2012 la aforada CIELO GONZÁLEZ VILLA, como gobernadora del departamento del Huila, estaba facultada por

²⁷ Es decir, hubo sustitución de la base legal.

²⁸ Numeral 25.6 del cuadernillo donde se enunciaron las estipulaciones probatorias, en el cual se indica textualmente: “[m]ediante la ordenanza 003 de 2010, la Asamblea Departamental del Huila autorizó al gobernador del Departamento, para que en representación de la entidad, contratara con otra entidad territorial, con una licorera del país o con personas jurídicas o naturales particulares con experiencia en esa actividad, bajo la modalidad de concesión, la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís de que es titular el departamento del Huila”, (folio 14). Ello significa que no fue objeto de estipulación el contenido de los numerales 1 a 15 de dicho artículo.

la asamblea para celebrar contratos “*con otra entidad territorial*”²⁹, lo que no implica que tuviera que acudir caprichosamente a la figura del contrato interadministrativo.

(ii). La asamblea otorgó al gobernador del Huila la potestad expresa para suscribir contratos bajo la modalidad de concesión para la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís de que es titular el departamento del Huila, cumpliéndose los presupuestos legales exigidos para ello en la Ley 14 de 1983.

(iii). En el inciso primero del artículo 1° del acto administrativo en mención la asamblea no fijó un término para que el gobernador del Huila adelantara el proceso contractual allí autorizado -como sí lo hizo para el proceso señalado en el artículo 2° ejusdem-, por lo cual obvio es concluir que la facultad otorgada no había fenecido el 26 de julio de 2010, como lo pregona la fiscalía. Tampoco se indicó que dichas atribuciones lo fueran única y exclusivamente para celebrar contratos a mediano o largo plazo.

Ahora bien, debe la Sala precisar, por una parte, que ninguna norma Constitucional, legal ni ordenanza prevé que cada vez que haya cambio de gobernador debe la asamblea reunirse a pedido del primer mandatario para otorgarle la facultad de celebrar contratos en general, como tampoco los necesarios para ejercer el monopolio de licores. En consecuencia, no puede afirmarse con asidero jurídico que porque una vez tomó posesión del cargo como gobernadora del Huila, la ciudadana GONZÁLEZ VILLA no solicitó autorización

²⁹ La FLA era una dependencia del departamento de Antioquia, que es una entidad territorial.

a la duma para suscribir contratos como los censurados, entonces no tenía la facultad para celebrarlos y que, por ende, al hacerlo desbordó las atribuciones constitucionales y legales que le fueron conferidas, pues, se itera, con las atribuciones contenidas en el inciso primero del artículo 1° de la ordenanza 003 era suficiente para celebrar este tipo de contratos.

Y, del otro, no fue introducido al juicio oral algún medio suasorio que demuestre que el inciso primero del artículo 1° del acto administrativo sub análisis había sido derogado expresa o tácitamente para 2012, mediante la expedición de otra ordenanza, como tampoco que hubiere sido suspendido o declarada su nulidad por la jurisdicción competente³⁰, luego es indiscutible su vigencia para dicha anualidad. De ahí que pueda afirmarse sin duda alguna que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA estaba autorizada Constitucional y legalmente para suscribir los contratos 069, 302 y 537 de 2012, de modo que al hacerlo actuó en ejercicio de sus funciones.

Valga precisar, de otra parte, que la fiscalía sostuvo que por mandato del artículo 4° de la ordenanza 003 de 26 de marzo de 2010, ésta tendría vigencia por el término de cuatro meses contados a partir de su sanción y publicación y que, por ende, cuando la aquí procesada celebró los contratos que se le han cuestionado (14 de febrero, 10 de mayo y 24 de agosto de 2012), ya no tenía facultades para ello. Dicha aserción no tiene fundamento legal, pues el citado precepto hace referencia de

³⁰ Según lo atestaron los ciudadanos Jorge Pino Ricci y José Nelson Polanía Tamayo, los numerarles 1 a 15 de la ordenanza 003 de 2010, para la época de los hechos habían sido suspendidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, el cual posteriormente declaró su nulidad (al efecto véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 15 de abril de 2020, radicado 49672).

manera expresa al artículo segundo de la misma, que disponía:
“Autorizase al Gobernador del Departamento del Huila para que en representación del mismo contrate con entidades públicas o privadas la producción, comercialización, distribución y venta de hasta 200.000 (DOSCIENTAS MIL) unidades convertidas a 750 ml. necesarias para garantizar el abastecimiento del mercado mientras dura el proceso contractual de la presente ordenanza”, vigencia que se estableció en el artículo cuarto, en los siguientes términos:

“La autorización que se otorga en el artículo **segundo de la presente Ordenanza** será por el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la sanción y publicación de la presente ordenanza” (negritas fuera de texto).

Del texto de las disposiciones transcritas emerge claro que solamente el artículo segundo de la ordenanza 003 de 2010 tenía vigencia por cuatro meses, no así el inciso primero del artículo 1°, que otorgaba facultades sin fijar ningún plazo, por lo cual estaba vigente, itero, al no haber sido derogado mediante otra ordenanza, ni anulado ni suspendido por la jurisdicción contencioso administrativo, conforme lo disponían los artículos 84 y 85 del Decreto con fuerza de Ley 1222 de 1986.

Por último, no sobra señalar que el hecho de que tanto en los estudios previos 095 y 498 de 2012 como en las resoluciones de justificación 003, 039 y 213 de la misma anualidad y en las minutas de los contratos de concesión 069, 302 y 537 no se hubiese citado la ordenanza 003 de 2010³¹ y en su lugar se hubieren invocado la 06 de 1994 y la 79 de 2005, así como una providencia del Tribunal Contencioso

³¹ La cual solo se le menciona en el estudio previo 0791 de 23 de agosto de 2012 (folios 62 a 76 del cuaderno de estipulaciones).

Administrativo de Neiva, en modo alguno enerva las facultades que tenía la gobernadora para suscribir contratos en el marco del monopolio rentístico de licores destilados, las cuales se ejercen por mandato de la Constitución, la ley y las ordenanzas, independientemente de lo que se consigne en cada acto administrativo. Se trata de yerros formales que no tienen prelación sobre la realidad jurídica (artículo 228 de la Carta Política).

En el marco expuesto, la Sala infiere que al ejecutar las conductas que se le endilgan por la fiscalía como contrarias al ordenamiento jurídico punitivo, CIELO GONZÁLEZ VILLA no solo ostentaba la calidad de gobernadora del Huila, sino que estaba ejerciendo las funciones que le fueron conferidas por la Constitución, la ley y la ordenanza 003 de 2010 (para entonces vigente), cumpliéndose así el presupuesto que sirve de común denominador a todos los delitos por los cuales fue acusada.

Ahora procede la Corte a abordar el estudio de cada uno de los delitos atribuidos por la fiscalía a la aforada:

1. INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

1.1 Cuestión previa

Antes de proceder al examen del tipo penal mencionado en el epígrafe, la Sala mayoritaria considera necesario precisar que del recuento de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación y expresados en la diligencia de su formulación oral, por su mayor riqueza descriptiva se adecuan

al comportamiento punible descrito en el artículo 409 del Código Penal, esto es, “*interés indebido en la celebración de contratos*”, y no al de “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*” tipificado en el artículo 410 del mismo estatuto, pues pese a que allí se develaron por parte de la fiscalía algunas irregularidades en el trámite y celebración de los tres contratos de concesión por parte de la otrora gobernadora del Huila, CIELO GONZÁLEZ VILLA, se advierte sin hesitación alguna que ello obedeció a su manifiesto interés de favorecer indebidamente a la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia -FLA-, en detrimento de los postulados de planeación, transparencia (íntimamente relacionado, entre otros, con el de publicidad), economía, selección objetiva e igualdad (de estos dos últimos emerge el principio de libre concurrencia), todos ellos orientadores de la función administrativa en general (artículo 209 Constitucional) y de la contratación estatal en particular (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011³² -vigentes para 2012), por lo cual en este caso el principio de legalidad pasa a un segundo plano³³.

A lo anterior debe añadirse que si bien en el escrito de acusación y en la diligencia de su formulación oral la fiscalía relacionó algunas irregularidades comprobadas en la etapa precontractual de cada uno de los negocios jurídicos reprochados, no es menos cierto que solo se limitó a mencionar la vulneración de los principios de economía, igualdad, transparencia y selección objetiva, sin mencionar las normas constitucionales y legales que los consagran y sin precisar la

³² Denominada Estatuto Anticorrupción, por cuanto el conjunto de sus disposiciones está orientado “*a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*” (preámbulo), de modo que no se limitó a regular temas de contratación, sino que contiene normas encaminadas a lograr el propósito que motivó su expedición.

³³ En igual sentido se pronunció esta Sala en la sentencia SEP-0075-2029, de 8 de julio, rad. 0082.

razón por la cual consideró que con esas irregularidades se configuraba el desconocimiento de tales axiomas, por lo cual de condenarse a la procesada por el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales se vulneraría el principio de congruencia.

Por consiguiente, procede la Sala a abordar el estudio del delito de interés indebido en la celebración de contrato.

1.2. Tipificación y elementos que estructuran el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

El interés indebido en la celebración de contratos se encuentra tipificado en el artículo 409 del Código Penal, en los siguientes términos:

“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en pena de prisión de 64 a 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 80 a 216 meses” (con la modificación punitiva prevista en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

El precepto transcrito fue demandado ante la Corte Constitucional, quien lo declaró exequible mediante sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003³⁴, al considerar que el mismo se aviene en un todo a la Carta Política. En dicho pronunciamiento el alto tribunal hizo un completo examen de los elementos que estructuran esta conducta punible, argumentos que esta Sala hace suyos:

³⁴ Al tratarse de una sentencia de constitucionalidad, por mandato del artículo 243 Superior tiene efectos de cosa juzgada y fuerza vinculante erga omnes, siendo por ende imperativo su cumplimiento para todos los operadores jurídicos.

El sujeto activo del delito es el servidor público, sometido a precisas obligaciones en relación con el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y a quien corresponde en sus actuaciones en esta materia asegurar exclusivamente la realización del interés general, que, de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos deba perseguirse de manera específica por la actividad contractual en la que interviene.

La conducta reprochada al servidor consiste en el hecho de que éste se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o de sus funciones, lo que implica que para que se configure es necesario que su comportamiento se encamine a la obtención de un determinado resultado que beneficie al propio agente o a un tercero.

Ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del servidor, las cuales en la medida en que traducen el abandono por el servidor de sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidencian la configuración de la conducta reprochada penalmente.

Respecto al verbo rector, la norma alude al de “*interesar*”, dentro de cuyas acepciones figuran las de ‘dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés’, así como ‘hacer tomar parte o empeño a uno en los negocios o

intereses ajenos como si fueran propios y en que el pronominal es adquirir o mostrar interés por alguien o algo³⁵.

En el contexto precedente, el tipo penal no sanciona los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas, siendo éste el momento consumativo del delito.

Por la razón expuesta, la Corte Constitucional llamó la atención sobre el hecho de que bien puede suceder que un contrato se celebre sin que se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, taxativamente fijado en la Constitución y en la Ley, cumpliendo igualmente los requisitos legales esenciales determinados específicamente para el tipo de contrato de que se trate, sin que esto impida que se vulnere el bien jurídico administración pública, por cuanto si la actuación del servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal está determinada por un interés ajeno al general, que de acuerdo con la Constitución la ley y los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones está desvirtuando la imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública³⁶.

³⁵ “Ver Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima primera edición pag 1179”, citado en la mencionada sentencia C-228.

³⁶ “Ver Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 18 de abril de 2002 Proceso 12658 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego”.

Adujo también el órgano de cierre de la justicia constitucional que el estatuto de contratación administrativa está estructurado con base en los principios generales de transparencia, economía y responsabilidad, enumerados en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Ley 80 de 1993, que están concebidos como una garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines estatales que deben perseguir las autoridades.

El principio de transparencia garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas. Su aplicación implica que dicha escogencia se efectúe siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma, y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En el mismo sentido, las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

En virtud del mismo principio de transparencia, el artículo 24, exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que

permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada.

Como una corroboración y garantía expresa y contundente de la obligación que se impone a las autoridades, el artículo 29 señala que la selección de contratistas será objetiva. Precisa que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Concreta así mismo la norma que ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos no será objeto de evaluación.

De dichos textos se desprende claramente en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria.

Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual.

Así lo ha venido expresado reiteradamente también la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia:

Lo que reprocha de la conducta allí descrita es la infracción de los principios que orientan la actividad estatal de la contratación, como un valor que se configura con la plena observancia de las reglas que garanticen a los co-asociados una administración transparente, objetiva y por supuesto imparcial.

Ahora, el bien jurídicamente protegido por el legislador es la ética con que debe desempeñarse todo servidor público a la luz de la Constitución Política (artículo 209, inciso primero), la

imagen de la administración pública, la imparcialidad en la celebración de los contratos y, en fin, la moralidad pública.

Según la redacción del tipo penal y la jurisprudencia, el provecho a que alude la norma puede ser para el servidor público o para un tercero, siendo indiferente que se obtenga o no, pues frente a la consumación del delito basta el interés entendido como la falta de imparcialidad para intervenir dado el ánimo de beneficiarse o de beneficiar a un tercero, para que se entienda consumado ese elemento subjetivo del tipo penal.

Dicho provecho no es necesariamente económico. Al respecto en la sentencia que se viene comentando la Corte Suprema refiere a otro pronunciamiento, en los siguientes términos:³⁷.

“El procesado (...) y su defensor han sostenido hasta el final, que la conducta atribuida es atípica, por cuanto la Fiscalía acogió para ello la definición gramatical de "interés", que resulta más gravosa, al hacerla consistir en la ‘inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.’ (...), y no la que se refiere a su contenido de "provecho, utilidad, ganancia”.

En contra de ese criterio, se observa que en el Acta N° 82 de la Comisión Redactora de 1974 de lo que vino a convertirse en el decreto 100 de 1980, se analizó el ahora artículo 145, estimándose adicionado el 167 del anterior estatuto, pues tal precepto únicamente contemplaba la ilicitud para "El funcionario o empleado público... que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo", y la disposición actual abarca "provecho propio o de un tercero", así mismo sin hacer referencia a que sea de carácter económico. De tal manera, el interés previsto por esta norma tampoco tiene que contener una significación pecuniaria, ni el provecho en sí debe ser ilícito, sino que esa ilicitud se circunscribe al interés.

³⁷ Sentencia del 18 de abril de 2002.

Se reitera así lo analizado por esta Sala en sentencia de fecha 27 de septiembre del año en curso, radicación 14.170, con ponencia de quien ahora cumple igual función:

'El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones' [44]³⁸

(...) Sobre el particular resulta importante precisar así mismo, que el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la administración, como tampoco la adecuada prestación del servicio contratado, o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella³⁹.

Sentado el marco jurídico con base en el cual la Sala mayoritaria habrá de abordar el estudio de los delitos de interés indebido en la celebración de los contratos, a ello procede en los siguientes términos:

1.3. El caso concreto

1.3.1. Tipicidad objetiva

Como quiera que los delitos de interés indebido en la celebración de contratos se ejecutaron en relación con el manejo del monopolio de arbitrio rentístico del aguardiente doble anís, del que es titular el departamento del Huila, la Sala procede a efectuar el análisis de esta figura, así como del contrato de concesión, toda vez que ésta fue la modalidad

³⁸ "Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 25 de octubre de 2000 Proceso 15273 M.P. Nilson E Pinilla Pinilla".

³⁹ En el mismo sentido véase la sentencia SEP 00075-2019 de 8 de julio de 2019, radicado 00082, emitida por la Sala Especial.

autorizada por la asamblea departamental para la celebración de los respectivos contratos.

1.3.1.1. El monopolio de arbitrio rentístico de licores

En la actuación administrativa que precedió a la suscripción de los contratos de concesión números 069, 302 y 537 de 2012, se indicó por parte de la gobernación del Huila que para esa anualidad el departamento ejercía el monopolio sobre la producción, comercialización y venta del aguardiente doble anís, marca de la que era -y sigue siendo- su titular, con la finalidad de obtener recursos principalmente para financiar la salud y la educación; sin embargo, no estaba en capacidad de explotarlo por sí mismo por cuanto en 1997 fue liquidada la industria licorera departamental, por lo que requería de la participación de un tercero que contara con la infraestructura necesaria, con el cual debía celebrarse un contrato bajo la modalidad de concesión.

El artículo 336 de la Constitución Política dispone que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

De este precepto se infiere: *(i) que sólo es posible restringir la actividad económica privada y la libre competencia con la finalidad de que*

las rentas se dirijan al interés público y social mediante la constitución de un arbitrio rentístico⁴⁰ y (ii) que “[e]ntre los monopolios establecidos por el Legislador a favor del Estado o de sus entidades territoriales, se encuentra el de los licores, cuya titularidad corresponde a los departamentos, y sus proventos se destinan preferentemente a los servicios de salud y educación⁴¹ (se subraya).

La disposición constitucional en cita encontraba desarrollo legal en el capítulo V, artículos 61 a 72, de la Ley 14 de 1983⁴², “por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”. Así, el artículo 61 confirió a los departamentos el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados y facultó a las asambleas departamentales para regularlo o gravar esa industria y actividades si el monopolio no conviene, y el artículo 64 dispuso que el impuesto de consumo regulado en dicha ley es nacional, pero su producto se cede a los departamentos.

La Ley 14 de 1983 fue reglamentada por el gobierno nacional mediante el Decreto 4692 de 2005, en cuyo capítulo 5, artículos 2.3.2.5.1. a 2.3.2.5.6., regula el tema de la destinación preferente de las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, señalando que tales recursos deben dirigirse a cubrir las necesidades de salud y educación. Al expedirse el Código de Régimen Departamental mediante el Decreto Ley 1222 de 1986⁴³, en el Título VI, Capítulo II, aparte II, artículos 121 a 132, se reiteraron los artículos 61, 63 y 64 de la Ley 14 de 1983 (mediante los cánones 121 y 124).

⁴⁰ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de junio de 2010, radicación número: 19001-23-31-000-2001-04311-01(14858)”.

⁴¹ Ibidem

⁴² Vigente para la época de los hechos -año 2012- hoy derogada mediante la Ley 1816 de 2016.

⁴³ Derogado mediante la Ley 2200 de 2022.

De las normas citadas emerge claro que el legislador otorgó a los departamentos la “*opción de establecer el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, o gravar esa industria y sus actividades*”⁴⁴.

Ahora bien, ha dicho el Consejo de Estado⁴⁵ que “*el monopolio comprende el conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia (producción), sino también la distribución del producto industrial, su comercialización; del mismo modo, el monopolio se extiende a la introducción y venta en la jurisdicción de un departamento, bien de los licores destilados de producción nacional elaborados en otro departamento o bien de los licores importados. Por consiguiente, la venta del producto objeto del monopolio, es una de las fases o etapas de la explotación del mismo. Sin embargo, las ventas posteriores, por segundos y terceros intermediarios hasta llegar al consumidor final, no hace parte del monopolio, aunque las ventas que ellos realicen están gravadas con el impuesto a las ventas*” (resalta la Sala).

En relación con el régimen contractual legalmente previsto para el ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico para la producción, comercialización, distribución y venta de licores destilados por parte de los departamentos, el artículo 63 de la Ley 14 de 1983, reglamentado por el Decreto nacional 4692 de 2005 (vigentes para la época en que ocurrieron los hechos que ocupan la atención de la Sala mayoritaria), disponía: “*En desarrollo del monopolio sobre producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos*” (se subraya).

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de febrero de 2023.

⁴⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 7 de noviembre de 2002, rad. 1458.

Por su parte, el artículo 123 del Decreto 1222 de 1986 reprodujo en su integridad lo normado en el artículo 63 de la Ley 14, al disponer que *“en desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos”* (subrayas extratextuales).

Del marco jurídico expuesto se infiere que, por regla general, en materia de producción, comercialización y distribución de licores sometidos a monopolio, los gobernadores tenían gran libertad para escoger el tipo de contrato que más le conviniera a la entidad territorial respectiva. Sin embargo, como quiera que es competencia de las asambleas departamentales expedir las reglas a las cuales debe sujetarse el primer mandatario territorial para contratar la producción, comercialización y distribución de licores sometidos a monopolio, en el artículo 1º, de la ordenanza 003 de 2010 **“POR MEDIO DE LA CUAL SE AUTORIZA AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA PARA QUE, BAJO LA MODALIDAD DE CONCESIÓN, CONTRATE LA PRODUCCIÓN COMERCIALIZACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS DE QUE ES TITULAR EL DEPARTAMENTOP DEL HUILA”**, la дума dispuso que la *“modalidad”* de contratación debía ser la de *“concesión”*, motivo por el cual durante su vigencia los gobernantes del Huila no tenían la libertad para escoger otro tipo de contrato y, *contrario sensu*, debían acudir al de concesión.

Resta precisar que los preceptos especiales antes mencionados sometían a la administración departamental al

cumplimiento de la normatividad que para entonces regía los contratos estatales y los apotegmas que los orientan.

1.3.1.2. Del contrato de concesión

Es definido en el artículo 32, numeral 4° de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” (subrayas fuera de texto)

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 1996, señaló:

“El contrato de concesión es, pues, un contrato del Estado cuya finalidad es el uso de un bien público o la prestación de servicios públicos, que en principio, como así lo dispone el estatuto superior, le corresponde prestar al Estado. Su objeto está directamente relacionado por tanto, con el interés general, el cual está representado en una eficiente y continua prestación de los servicios y en la más oportuna y productiva explotación de los bienes estatales.

Derivado de su naturaleza eminentemente administrativa, el contrato de concesión lleva implícitos beneficios contractuales para el Estado, los cuales se originan en la necesidad de otorgar medios jurídicos que le aseguren al Estado la ausencia de intervalos, por ejemplo, en la prestación de un servicio público, que afecte los derechos de la colectividad o de los usuarios de los bienes” (se resalta)

1.3.1.3. Normas que regulaban la contratación estatal para 2012. Principios orientadores.

Teniendo en cuenta que los contratos discutidos se celebraron el 14 de febrero, 10 de mayo y 24 de agosto de 2012, las normas aplicables eran el artículo 209 de la Carta Política, las leyes 14 de 1983, 1222 de 1986⁴⁶, 80 de 1993, especialmente los artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 32, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como los decretos que reglamentaron dichas leyes, entre los que cabe destacar el 2474 de 2008 y el 734 de 2012, ordenamientos que tienen por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1° Ley 80) y están dirigidos a los servidores públicos⁴⁷.

1.3.1.4. Sujeto activo-calidad de servidor público

Como se dijo en precedencia, en este asunto se demostró la calidad de servidora pública de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA, exigida en el artículo 409 del Código Penal (sujeto activo), pues al celebrar los tres contratos de concesión confutados no solo ostentaba la condición de gobernadora del Huila, sino que además, había sido facultada por la asamblea departamental para la celebración de negocios jurídicos que versaran sobre la producción, comercialización distribución y venta del aguardiente doble anís, marca de la que es propietario el departamento, los cuales debían ser celebrados bajo la

⁴⁶ Decreto ley.

⁴⁷ Entendiendo por tales las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades estatales, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios del nivel directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas; así como los miembros de las corporaciones públicas a quienes se les atribuyan facultades para celebrar contratos en representación de éstas (artículo 2° ibidem).

modalidad de concesión, luego para la Sala es un hecho indiscutible que actuó con ocasión de su cargo y en ejercicio de sus funciones.

1.3.1.5. Sujeto pasivo

Tampoco hay duda de que la administración pública, concretamente el departamento del Huila se vio afectado en este caso en su imagen y buen nombre, pues como se verá en los acápite subsiguientes, el comportamiento de la entonces primer mandataria generó sensación de deslealtad, improbidad, pero, sobre todo ausencia de transparencia en el trámite y celebración de tres contratos de concesión suscritos con la FLA, sin que se surtiera el correspondiente proceso de selección objetiva que hubiere llevado a la administración territorial a escoger a esa contratista.

1.3.1.6. Del interés indebido

Se constató con la suficiencia necesaria para predicar la configuración de la tipicidad objetiva de los tres delitos que se le enrostran, por la concurrencia del interés indebido evidenciado con el comportamiento asumido por la aforada.

En efecto, se procede a efectuar el análisis conjunto de los contratos de concesión celebrados con la gobernación de Antioquia-fábrica de licores y alcoholes de Antioquia –FLA- a la cual quiso favorecer sin ninguna razón jurídica atendible, a fin de demostrar que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA vulneró en tres oportunidades el artículo 409 del Código Penal, en contravención a los principios de economía, transparencia,

selección objetiva e igualdad, a partir de los cuales se hará el respectivo análisis con base en el material probatorio recaudado en el juicio oral⁴⁸, así como en los hechos que fueron objeto de estipulación entre las partes, siguiendo el orden planteado por la fiscalía:

1.3.1.6.1. Desconocimiento del principio de economía

Según el relato de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación -en sus dos vertientes- la vulneración del axioma mencionado en el epígrafe se produjo porque en los estudios previos no se hizo referencia a las opciones con las que contaba el departamento en el mercado para resolver la necesidad que se pretendía satisfacer; no se plasmó un análisis de cuál sería la opción más favorable desde los puntos técnico, jurídico y económico, ni se hizo mención a factores de comparación para determinar cuál sería la oferta más provechosa de acuerdo a los requerimientos del ente territorial, como tampoco a los valores agregados que perseguían e implicaban beneficios y ventajas comparativas; no se hizo alusión al presupuesto para la contratación, ni a las condiciones que se exigirían al proponente; no se establecieron criterios de evaluación habilitantes que debieran ser cumplidos por los oferentes frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad y, no fueron cuantificados los aportes de cada parte, pese a haber suscrito un contrato de concesión.

Lo mismo ocurrió con las resoluciones 003 de 14 de febrero, 0039 de 7 de mayo y 213 del 24 de agosto de 2012 emitidas por la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, por

⁴⁸ Al cual se irá haciendo referencia a largo de la providencia.

medio de las cuales justificó la contratación directa para la celebración de los negocios jurídicos censurados, en las que no se hizo referencia al presupuesto para la contratación, ni a las condiciones que se exigirían al proponente, como lo ordenaban los artículos 77 del Decreto 2474 de 2008 (que regía la suscripción del contrato 0069) y 3.4.1.1. del Decreto 734 de 2012 (que regulaba la materia respecto de los contratos interadministrativos 302 y 537 de 2012.

Sobre la alegada violación del principio de economía *“tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de 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”*⁴⁹.

Como lo manifestó el Consejo de Estado, el principio de economía está íntimamente ligado al deber de planeación, en tanto éste es una manifestación de aquél⁵⁰. En virtud del postulado de planeación, a cuya sujeción se encuentran todas las entidades públicas por expreso mandato del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, *“resulta indispensable la elaboración de*

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 28 de mayo de 2012, rad. 21489.

⁵⁰ Ibidem.

estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando calidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios etc., que se pretende o requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de los recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración del pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional e internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer la necesidad de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretende celebrar (sic)”⁵¹

Sobre el desconocimiento del principio de economía por parte de la encausada, se acogen la mayor parte de los argumentos expuestos por la fiscalía en el pliego de cargos, por haber encontrado corroboración en la copiosa prueba documental allegada a la actuación.

Si bien se elaboraron unos estudios previos (0095, 498 y 791, los dos últimos suscritos, por orden de la encausada, por

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 14.287, reiterada en la sentencia de 29 de agosto de 2007, radicado 14.854.

Carlos Eduardo Trujillo González como secretario de hacienda y José Nelson Polanía Tamayo, en su condición de director del departamento administrativo de contratación⁵²), éstos no cumplen los derroteros trazados por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, como lo evidenció la fiscalía en su acusación.

Así, en dichos documentos no se expresó la razón por la cual la administración departamental optó por la celebración de contratos con otra entidad territorial, cuando en la ordenanza 03 de 2010 la asamblea departamental le había otorgado facultades para suscribir contratos de concesión, lo que le implicaba adelantar procesos de licitación pública en los que pudieran participar todos los posibles proponentes públicos y privados que tuvieran la probabilidad de prestarle los servicios de maquila al ente territorial, los cuales, al haberse escogido la referida modalidad contractual fueron excluidos de entrada, limitándose a señalar que esa era la modalidad escogida.

No sobra señalar que si bien es cierto en el juicio los testigos Héctor Galindo Yustres y Carlos Eduardo Trujillo González, que acompañaron la postura de la acusada, manifestaron que esta escogencia obedeció a que en criterio de la administración del Huila una licorera pública le garantizaba al departamento seriedad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos y un mayor nivel de recaudo con el menor riesgo financiero, no lo es menos que en

⁵² Al respecto debe tenerse en cuenta que como ordenadora del gasto y, por ende, a cargo del cumplimiento de la función de representar al departamento en la celebración de los contratos, la procesada tenía control y vigilancia sobre la actividad contractual delegada en el equipo interdisciplinario por ella integrado para adelantar los procesos de contratación que se le han censurado.

ninguno de los documentos y actos administrativos emitidos en el curso de la fase precontractual como tampoco en los contratos se esbozó siquiera ese motivo, como tampoco se dijo por qué, si ese era el caso, al elaborar los estudios previos no se mencionó la posibilidad de invitar a todas las licoreras públicas del país con idoneidad suficiente para presentar sus ofertas, sino que desde allí se direccionaron los contratos a favor de la FLA.

Así mismo, en los documentos de la fase precontractual se omitió decir que en Colombia existen varias licoreras públicas⁵³ que para la época de los hechos estaban en capacidad de producir el aguardiente doble anís, tales como Valle, Cauca, Caldas y Cundinamarca, entre otras, las que, además, habían manifestado interés en contratar con la gobernación del Huila, de lo que era consciente la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA, pues antes de su elaboración había solicitado cotizaciones a las cuatro industrias “*más grandes del país*”, demostrando que tenía conocimiento de la existencia de otros agentes que operaban en el mercado, con los cuales podía contar a la hora de celebrar los contratos, previo proceso de licitación pública.

No se hizo mención a los precios reales del mercado, limitándose la ordenadora del gasto a decir que para el contrato 069 se tomaban los valores acordados con la FLA en pretéritos negocios jurídicos de la misma naturaleza celebrados por ésta con la administración departamental anterior y para el 302 y el 537 se tendría en cuenta lo convenido con dicha fábrica en la reunión de 27 de abril de 2012, lo que de suyo evidencia que

⁵³ Y también algunas privadas como Licorsa, entre otras.

desde la etiología de los procesos contractuales la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA ya había tomado la decisión de contratar favoreciendo indebidamente a la FLA.

Pese a que antes de la suscripción del primer acuerdo de voluntades la industria licoreras de Caldas informó a la acusada sobre su interés de celebrar contrato con la gobernación del Huila para la producción y comercialización del aguardiente doble anís⁵⁴ y al mismo tiempo manifestó la imposibilidad de elaborar 700.000 unidades de ese licor antes del 15 de febrero de 2012 por lo cual solicitó la ampliación del plazo concedido para dar respuesta, la hoy acusada no aclaró el alcance de su comunicación ni atendió el referido pedimento, como tampoco dejó constancia de ello en los estudios previos.

Lo mismo ocurrió con los estudios previos de los contratos 302 y 537, en los que no se hace ninguna mención a que las licoreras de Caldas⁵⁵, Cundinamarca⁵⁶ y Cauca⁵⁷, presentaron verdaderas ofertas, con lo cual fácticamente pusieron de presente su interés de celebrar un contrato con diez años de plazo, con el objeto de fabricar y comercializar 3.500.000 unidades anuales de aguardiente doble anís, según las especificaciones de sus propuestas, en las cuales pusieron de presente su experiencia, capacidad técnica, logística y financiera para garantizar el cumplimiento del contrato.

Resulta igualmente acertado sostener que en ninguno de los estudios previos se explicitaron los factores a tener en

⁵⁴ Oficio 035, visible a folios 77 a 79 del cuaderno de estipulaciones.

⁵⁵ Oficio sin número del 12 de abril de 2012 (folio 100 del cuaderno de estipulaciones).

⁵⁶ Oficio sin número del 25 de abril de 2012 (folio 107 mismo cuaderno).

⁵⁷ Oficio sin número del 19 de abril de 2012 (folio 113 ídem).

cuenta para determinar cuál era la opción económica, técnica y jurídica que resultaba más favorable a los intereses de departamento, ni se señalaron los criterios comparativos que se aplicarían con tal propósito, como tampoco se precisó qué valores agregados o ventajas comparativas ofertados por alguno de los posibles proponentes tendría una mejor calificación desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, que conllevara a la selección objetiva del contratista, lo cual tampoco se hizo en los actos administrativos justificantes de los contratos, en los que necesariamente debieron efectuarse esos análisis para determinar si en realidad contratar con la FLA era la mejor opción que tenía el departamento.

Las omisiones en las que incurrió la aforada al hacer los estudios previos u ordenar su elaboración no tuvieron otra motivación que dirigir la celebración de los contratos de concesión del monopolio de arbitrio rentístico de licor a favor de la FLA, pues no otra explicación tiene el que haya desconocido la existencia de otros agentes del mercado que eventualmente podían brindarle condiciones más beneficiosas para el departamento y que, por ende, debían ser invitados a participar en las mismas condiciones que la FLA.

Sin embargo, no comparte la Sala lo referente a que en los estudios previos no se hizo referencia al presupuesto para la contratación; ni a la cuantificación de los aportes de cada parte; ni a las condiciones que se exigirían al proponente; ni a los criterios de evaluación habilitantes que debieran ser cumplidos por los oferentes frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad, pese a haber suscrito contratos de concesión, como lo alega la fiscalía.

Lo anterior por cuanto en cada uno de los estudios previos números 0095, 498 y 791 (elaborados con el mismo formato y cuyo contenido en muchos aspectos es casi idéntico), desde el preámbulo y a lo largo de los mismos de manera clara y expresa la gobernación de Huila manifestó que no aplicaba el ítem de “*presupuesto asignado*”, “*teniendo en cuenta que este proceso tiene por objeto la contratación para la producción, comercialización, distribución y venta a todo costo de (...) unidades de Aguardiente Doble Anís de 30 grados alcoholimétricos, en presentación de 375 ml, que no genera para el departamento erogación presupuestal alguna*”, aserción que encuentra asiento en la realidad contractual, dado que el bien que habría de aportar el departamento del Huila a la fábrica contratista⁵⁸ a través de su experto, era la receta para la elaboración del aguardiente doble anís, junto con la autorización ante las autoridades competentes para el uso y la explotación de la marca, con el fin de obtener recursos que reportarían utilidades para ambas partes⁵⁹.

Por lo demás, la fiscalía no introdujo al proceso el presupuesto del departamento del Huila para demostrar si el valor de este bien, en principio intangible, figura en alguno de sus rubros, como para que la endilgada tuviera la obligación de mencionarlo en los estudios analizados como parte del presupuesto a comprometer con la celebración de los contratos.

Otro tanto ocurre con la presunta ausencia de la cuantificación de los aportes -aspecto íntimamente relacionado

⁵⁸ Cualquiera que fuese.

⁵⁹ Recuérdese que se trataba de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y sinalagmático, en los términos de los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil.

con el anterior-, habida consideración que, como se señaló en el texto de los estudios previos, la producción, comercialización, distribución y venta del plurimencionado aguardiente no generaba para el departamento del Huila ninguna erogación presupuestal que debiera ser cuantificada - dada la naturaleza del bien a concesionar, esto es, el uso de una marca-, mientras que era la fábrica contratada la que debía asumir por su cuenta y riesgo todos los costos de producción y comercialización de la bebida alcohólica a cambio de percibir una utilidad, luego a ésta correspondía hacer sus propios análisis para determinar si la firma de los contratos le convenía o no, examen que, por ende, no debía figurar en los estudios previos de la gobernación del Huila sino en los de la gobernación de Antioquia.

Tampoco acertó el ente persecutor al sostener que los estudios previos no contienen las condiciones que se exigirían al proponente, cuando allí se habla de las condiciones económicas del nuevo contrato, de la obligación de hacer un aporte publicitario del 4% sobre el valor del precio oficial y en el acápite denominado “CONDICIONES TÉCNICAS DEL OFERENTE” se dejó expresamente plasmado que la gobernación les demandaba contar con el “**REGISTRO SANITARIO** vigente que lo autorice para la producción, distribución del Aguardiente Doble Anís, expedidas (sic) por el INVIMA, con una vigencia establecida igual o superior a la duración del contrato”; “contar con maquinaria propia para realizar la producción objeto del contrato” y “acreditar una experiencia igual o superior a cinco (5) años en la producción, distribución de Aguardientes, de mínimo dos millones de unidades convertidas a 375 cc”, entre otros requisitos.

Finalmente, en cuanto a los criterios de evaluación habilitantes que debían ser cumplidos por el contratista, la gobernación del Huila los señaló de manera expresa, al aludir a la capacidad financiera, la experiencia específica (la cual, acota la Sala, como lo indicó la contraloría departamental del Huila en el oficio 378 de 5 de junio de 2012⁶⁰, puede establecerse a partir de la “*experticia y el recorrido que el contratista demuestre en la ejecución de contratos con objeto idéntico o similar*”), las condiciones económicas y contractuales y precisó que por tratarse de contratos “*interadministrativos*” en los cuales la contraparte era una entidad pública, no era necesario que la misma se encontrara inscrita en el registro único de proponentes -RUP-.

Lo expuesto en los últimos seis párrafos no es óbice para concluir, sin discusión alguna, que la procesada como gobernadora del Huila en la práctica no diseñó un proceso claro y transparente que asegurara la selección objetiva del contratista, quebrantando de este modo el principio de economía, con el evidente propósito de beneficiar a la FLA.

1.3.1.6.2. Transgresión del principio de transparencia

Lo anterior por cuanto, según se deduce del relato de los hechos narrados por la fiscalía en la acusación, los contratos fueron producto de una concertación precedente entre las partes, habida cuenta que se realizaron reuniones previas entre la gobernación y la FLA en las que acordaron suscribirlos; se incluyó como condición que debía cumplir el contratista el contar con el registro INVIMA, exigencia que solo podía

⁶⁰ Folios 82 a 103 del cuaderno de pruebas de la fiscalía.

observar la FLA, toda vez que con anterioridad había adelantado otros procesos contractuales con el departamento del Huila; antes de elaborar los estudios previos y de justificar la necesidad de acudir a la contratación directa, se solicitaron cotizaciones a las industrias licoreras del Valle, Caldas, Cundinamarca y Antioquia y para presentar las propuestas se les concedió el término de tres días hábiles contados desde el envío de las invitaciones, plazo que solo favorecía a la FLA por la razón antes anotada; no se les ofreció respuesta a las solicitudes de prórroga impetradas por las licoreras de Caldas y Cundinamarca para la presentación de las propuestas, peticiones que, además, se ocultaron en los estudios previos; en el contrato 069 la resolución de justificación de la modalidad de selección de contratación y el contrato tienen la misma fecha, en tanto que en el trámite del contrato 302 no transcurrieron días hábiles entre los estudios previos y la decisión de justificación y entre ésta y la firma tan solo pasaron dos días hábiles. Y en el 537, en el transcurso de dos días (esto es, el 23 y 24 de agosto de 2012), se elaboraron los estudios previos, el acto administrativo de justificación y se suscribió el contrato.

En relación con el principio de transparencia, debe la Sala mayoritaria precisar que no fue descrito por el legislador de 1993, como tampoco por el de 2011. No obstante, el mismo se encuentra desarrollado en el artículo 24 de la Ley 80, con las modificaciones introducidas por el artículo 2° de la Ley 1150 y fue definido por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”.

Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...).

Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés". Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad”⁶¹.

No sobra precisar que de “acuerdo con principio de transparencia, es obligación del servidor público actuar de manera clara, imparcial y pública, sin anteponer sus intereses personales a los intereses de la entidad estatal, evitando omitir los procedimientos previstos para la selección objetiva y los demás requisitos de orden legal, absteniéndose de incurrir en abusos que conlleven a desviación de poder”⁶²

En el marco jurídico expuesto procede la Sala a expresar los motivos que la llevan a concluir la vulneración del principio de transparencia en la celebración de los contratos de concesión números 069, 302 y 537, suscritos por la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA con la FLA.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 31 de enero de 2011, radicado 17767.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 20 de mayo de 2003, rad. 18754; 10 de agosto de 2005, rad. 21546; 15 de mayo de 2008, rad. 29206; 16 de marzo de 2009, rad. 29089; 09 de septiembre de 2009, rad. 21200 y, SP8786-2015, de 8 de julio de 2015, radicación 38464, entre otras.

En primer término, como quiera que los contratos cuestionados son de concesión y fueron celebrados en el marco del ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico de licores, la gobernadora estaba obligada a acudir la licitación pública, toda vez que para la época de los hechos no existía ninguna ley que previera una modalidad distinta, por lo que era necesario acudir a la regla general prevista en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Consejo de Estado:

En providencia del 16 de septiembre de 2013, radicado 19705, señaló esa Corporación:

“El ordenamiento jurídico prevé distintas clases de concesión; en efecto, ésta puede ser de obra pública, de servicios públicos (servicios básicos, uso de los recursos naturales, servicios postales, etc.), de explotación de bienes del Estado (minería, espectro electromagnético – radioeléctrico- etc.), de monopolios rentísticos y juegos de azar, entre otras. Algunas de ellas están definidas por normas especiales, que regulan las particularidades del proceso de selección⁶³; sin embargo, no todas las modalidades de concesión tienen definido un proceso especial de escogencia del concesionario, que garantice el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, igualdad y el deber de selección objetiva del contratista; por tal razón, cuando no existe norma especial que contemple el proceso de escogencia del concesionario, como sucede en este caso, se debe acudir a la regla general prevista por el estatuto general de contratación administrativa, es decir, a la licitación pública, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁶⁴, vigente para la fecha en que fue celebrado el contrato que se examina (hoy día, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007), pues, por antonomasia, la licitación es el proceso de selección que con mayor rigor garantiza los principios y el cumplimiento de los deberes que informan la actividad

⁶³ Así, por ejemplo, para la época en que fue celebrado el contrato que se examina, el Decreto 855 de 1994 reglamentaba las formas de otorgar la concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones y, expresamente, señalaba que podían otorgarse mediante licencia o mediante contratación directa, conforme al procedimiento establecido en la misma normatividad”.

⁶⁴ “ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

“1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: ...” (Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007)”.

contractual del Estado durante el iter contractus, razón por la cual es de obligatorio acatamiento por parte de las entidades estatales, salvo en los casos en que la ley ha exceptuado su aplicación”.

Añadió esa Corporación: “Queda claro así que la administración omitió adelantar el procedimiento administrativo que el ordenamiento jurídico prevé para la escogencia del concesionario (licitación pública) y tal inadvertencia atenta contra el orden público jurídico, pues las normas que informan y estructuran los procedimientos de selección son de carácter imperativo y, por lo mismo, de cumplimiento incondicional e irrestricto (artículo 16 del Código Civil), en la medida en que están previstas para proteger el interés implícito en la contratación estatal, que no es otro que el interés de la colectividad y la realización de los fines del Estado, según lo prevé el artículo 3 de la Ley 80 de 1993; así, el numeral 8, del artículo 24 de la misma ley dispone que ‘Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”.

En sentencia de 2 de mayo de 2016, en el radicado 37066, señaló el mencionado órgano de cierre de la justicia contencioso administrativa:

“Significa entonces que las modalidades de selección de contratistas no pueden ser utilizadas por la administración a su arbitrio, puesto que la ley le impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esta manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para quienes participen en el proceso, con miras a garantizar que la oferta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.

En vigencia de la Ley 80 de 1993, las modalidades de selección de contratistas se circunscribían a i) licitación pública, ii) concurso público – hoy concurso de méritos y iii) contratación directa. La Ley 1150 de 2007 adiciona la selección abreviada, prevista para aquellos casos en que por las características del objeto contractual, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, pueden adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que la misma ley señala para las

modalidades de concurso público y contratación directa, en atención a la cuantía y naturaleza del objeto a contratar.

De esta forma, la licitación pública es la regla general y la contratación directa es la excepción. Así expresamente lo señala el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en cuanto dispone que ‘la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos’, salvo en los casos indicados en la misma norma para contratar directamente.

La contratación directa es una modalidad de selección de carácter excepcional, en virtud de la cual las entidades públicas, en los casos expresamente señalados en la ley, pueden celebrar contratos sin necesidad de adelantar licitación o concurso, para la adquisición de bienes o servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para los demás procesos, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública⁶⁵.

El contenido de la norma transcrita permite concluir que la comercialización de licores producidos por la Empresa Licorera de Nariño no se encuentra dentro de las causales previstas por el legislador para contratar directamente, pues las excepciones consagradas en la norma hacen referencia a prestaciones que nada tienen que ver con la comercialización, en relación con las cuales la ley permite que la administración, en cumplimiento del principio de selección objetiva, escoja de forma directa al contratista que reúna las condiciones técnicas y económicas acordes con la necesidad del servicio y según las previsiones legales que regulan la materia⁶⁶. La naturaleza del contrato del sub lite era de concesión⁶⁷, pues la producción y comercialización de licores constituye monopolio rentístico de los departamentos, destinados preferentemente a los servicios de salud y educación, de conformidad con lo establecido en el artículo 336 de la Constitución⁶⁸.

⁶⁵ Sentencia de 3 de diciembre de 2007, expedientes 24715, 25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447 (acumulados).

⁶⁶ “Al respecto se puede consultar la sentencia de 30 de junio de 2011, exp. 19782, con ponencia de quien elabora la presente providencia”.

⁶⁷ “La ley 80 de 1993 unificó las diferentes clases de concesiones en un solo tipo contractual, definido así en el artículo 32, numeral 4°:

“Artículo 32. De los contratos estatales. (...)

4°. Contrato de concesión.

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (...)”

⁶⁸ “Artículo 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

En conclusión, la naturaleza y cuantía del acuerdo obligaba a la entidad estatal adelantar licitación pública, pues no estaba autorizada por la ley para adquirir directamente –como lo hizo– el objeto contratado. La Empresa Licorera de Nariño tenía que cumplir con los principios que rigen la contratación estatal y el deber de selección objetiva de los contratistas, razón por la cual se hallaba en la obligación de acatar los procedimientos y exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico”.

En un pronunciamiento de 26 de enero de 2023 (rad. 66915), sostuvo el Consejo de Estado:

“31. Como se observa, aunque los tipos contractuales podían ser diversos, la selección del contratista debía hacerse por un procedimiento competitivo.

32. El artículo 63 de la Ley 14 de 1983, al igual que el artículo 123 del Decreto 1222 de 1986, señalaban que, en desarrollo del monopolio de arbitrio rentístico, los departamentos podían celebrar negocios jurídicos “dentro de las normas de contratación vigentes”.

33. Las interpretaciones diversas sobre las “normas de contratación vigentes” llevaron a que el Consejo de Estado se pronunciara sobre el régimen jurídico que disciplina las relaciones contractuales en las que un Departamento entrega la introducción y comercialización de licores. Al respecto esta Corporación concluyó: “[comoquiera que] el Decreto-ley no estableció un régimen especial para la selección de los contratistas en ese tipo de contratos o convenios, [...] se debe concluir que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, contentiva del estatuto general de la contratación pública, el departamento debió ceñirse para su celebración a dicha ley, tal como fue modificada por la Ley 1150 de 2007”⁶⁹. En esa misma oportunidad indicó, en línea con lo indicado por la Sala de Consulta y Servicio Civil: “a falta de una regla específica, la modalidad de selección

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación”.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores”.

⁶⁹ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de septiembre de 2019, exp. 60075 y Sentencia de 12 de marzo de 2014, exp. 32611”

de contratistas particulares por parte del departamento era la licitación pública”.

Conforme con la jurisprudencia citada, la única modalidad de contratación admisible en este caso era la licitación pública, pues por mandato legal es la regla a la que debe acudir la administración pública al celebrar los contratos, máxime cuando estaba ante el ejercicio del monopolio rentístico. Sin embargo, en los estudios previos y en las resoluciones de justificación de los contratos manifestó que debía acudir al contrato “interadministrativo” (lo que *per se* excluía la participación de las empresas privadas que también podían tener interés en prestarle los servicios al departamento del Huila), sin que en parte alguna de esos documentos explicara la razón por la cual escogía este mecanismo de contratación, lo que demuestra su intención de acudir al mismo para inobservar la ley, con el único propósito de beneficiar los intereses económicos de la gobernación de Antioquia -FLA-, quien resultó favorecida con los contratos de concesión con ella celebrados.

En efecto, es un hecho innegable que incluso desde antes de la elaboración de los estudios previos 0095 de 7 de febrero, 498 de 4 de mayo y 791 de 23 de agosto, todos de 2012, la entonces dirigente departamental había tomado la decisión de celebrar los contratos con la FLA, sin considerar siquiera la participación de otras industrias públicas y/o privadas. Veamos:

En lo que corresponde al contrato 069 celebrado el 14 de febrero de 2012, se constató plenamente que mediante oficios

números 32, 33, 34 y 35 de 26 de enero de esa anualidad⁷⁰, la hoy aforada solicitó a las licoreras de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca, respectivamente, una cotización para la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís⁷¹, estableciendo como requisito *“indispensable que se nos garantice la producción antes del 15 de febrero de 2012, al igual, que incluir el detalle del costo de producto puesto en la ciudad de Neiva -Huila ...”*⁷², aserción que da a entender a cualquier desprevenido lector que también se les estaba invitado a participar en el trámite contractual.

No obstante, se verificó en el juicio oral que la aludida convocatoria en realidad no tuvo por finalidad conocer el valor que las empresas licoreras del Valle, Cauca, Caldas y Cundinamarca cobraban por sus servicios (es decir, no pretendió establecer los precios de la maquila en el mercado, para a partir de allí elaborar los estudios previos), como tampoco invitarlas a participar en la licitación pública (proceso de selección objetiva que correspondía dada la naturaleza del contrato de concesión), sino la de dar apariencia de que la dirigente del Huila estaba sujetando su actividad al estatuto de contratación estatal, si se tiene en cuenta que antes de la celebración de los tres negocios jurídicos glosados⁷³ ya venía sosteniendo conversaciones con la FLA, descartando la participación de las demás licoreras, incluso las públicas.

⁷⁰ Folios 76 a 79 del cuaderno de estipulaciones.

⁷¹ Las cuales, al decir del testigo Jorge Pino Ricci, tenían por propósito establecer los precios de mercado.

⁷² Requerimiento de permite inferir que no solo se trataba de presentar una cotización, sino una propuesta para la producción de las 700.000 unidades de aguardiente doble anís la cual debía garantizarse para antes del 15 de febrero de 2012.

⁷³ Recuérdese que en el texto de los contratos 069, 302 y 537 se alude a que en los meses de enero y abril de 2012, la gobernación del Huila solicitó cotizaciones a las Industrias Licoreras de Caldas, Valle, Cundinamarca y Antioquia.

En relación con el contrato 069, se advierte que desde los estudios previos 095 la gobernadora del Huila estaba direccionado su celebración hacia la FLA, como se evidencia en el tercer párrafo del acápite denominado “DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD QUE LA ENTIDAD ESTATAL PRETENDE SATISFACER”, en el que se afirma que con el nuevo “*modelo de contratación Interadministrativa con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia desde mayo de 2009, nuestra marca ‘Aguardiente Doble Anís’ ha venido recuperando posicionamiento en el mercado interno, que habían desplazado marcas nacionales y extranjeras, de tal modo que al culminar la actual vigencia cerraremos con ventas que superaron los 3.500.000 de unidades de Aguardiente Doble Anís con presentación de 375 c.c., cifra que desbordó nuestras proyecciones basadas en los consumos de los últimos cinco años, que no superaban las 2.600.000 unidades de 375 ml (...) por ello se requiere de una nueva producción, que garantice la existencia durante los dos primeros meses de 2012 del producto en el mercado, mientras se definen las condiciones de la nueva contratación para la Producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís”.*

Tanto así, que incluso el estudio previo analizado parece ser la minuta del contrato 069, cuando en los capítulos denominados, en su orden, “OBLIGACIONES Y ESPECIFICACIONES DEL PRODUCTO A OBTENER” se indica: “*El contratista se compromete a iniciar la producción objeto del presente contrato en un tiempo no superior a tres días después del acta de inicio”, y en el de “JUSTIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO OFICIAL DEL PROYECTO” se plasmó lo siguiente: “Para la realización del presente contrato interadministrativo, el Departamento no realizará ningún tipo de erogación que comprometa el presupuesto del departamento ...”.*

Lo anterior se corroboró con el oficio número E 201200005930 de 31 de enero de 2012, signado por Fernando

Restrepo Restrepo, gerente de la FLA y recibido en la gobernación del Huila al día siguiente⁷⁴ en el que se indica:

“Con el propósito de continuar con los acercamientos conducentes a un eventual acuerdo para la producción y comercialización por parte del Departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia del producto “Aguardiente Doble Anís” me es grato suministrarle la siguiente información de acuerdo con lo solicitado por usted mediante oficio 0034 del 26 de enero de 2012. (...)

Se garantiza el inicio de la producción antes del 15 de febrero de 2012, teniendo disponibilidad de entregar 200.000 unidades de 375 m.l. en la misma fecha y 500.000 unidades de 375 m.l. el 20 de febrero de 2012, siempre y cuando se acepte nuestra propuesta antes del 1° de febrero de 2012.Lo anterior para realizar todos (sic) las compras de los suministros necesarios para garantizar la producción solicitada.

De acuerdo con el texto transcrito resulta inconcuso, por una parte, que desde el momento mismo en que la ordenadora del gasto libró los oficios a las cuatro licoreras antes citadas - 26 de enero de 2012- ya había decidido contratar a la FLA, toda vez que con ese propósito había tenido “acercamientos”⁷⁵ con su representante legal Fernando Restrepo Restrepo a fin de llegar a un acuerdo para la producción y comercialización del aguardiente doble anís, diálogos que no se adelantaron con la intervención de los gerentes de las demás industrias que habían sido invitadas a cotizar y que podían tener interés en participar en los procesos de contratación.

Y de otra, que desde los albores de la negociación la entonces dirigente departamental otorgó una ventaja a la gobernación de Antioquia a quien, como se advierte en el oficio

⁷⁴ Cuyo contenido íntegro fue introducido al proceso mediante estipulación, por lo cual procede su valoración completa -numeral 19.5 del cuadernillo en el que se enunciaron los hechos estipulados, en concordancia con los folios 88 a 92 de la carpeta que soporta los hechos estipulados-

⁷⁵ Vocablo definido por el Diccionario de la RAE como “aproximarse, dirigirse hacia donde está una persona o cosa, situarse cerca de ellas”.

transcrito, desde antes del 14 de febrero de 2012 le dio a conocer la intención de contratarla para que le produjera las 700.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml para esa fecha, lo que permitía solo a la FLA asumir de antemano ese compromiso mientras que las demás empresas productoras de licor destilado que operan en el país no tuvieron la misma oportunidad, porque no estaban en capacidad de fabricar en tan pocos días esa cantidad de licor por no contar con la información e insumos necesarios para ello, a los cuales tenía acceso con alguna facilidad la FLA porque desde 2009 venía elaborando la bebida.

Lo mismo sucedió con los contratos 302 y 537 de 2012, pues como consta en los formatos de estudios previos números 498 y 791 de 2012⁷⁶, el 27 de abril de ese año, esto es, antes de su elaboración (que data del 4 de mayo y 23 de agosto de 2012), funcionarios del departamento del Huila y de la FLA se reunieron con el objetivo de acordar las condiciones económicas de los mismos, ocasión en la que esta última se comprometió a bajar el precio de la maquila y a aumentar la participación del ente territorial en las utilidades, luego de lo cual fue contratada sin ninguna otra consideración y sin examinar las propuestas presentadas por las licoreras de Caldas, Cauca, Valle y Cundinamarca⁷⁷, las cuales no fueron convocadas a esas negociaciones.

Así quedó consignado en el capítulo correspondiente a la definición y justificación de la forma de solventar la necesidad

⁷⁶ Folios 49 a 75 del cuaderno de estipulaciones.

⁷⁷ Visibles a folios 93 a 116 ibidem.

del formato de estudios previos 498 (párrafo 14), del siguiente tenor:

*“Que según **acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012** (hace parte integral de los estudios previos), en la que participaron funcionarios de la Fábrica de Licores de Antioquia y de la Gobernación del Huila, se acordó rebajar el costo de la maquila por botella en presentación de 375 ml, mejorando significativamente las condiciones económicas para el Departamento del Huila; por lo cual se acordó iniciar una nueva contratación”⁷⁸ (negrillas fuera de texto). Y en el párrafo 15 se señaló: “Que el Departamento de Antioquia -Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, con base en lo acordado en el acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012, envía la propuesta para la producción y comercialización del aguardiente Doble Anís”⁷⁹.*

En el estudio previo 791, se afirmó: *“Que el Departamento de Antioquia -Fábrica de licores (sic) y Alcoholes (sic) de Antioquia, **con fecha 16 de agosto de 2012** y bajo el radicado No. **E 201200066439**, envía la propuesta al Departamento del Huila, para la producción, comercialización y venta de 2.000.000 de unidades de aguardiente Doble Anís, con las mismas condiciones económicas acordadas en el acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012”⁸⁰, encuentro del cual da cuenta también el numeral segundo del apartado correspondiente a las consideraciones que llevaron a la suscripción del contrato 302 de 2012, reiterada en la misma ubicación e idéntica redacción en el contrato 537.*

Igualmente informó sobre este aspecto el testigo Fernando Restrepo Restrepo, entonces gerente de la FLA, que en aquella época se llevaron a cabo reuniones con funcionarios del departamento del Huila en las instalaciones de la fábrica, para discutir asuntos relacionados con la producción y distribución del aguardiente doble anís, las cuales eran parte de la práctica

⁷⁸ Folio 37 del cuaderno de pruebas de la Fiscalía.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Folio 51 del cuaderno de pruebas, misma carpeta.

habitual de su representada para mantener relaciones comerciales efectivas con sus clientes y no estaban rodeadas de secretismo o privacidad, aunque no da cuenta de la participación de otros industriales del sector en esos encuentros.

En segundo término, si bien es cierto que el 26 de enero de 2012 la gobernación del Huila, en aquel tiempo a cargo de la procesada GONZÁLEZ VILLA, invitó a las licoreras de Caldas, Valle, Cundinamarca y Antioquia a cotizar la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís en cantidad de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, ello no demuestra su intención y voluntad de permitir la participación de esas industrias en un proceso de licitación, como era su deber, como tampoco en el que culminó con la firma del contrato 069 de 14 de febrero de 2012, por cuanto:

- En los oficios 32, 33, 34 y 35 de 26 de enero de 2012⁸¹ se les concedió un lapso muy corto para presentar sus cotizaciones (de tan solo cuatro o cinco días como máximo), lo que de suyo las ponía en imposibilidad de ofertar por no contar con toda la información necesaria para ello, como lo puso de presente la licorera de Caldas al solicitar la ampliación del plazo para atender el requerimiento de la gobernadora.

- Desoyó la súplica de la licorera de Caldas para que se le ampliara el precario término⁸², pues la gobernante territorial no dio respuesta a la petición de prórroga, lo que evidencia su total carencia de interés en conocer los datos requeridos por el

⁸¹ Cuyo contenido fue objeto de estipulación (folios 76 a 79 de ese cuaderno).

⁸² Mediante el oficio ILC-232 de 31 de enero de 2012 (visible a folios 86 y 87 del legajo de estipulaciones).

departamento para tomar una decisión informada e imparcial que le permitiera seleccionar objetivamente al contratista.

- Los referidos documentos públicos son ambiguos, pues en ellos se les pidió a las licoreras de Valle, Caldas, Cundinamarca y Antioquia que presentaran una cotización, pero al mismo tiempo se les requirió que garantizaran la producción antes del 15 de febrero de 2012 y la puesta del producto en la ciudad de Neiva -Huila, con lo cual la aforada les hizo creer que tenía interés en que cualquiera de ellas le produjera las 700.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml y las entregara en la capital del departamento, lo que no era cierto, pues como se vio, ya venía conversando con el representante legal de la FLA para llegar a un acuerdo, como en efecto ocurrió.

A lo anterior se suma que la condición consistente en garantizar la producción del aguardiente doble anís en febrero de 2012 y ponerlo en Neiva en esa misma calenda únicamente podía ser cumplida por la FLA, porque, se itera, desde 2009 venía encargándose de su fabricación, por ende, tenía conocimiento de los insumos necesarios para ello (esencias, cajas de cartón corrugado, envases, etiquetas y sus proveedores, etcétera), además de que desde finales de enero de ese año venía discutiendo con la gobernación del Huila los términos del contrato.

Ese condicionamiento otorgaba una posición privilegiada a la FLA y al mismo tiempo impedía la participación de las otras industrias que no tenían acceso a la citada información, por lo cual no podían comprometerse a tener elaboradas para el 15

de febrero de 2012 las 700.000 unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholímetros en presentación de 375 ml, como ellas mismas lo manifestaron. Así, mediante el oficio de 30 de enero de 2012 la licorera del Valle adveró: “[e]n respuesta a su solicitud de presentar cotización para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación (sic) de 375 ml de AGUARDIENTE DOBLE ANÍS, ... debo manifestarle que por la brevedad del término en que usted necesita el producto terminado, la Industria de Licores del Valle no podrá cumplir con dicho objetivo”⁸³ (subraya la Corte).

Por su parte la industria licorera de Caldas, mediante oficio No. ILC-282 de 31 de mayo de 2012⁸⁴, le manifestó a la gobernadora “es necesario que se aclare si con la expresión ‘garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012’ exige que las 700.000 unidades se encuentren ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012 (sic), caso en el cual sería imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas tardarían cerca de 28 días calendario”, aunado a que “en el mercado de las esencias, los tiempos de entrega se encuentran estimados en 75 días” (subrayas ajenas al texto).

Las comunicaciones transcritas evidencian que las licoreras diferentes de la FLA se hallaban imposibilitadas para participar en igualdad de condiciones con ésta en un contrato que tuviera por objeto producir, en un reducido término, 700.000 unidades de un aguardiente que antes no habían elaborado, máxime cuando nunca se les aclaró la fecha en la que debían tener el producto terminado, empacado y sellado, listo para su comercialización y puesto en Neiva, es decir, si ello debía ocurrir el 15 de febrero de 2012, o podían hacerlo durante el periodo de ejecución del contrato y hasta el último

⁸³ Folio 85 del cuaderno de estipulaciones

⁸⁴ Folio 86 ejusdem.

día de su vencimiento (que en este caso sería el 14 de marzo-, lo cual no se les dio a conocer.

De esta forma se demuestra que en el trámite y celebración del contrato 069 de 2012 la encausada contrarió abiertamente los literales b)⁸⁵ y d)⁸⁶ del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, toda vez que en las invitaciones a cotizar, de 26 de enero de 2012, no se hizo la suficiente claridad y precisión sobre la finalidad perseguida por la administración departamental, esto es, si solo se trataba de solicitudes de cotización para determinar los precios de mercado y elaborar a partir de dicha información los estudios previos, como lo mencionaron los testigos María Fernanda Guevara Cadena, Héctor Galindo Yustres, Carlos Eduardo Trujillo González, José Nelson Polanía Tamayo, Jorge Pino Ricci y Luis Miguel Lozada Polanco. O si eran verdaderas invitaciones a participar en los respectivos trámites contractuales, como lo entendieron las licoreras de Caldas y del Valle al señalar que les era imposible producir 700.000 unidades de aguardiente doble añis antes del 15 de febrero de 2012. Y lo que es más grave aún, les otorgó un término tan precario para dar respuesta, que las destinatarias de los oficios ni siquiera tuvieron la oportunidad de obtener la información necesaria para determinar el coste de las materias primas requeridas para la producción de la bebida alcohólica, tornándose el requisito en una exigencia de imposible cumplimiento.

⁸⁵ “Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación” (subraya la Corte).

⁸⁶ “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento” (subrayas fuera de texto).

Esta anfibología impidió también que tales empresas pudieran contribuir con sus cotizaciones al establecimiento de los precios del mercado, ante la creencia de que se les estaba convocando para la producción del licor en un tiempo récord y demuestra que en el trámite contractual no existían reglas claras, objetivas y completas que permitieran la real concurrencia de las licoreras interesadas en participar en el mismo, máxime cuando no se adelantó ningún proceso de licitación pública. Ello es tan cierto que los precios del mercado no fueron determinados a partir de las cotizaciones sino por el “valor histórico” extraído de contratos anteriores firmados con la FLA o los que se acordaron previamente con ella y no como el producto de un análisis en el que se examinaran distintas variables, a fin de establecer razonable y objetivamente el valor de los futuros contratos.

Respecto de los contratos 302 y 537, obran en el proceso los oficios números 106, 107, 108, 109 y 110, todos de 22 de marzo de 2012⁸⁷ -emitidos de manera previa a la suscripción de tales acuerdos de voluntad-, a través de los cuales la gobernación del Huila solicitó cotizaciones a las licoreras de Cauca, Antioquia, Valle, Caldas y Cundinamarca, respectivamente, para lo cual les concedió un plazo más amplio que el otorgado en el primer contrato (hasta el 10 de abril), hecho éste que se consignó tanto en los estudios previos números 498 y 791, como en las resoluciones de justificación números 039 y 231 (numerales 13) e incluso en las minutas que contienen los negocios jurídicos en cita.

⁸⁷ Folios 80 a 84, ejusdem.

Sin embargo, con ello tampoco buscó la gobernante del Huila que las industrias licoreras del Cauca, Valle, Caldas y Cundinamarca participaran en un proceso de licitación pública, como tampoco en los dos procesos que culminaron con la celebración de los contratos 302 y 537, a fin de garantizar la libre competencia, el principio de igualdad, y, por consiguiente, la selección objetiva del contratista como postulados integrantes del principio de transparencia, pues tales cotizaciones se pidieron para la celebración de un contrato diferente a los aquí enunciados (lo era para uno a diez años y para la producción de 3.500.000 unidades anuales de aguardiente doble anís, en tanto que el 302 era para la producción de 1.500.000 unidades en un plazo de cinco meses y el 537 por 2.000.000 de unidades, por el mismo término).

Refuerza la posición de la Sala lo consignado en el oficio DAC078 dirigido a la industria licorera del Cauca el 19 de abril de 2012⁸⁸, en el que la acusada le aclaró que *“la invitación a cotizar enviada en días pasados no se efectúa dentro de un proceso formal de contratación, sino que es requerida por ustedes para la elaboración de los estudios previos ...”*, lo que devela que ninguna intención tenía la doctora GONZÁLEZ VILLA de adelantar un proceso licitatorio, como tampoco la de contratar a las licoreras del Cauca, o de Valle, o de Caldas o de Cundinamarca, todo lo cual denota opacidad en su conducta.

A lo anterior se suma que, recalca la Sala, el 27 de abril de 2012 se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de las gobernaciones del Huila y de Antioquia para acordar las

⁸⁸ Mencionado por la gerente de esa empresa, Gislina Perlaza Escobar, en el oficio sin número de la misma fecha.

condiciones económicas de los contratos que de ahí en adelante se celebraran (como el 302 y el 537), descartando la posibilidad de participación de otros agentes del mercado que no fueron llamados a esos encuentros para discutir sus ofertas.

Ahora, en defensa de la doctora GONZÁLEZ VILLA concurren testigos como María Fernanda Guevara Cadena, Héctor Galindo Yustres, Carlos Eduardo Trujillo González, José Nelson Polanía Tamayo, Jorge Pino Ricci y Luis Miguel Lozada Polanco, quienes contrario a esa pretensión más bien corroboraron el análisis que viene haciendo la Sala, cuando advieran que la emisión de los oficios del 22 de marzo de 2012 no tuvo por finalidad invitar a las licoreras de Cauca, Valle, Caldas y Cundinamarca a participar en el trámite de los procesos contractuales, sino simplemente la de obtener cotizaciones para establecer los precios del mercado.

Sin embargo, la prueba documental obrante en el infolio es suficientemente ilustrativa de que a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no le interesaba que otras industrias fabricantes de licor se presentaran al respectivo trámite contractual, como tampoco conocer los precios del mercado en la producción del licor destilado, toda vez que ninguna cotización fue tomada en cuenta a la hora de celebrar los contratos 069, 302 y 537.

Así, para el 069, como se dijo ut supra, la gobernadora no recibió las cotizaciones de las licoreras del Valle, Caldas y Cundinamarca, pues las dos primeras manifestaron reparos frente al tiempo que les fue concedido para fabricar las 700.000 unidades de aguardiente doble anís, afirmando que era muy

breve, y de la última no se conoce su respuesta porque no fue introducida al caudal probatorio, aunado a que no hubo pronunciamiento sobre la solicitud de prórroga formulada por la industria de Caldas. De haber tenido la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA la intención de auscultar “*los precios del mercado*” para escoger la oferta que más beneficiara al departamento del Huila, antes de suscribir el contrato habría ampliado el plazo otorgado a las empresas llamadas a presentar las propuestas, para poder hacer los respectivos cuadros comparativos.

Por lo demás, como lo afirmaron los deponentes José Nelson Polanía Tamayo y Jorge Pino Ricci, para celebrar el acto comercial en comento la administración departamental acudió al precio histórico, para lo cual, según esos testigos y se indica en el documento de estudios previos 095, solo se tuvo en cuenta el fijado en los contratos suscritos con la FLA entre 2009 y 2011⁸⁹, desconociendo la metodología para determinar este tipo de precios, consistente en “*verificar la variación de los mismos derivados del índice de precios al consumidor en cada año, examinando si se han presentado fenómenos económicos que hayan implicado fluctuaciones importantes en el comercio del bien o servicio*”⁹⁰ o en “*recopilar y analizar datos sobre las tendencias de precios a lo largo del tiempo, incluidos los cambios en los niveles de precios, la volatilidad de los precios y las estrategias de precios*”. Para ello se pueden “*utilizar diversas herramientas y técnicas para recopilar y analizar datos, incluido*

⁸⁹ “*Las condiciones económicas del nuevo contrato, no podrán ser inferiores a las establecidas en el contrato 341 y 1056 (sic) de 2011 con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia*” y en el título “*ESTUDIO DE CONDICIONES Y PRECIOS DEL MERCADO. Se han tomado como base los precios y condiciones que el departamento viene manejando en los contratos con la Fábrica de Licores de Antioquia, teniendo en cuenta que se invitaron a (sic) las cuatro licorerías más grandes del país, y solamente la Fábrica de Licores de Antioquia cotizó*” (folios 25 y 27 del cuaderno 1 de documentos introducidos por la Fiscalía)

⁹⁰ Valdés Perpiñán, Julieth Paola, 2012, “*Sobrecostos en el contrato estatal*”, tesis de grado en la maestría de derecho administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.

*el análisis estadístico, la visualización de datos y los algoritmos de aprendizaje automático*⁹¹.

Es así como no obra en los estudios previos número 95 ni en la resolución de justificación número 003 de 2012, un estudio de la variación de los precios al consumidor entre los años 2009 y 2011, ni se escrutaron en realidad los precios que en ese mismo periodo cobraban otras industrias públicas y/o privadas por sus servicios en la producción de aguardientes para un tercero, ni se hicieron estudios comparativos para establecer cuál era la tendencia histórica del mercado.

En relación con los contratos 302 y 537, afirmaron los testigos Carlos Eduardo Trujillo y Jorge Pino Ricci que *“en el negocio de licores los ciclos de comercialización son largos”*⁹² y, por ende, *“no se requieren cotizaciones frecuentes”*, por lo cual las presentadas en abril de 2012 para uno a largo plazo y por un mayor volumen de unidades por las licoreras de Valle, Cauca, Caldas y Cundinamarca fueron tenidas en cuenta a la hora de suscribirlos, justificando así la evocación de las invitaciones a cotizar en los diferentes documentos de la fase precontractual y en el cuerpo mismo de los referidos contratos.

Empero, en los estudios previos números 498 de 4 de mayo y 791 de 23 de agosto de 2012 no se hizo la más mínima alusión a las cotizaciones presentadas por las multicitadas licoreras; tampoco obra en las resoluciones números 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto, que justificaron la celebración de los contratos, un cuadro comparativo en el que se hayan

⁹¹ <https://fastercapital.com/es/tema-comprensión-y-análisis-de-precios-históricos>.

⁹² No son volátiles como el dólar, ni tan cambiantes como las cosechas de arroz.

consignado las cifras propuestas por las invitadas a cotizar, que evidencie la razón por cual la administración departamental arribó a la conclusión de que la oferta de la FLA era la más benéfica.

En cuarto término, en el caso sub judice se constató también que desde la fase precontractual de los pactos objetados se exigió a los posibles oferentes contar con el registro INVIMA para la producción del aguardiente doble anís, requerimiento que, como lo sostuvo la fiscalía, solo tenía por finalidad excluir a las industrias licoreras distintas de la FLA de su participación en los trámites contractuales, porque, al decir de la representante de dicho órgano, solo ésta contaba con el citado registro en la medida en que desde 2009 venía produciendo el licor destilado para el departamento del Huila.

Aunque la representante del ente acusador incurre en una imprecisión, por cuanto no obedece a la realidad que la FLA fuera titular del registro sanitario INVIMA de la marca aguardiente doble anís, le asiste razón en su crítica, pues evidentemente la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA incluyó esa exigencia con el único propósito de impedir que otros industriales interesados en producir la bebida alcohólica para ese departamento pudieran presentar propuestas.

El aserto anterior encuentra soporte en el Decreto 3192 de 1983⁹³, en concordancia con el Decreto 1290 de 1994⁹⁴, entonces vigentes. El artículo 65 del primero de los nombrados disponía que “[e]l registro Sanitario para elaborar y vender se concederá

⁹³ Derogado por el Decreto 1686 de 2012, que empezó a regir el 9 de agosto de 2013.

⁹⁴ “Por el cual se precisan las funciones del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y se establece su organización básica”.

a las bebidas alcohólicas elaboradas en el país y su titular será el propietario del producto”, quien para tramitarlo debía aportar, entre otros, los siguientes documentos: (i) “[c]ertificado expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio en que conste si la marca del producto está o no registrada y en caso afirmativo, quién es el titular. Si la marca no es de propiedad del solicitante, deberá presentar autorización para su uso” (literal g), y (ii) el “[c]ontrato de elaboración, debidamente legalizado, cuando el producto no sea elaborado por el titular del Registro Sanitario” (literal j).

De conformidad con dicha previsión legal, el registro sanitario INVIMA se concede al dueño de la marca, en este caso el departamento del Huila⁹⁵, y no a quien lo elabore en cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, pues en estos eventos el contratista solo requiere la autorización del propietario, como se evidencia en la resolución número 2009013009 de 12 de mayo de 2009, proferida por ese Instituto⁹⁶, del siguiente tenor literal:

“En la Resolución 2006021620 de 2109/06, el INVIMA concedió el registro sanitario No. INVIMA 2006L-0003007, vigente hasta el 28/09/2016, para ELABORAR y VENDER el producto “Aguardiente Doble Anís”, siendo titular el DEPARTAMENTO DEL HUILA, con domicilio en NEIVA- HUILA, y con una graduación alcohólica de 30° grados alcoholimétricos (sic).

Que mediante Resolución No. 2006023078 de 07/10/2006, el INVIMA autorizó las etiquetas del producto “Aguardiente Doble Anís” en sus presentaciones comerciales por 375 ml y 750 ml.

Que mediante Resolución No. 20070077532 de 17/04/2007, el INVIMA autorizó las etiquetas del producto “Aguardiente Doble Anís” en sus presentaciones comerciales por 50ml, 1500 ml y 2000 ml.

⁹⁵ Como lo aceptó la señora gobernadora en la numeral primero del acápite de considerandos resolución 003 de 2012.

⁹⁶ Folio 154 del cuaderno de estipulaciones.

Que mediante escrito número 2009049489 de fecha 08/05/2009, el Doctor Elugio Durán Rodríguez, actuando en calidad de Gobernador encargado del Departamento del Huila, presentó solicitud de modificación al Registro Sanitario en mención, en sentido de autorizar la adición del Fabricante FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA con domicilio en ITAGÜÍ – ANTIOQUIA, empresa estatal del Departamento de Antioquia”.

Añade que “[r]evisada la documentación adjunta se encontró que la misma da cumplimiento a lo estipulado por los artículos 99 y 100 del Decreto 3192 de 1983 en lo relacionado con las modificaciones en los fabricantes inscritos en el registro sanitario y los contratos de elaboración que deben existir entre las partes, y en consecuencia este Instituto, RESUELVE,

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR la Resolución No. 2006021620 del 21/09/2006, que concedió Registro Sanitario número INVIMA 2006L-0003007 a favor del DEPARTAMENTO DEL HUILA con domicilio en NEIVA-HUILA para el producto AGUARDIENTE “DOBLE ANÍS” en la modalidad ELABORAR Y VENDER.

En el sentido de autorizar:

- *La adición del fabricante FABRICA (sic) DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA con domicilio en ITAGÜÍ-ANTIOQUIA” (subrayas extratextuales).*

El texto del acto administrativo en comento confirma lo que se viene argumentando, en el sentido que fue al departamento del Huila como titular de la marca aguardiente doble anís a quien el INVIMA concedió el registro sanitario, de modo que el fabricante, cualquiera que fuese, no necesitaba haberle solicitado a dicho instituto la concesión del mismo ni contar con él al momento de suscribir los contratos, sino que correspondía a la gobernación autorizarlo, como lo hizo en su momento a favor de la FLA. Ello sin perjuicio de que el contratista cumpliera todos los requerimientos legalmente exigidos a una fábrica de licor destilado para la producción de sus propios productos, entre los que se encuentra el registro concedido por el INVIMA para éstos.

A lo anterior se suma que en cada uno de los contratos la gobernación del Huila se comprometió a “*suministrar al departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, de acuerdo con las etapas del proceso señaladas en la cláusula tercera, la autorización del INVIMA para la fabricación por parte de la **Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, del licor**”⁹⁷.*

En consecuencia, la gobernadora del Huila creó un sofisma de distracción para hacer creer que el productor y comercializador del multicitado provento requería tramitar ante el INVIMA la concesión del registro sanitario, cuando para ello le bastaba con celebrar un negocio jurídico con alguna industria del renglón que estuviera en capacidad de elaborarlo y ofrecerle las condiciones más favorables al ente territorial (previo trámite de una licitación pública), e informárselo al Instituto para que éste autorizara la adición, como lo hizo en el pasado con la FLA y como se comprometió a hacerlo en cada uno de los negocios jurídicos cuestionados.

Con esta exigencia infundada la doctora GONZÁLEZ VILLA contrarió lo normado en el literal e) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que ordena que la administración debe definir “reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad” (se subraya), pues a no dudarlo, un requisito así creaba confusión entre los empresarios del sector que podían tener interés de contratar con la gobernación del Huila.

⁹⁷ Numeral 1 de la cláusula séptima de los tres contratos.

En este orden de ideas, no asiste razón al representante de la víctima, al ministerio público y a la defensa cuando aducen que al incluir entre las condiciones técnicas de los estudios previos que el productor del aguardiente doble anís contara con el registro sanitario INVIMA vigente, lo que estaba verificando y exigiendo la gobernadora era el cumplimiento de un requisito legal que permitiera contratar a una empresa que garantizara su sujeción a la normatividad vigente -de la cual hacía parte, según los antes mencionados, ese registro-, pues quedó evidenciado que la FLA no contaba con él por no ser la titular de la marca, sino que simplemente antaño había sido autorizada por la gobernación del Huila como fabricante. Por lo demás, se reitera, ésta podía impartir dicho permiso a cualquiera de las empresas productoras de licor destilado que luego de un proceso de licitación pública fuera escogida como contratista, lo que devela sin hesitación alguna que contrario a lo argüido, sí se trató de un privilegio para favorecer a la FLA.

En quinto término, de los hechos jurídicamente relevantes narrados en la acusación se infiere sin dificultad alguna que con el único propósito de favorecer a la FLA la encausada fraccionó los últimos dos contratos, argumento que encontró respaldo en la prueba documental aducida a la actuación. En efecto, según se evidencia en los oficios 106 a 110 de 22 de marzo de 2012, antes citados, la administración del Huila manifestó a las industrias licoreras de Antioquia, Caldas, Cauca, Valle y Cundinamarca su interés de recibir cotización que condujera a celebrar un contrato interadministrativo con el objeto de *“REALIZAR LA PRODUCCIÓN A TODO COSTO CON LA MAQUINARIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO LA DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA EN EL DEPARTAMENTO*

DEL HUILA DE TRES MILLONES QUINIENTOS MIL (3.500.000) UNIDADES DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS DE 30° GRADOS (sic) ALCOHOLIMÉTRICOS Y PRODUCTOS DEL PORTRAFOLIO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA SUPERIORES A 29 GRADOS ALCOHOLIMÉTRICOS, EN PRESENTACIÓN DE 375 C.C EN PRESENTACIÓN DURANTE UN TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS; para tal fin anexo documento que contiene los requerimientos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos mínimos que deberá contener la cotización, la cual se recibirá hasta el día martes 10 de abril del presente año” (subraya la Sala).

Dentro de los requerimientos técnicos se pedía a los interesados acreditar experiencia de mínimo cinco (5) años en la producción y comercialización de aguardientes en cantidad de 3.500.000 unidades anuales, condición que la FLA no cumplía, como ella misma se lo informó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA en el oficio No. 201200028984, de 20 de abril de 2012⁹⁸, firmado por Fernando Restrepo Restrepo, del siguiente texto:

“Asunto: Cotización producción y comercialización **“Aguardiente Doble Anís”**”

De acuerdo con las solicitudes del 16 y el 19 de abril de 2012, mediante las cuales ustedes requieren cotizaciones para la elaboración de estudios y documentos previos por parte del Departamento del Huila y así determinar la modalidad de contratación para la producción, distribución y comercialización del “Aguardiente Doble Anís” en los próximos diez años.
(...)

En cuanto a la invitación recibida, en las “CONDICIONES TÉCNICAS DEL COTIZANTE” en su numeral 3 se estableció acreditar una experiencia igual o superior a cinco (5) años en la producción, distribución de TRES MILLONES QUINIENTAS MIL (3.500.000) botellas reducidas a 750 ml, **así como el manejo y explotación de marcas de otros departamentos objeto de monopolio**⁹⁹, la anterior condición nos impediría presentar

98 Folio 98 de la carpeta de estipulaciones

99 Negrilla fuera de texto.

propuesta, toda vez que no contamos con la experiencia de cinco años, sin embargo ponemos a su consideración dicho requisito, ya que desde el año 2009 y hasta la fecha hemos celebrado 7 contratos con el departamento del Huila cuyo objeto es la producción y comercialización del aguardiente doble anís, sin que hubiese ninguna dificultad o incumplimiento por parte del Departamento de Antioquia-FLA”.

En contraste, las industrias licoreras de Caldas¹⁰⁰, Cundinamarca¹⁰¹ y Cauca¹⁰², al responder la invitación de la gobernación del Huila manifestaron al unísono que tenían experiencia superior a diez años en la producción y comercialización de más de 3.5000.000 botellas de aguardiente reducidas a 375 c.c.

Ante este panorama, era evidente que la otrora primera mandataria del departamento del Huila no podía celebrar con la FLA el negocio jurídico para la fabricación de las 3.500.000 unidades anuales de aguardiente doble anís, por el término de diez años, por lo cual decidió contratarla para la elaboración de la misma cantidad de unidades pero a través de dos contratos: el 302 de 7 de mayo de 2012 por 1.500.000 y el 537 de 24 de agosto siguiente por 2.000.000, esquivando así el deber de adelantar la respectiva licitación al término de la cual debía seleccionar a una de las industrias del sector que satisficieran el requerimiento técnico referente a la experiencia calificada que había exigido.

Ese fraccionamiento al que alude la fiscalía al relatar los hechos jurídicamente relevantes constituye una prueba irrefutable del manifiesto interés indebido que tenía la

¹⁰⁰ Mediante certificación de 11 de abril de 2012, adjunta a los oficios sin número de la misma fecha (folios 102 a 106 del cuaderno de estipulaciones)

¹⁰¹ Folio 110 ejusdem.

¹⁰² Folio 115 ibidem

encausada para celebrar los contratos de concesión con la FLA, sin dar la más mínima oportunidad a industrias licoreras como la de Valle, Caldas, Cauca y Cundinamarca, entre otras, que sí cumplían la condición de experiencia igual o superior a cinco años y tenían o podían tener interés en negociar con la gobernación del Huila, desconociendo de este modo el deber de obrar con imparcialidad, probidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones como representante legal del departamento del Huila.

En sexto término, estos tres procesos contractuales se llevaron a cabo herméticamente, a espaldas de los miembros del sector de productores de bebidas alcohólicas destiladas, puesto que, excepto en lo que toca con el hecho de que la gobernante del Huila solicitó unas cotizaciones so pretexto de obtener información sobre los precios del mercado, los interesados no tuvieron la oportunidad de conocer la actuación administrativa que culminó con la suscripción de los contratos 069, 302 y 537 de 2012.

Al respecto solo basta advertir, por un lado, que no se llevó a cabo la licitación pública como correspondía y, por el otro, examinar los estudios previos, las resoluciones de justificación y el texto de los contratos, para constatar que la hoy procesada ocultó información relevante a los interesados, quienes, dada la rapidez con la que se adelantaron los trámites contractuales y se celebraron los acuerdos de voluntad no tuvieron la ocasión de conocerlos y pronunciarse, por ejemplo, formulando observaciones que conllevaran a la administración departamental a escucharlos. Como contrapartida, en las resoluciones 039 y 213 consignó afirmaciones que reflejaban

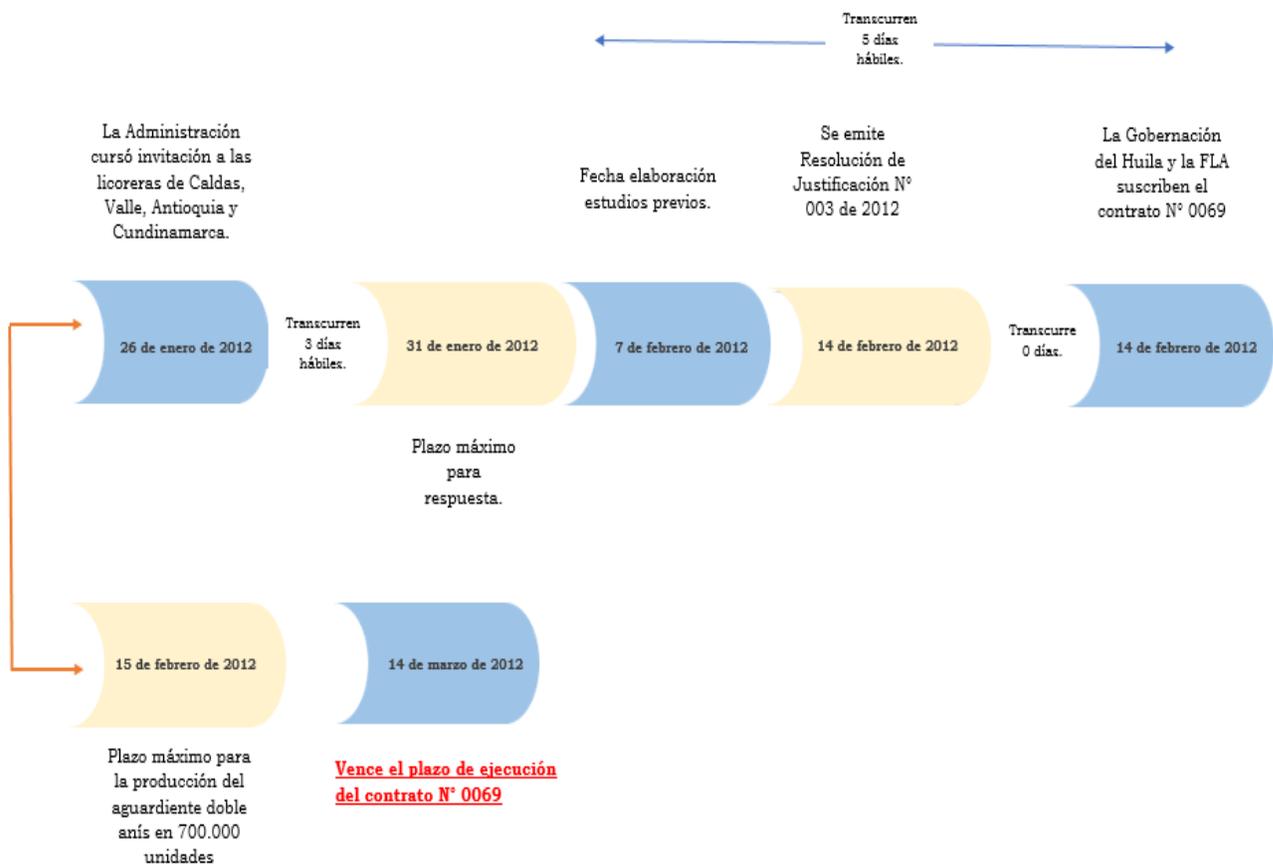
una realidad distinta (falacias), incurriendo en falsa motivación que denota una clara desviación de poder.

Así, itera la Sala, en los estudios previos 0095 y en la resolución de justificación del contrato 069 se omitió señalar que la licorera de Caldas manifestó interés en prestarle los servicios de maquila al departamento del Huila para la producción del aguardiente doble anís, limitándose la doctora GONZÁLEZ VILLA a indicar en cada uno de esos documentos que había solicitado a las cuatro fábricas de licor más importantes del país la presentación de cotizaciones y que solo la FLA tuvo interés en cumplir con las condiciones requeridas por la gobernación, pero sin explicar allí que la licorera de Caldas dijo que necesitaba de al menos 75 días para conseguir las esencias y por ello pidió la ampliación del plazo para presentar la oferta. De este modo la encausada pretendió hacer creer a los terceros que de manera ex post pudieran tener acceso a la actuación, que ésta se había ajustado a la legalidad.

En lo que corresponde a los contratos 302 y 537 la situación no fue distinta, pues aunque los testigos Polanía Tamayo y Pino Ricci aseguraron que las cotizaciones presentadas en abril de 2012 por las licoreras de Caldas, Cauca y Cundinamarca fueron tenidas en cuenta para establecer los precios del mercado, lo cierto es que la aforada omitió consignar en los estudios previos, en los actos administrativos de justificación y en las minutas, que al igual que la FLA éstas también presentaron sus propuestas completas -es decir, no se trató de simples cotizaciones-, sumado a que en los citados documentos no aparece ninguna mención a los precios por ellas ofertados, ni figuran los análisis que llevaron a la dirigente

territorial a concluir que la propuesta de la FLA era la más favorable a los intereses de su representado.

Ahora, mal puede aducirse que las actuaciones administrativas de la fase precontractual pudieron ser conocidas por los terceros que tenían interés en participar en igualdad de condiciones que la FLA, si se tiene en cuenta que en el contrato 069 las invitaciones a cotizar se emitieron el 26 de enero de 2012 y el plazo para dar respuesta vencía el 31 siguiente; así mismo, el contrato y la resolución que lo justifica (la 003) son de la misma fecha, esto es, 14 de febrero de 2012, de suerte que esta última ni siquiera pudo ser objeto de publicación y, menos aún, pasible de controversia en sede administrativa, como se observa en la siguiente gráfica:



Así mismo, en el trámite del contrato 302 no transcurrieron días hábiles entre los estudios previos número 498 (viernes 4 de mayo de 2012) y la resolución de justificación número 039 (lunes 7 de mayo siguiente), en tanto que entre ésta y la celebración del negocio jurídico (10 de mayo) tan solo pasaron dos días hábiles. Y, finalmente, en el negocio jurídico 537, en el transcurso de dos días (esto es, 23 y 24 de agosto de 2012), se elaboraron los estudios previos número 791, la resolución de justificación número 213 y se suscribió el contrato, tiempo insuficiente en ambos casos para que los agentes que participan en el mercado como productores de licor destilado hubieran podido tener conocimiento del interés de la gobernadora de celebrar dos contratos para la elaboración de 1.500.000 y 2.000.00 de unidades de aguardiente doble anís, respectivamente, y presentar sus propuestas¹⁰³, según se advierte en el siguiente cuadro:



¹⁰³ Si se tiene en cuenta que las presentadas en abril de 2012 eran para un contrato distinto.

Por la razón expuesta, los interesados tampoco tuvieron la ocasión de controvertir los referidos actos administrativos, lo cual constituye no solo un atentado contra el principio de transparencia sino también contra el de publicidad y pone de presente el manifiesto interés de la procesada de encaminar la contratación a favor de la FLA.

Por consiguiente, no es de recibo lo afirmado por el testigo Carlos Eduardo Trujillo González cuando aduce que todas las *“actividades relacionadas con la contratación fueron realizadas de manera transparente y pública, sin hermetismo ni ocultamiento de información”*, cuando demostrado quedó que los tres procesos se adelantaron sin que las licoreras del país distintas de la FLA, públicas y/o privadas interesadas en prestarle sus servicios a la gobernación del Huila para la producción del aguardiente doble anís, tuvieran conocimiento del estado de dichos trámites, máxime si, como se vio, solo se les pidieron unas cotizaciones que ni siquiera fueron tenidas en cuenta al elaborar los estudios previos como tampoco en las resoluciones de justificación de los contratos y, menos aún, en su celebración.

Cosa distinta es que los funcionarios de la gobernación que por razón de sus funciones intervenían en los procesos contractuales -como es el caso del deponente Trujillo González¹⁰⁴- tuvieran conocimiento de lo que estaba sucediendo al interior del ente territorial y hubieran concurrido a las reuniones realizadas previamente con la FLA, pero ello no devela que los demás industriales del sector hubieran sido

¹⁰⁴ Para la época de los hechos fungía como secretario de hacienda del departamento del Huila.

convocados a dichos encuentros, como tampoco que estuvieran al tanto del trámite de esos procesos.

La Sala concluye que resulta innegable que en la celebración de los tres contratos cuestionados la procesada GONZÁLEZ VILLA actuó con desviación o abuso de poder, contrariando lo dispuesto en el artículo 24, numeral 8°, de la Ley 80 de 1993. Ello en la medida en que privilegió el interés de la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia al interés general, que le imponía el deber de adelantar un proceso público (mediante licitación), con la participación de los diferentes integrantes del ramo de la producción de licores destilados, a fin de escoger la propuesta que resultara más benéfica a su representado. Como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-128 de 2003, citando a García de Enterría:

“... la desviación de poder no sólo se evidencia cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que ‘es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa’.

La jurisprudencia y la doctrina^[29105] clasifican generalmente en dos grupos las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, a saber, aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a las que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros

¹⁰⁵ “Cabe recordar, por ejemplo, el análisis que se hace en el Derecho francés, en el que se desarrolló la teoría de la desviación de poder a partir de la Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “Le grands arrêts de la jurisprudence administrative” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pag. 26 a 35”.

finés, con el fin (sic) de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías¹⁰⁶.

Lo anterior si se tiene en cuenta que si bien en este caso no se advierte la existencia de un interés personal en cabeza de la hoy encausada -amistad o afecto hacia funcionarios de la FLA o de la gobernación de Antioquia- u odio o venganza en contra de los gerentes de las demás licoreras, como tampoco el de obtener un provecho patrimonial para ella o para un tercero, lo cierto es que actuó bajo la falsa apariencia de que estaba convocando a varias licoreras públicas del país para que presentaran sus ofertas, cuando en realidad toda su actuación para conceder el uso de la marca del aguardiente doble anís a un contratista estaba encaminada a favorecer de manera exclusiva a la FLA, todo lo cual patentiza la vulneración del apotegma de transparencia analizado y con ello la configuración objetiva del delito de interés indebido en la celebración de los contratos.

1.3.1.6.3 Quebrantamiento de los postulados de selección objetiva e igualdad

El desconocimiento de los referidos postulados se cimienta en que, como se indica en el acápite de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, la doctora GONZÁLEZ VILLA suspendió el proceso de licitación No. SLHPCO 015-2011 que adelantaba la anterior administración departamental, que se encontraba en etapa de prepliegos desde el 7 de octubre de 2011, sin que en los estudios previos y en las resoluciones mediante las cuales se justificaron los

¹⁰⁶ “Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443”.

contratos se hiciera mención a los motivos por los cuales no se avanzó en el trámite de dicho proceso para seleccionar al contratista; en los contratos 302 y 537 no se hicieron invitaciones a contratar; se celebraron tres acuerdos de voluntades en los cuales se incluyeron cláusulas que evidenciaban la intención y decisión de la gobernadora de celebrarlos con la FLA, sin ofrecer la oportunidad a otras industrias licoreras que también podían tener capacidad para la producción, comercialización y venta del licor requerido.

Asiste razón a la fiscalía al estimar demostrada más allá de toda duda la violación de los principios de selección objetiva e igualdad -anejos a los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad-, definido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“La selección objetiva consiste en la escogencia de la oferta más favorable para la entidad, siendo improcedente considerar para ello motivaciones subjetivas. Para tal efecto, con carácter enunciativo, la norma consagra factores determinantes para esa elección, los cuales deben constar de manera clara, detallada y concreta en el respectivo pliego de condiciones, o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa, y que sobre todo, deben apuntar al cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación pública.

Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen -transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa.

Por lo tanto, el deber de selección objetiva constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad

de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de igualdad, libre concurrencia, imparcialidad, buena fe, transparencia, economía y responsabilidad”¹⁰⁷.

En concepto de la Agencia Nacional de Contratación Pública, el *“principio de selección objetiva es un postulado que debe orientar la escogencia del futuro contratista del Estado en los procedimientos de selección adelantados por las entidades públicas, que se traduce en la exigencia de que la elección no esté basada en apreciaciones o factores subjetivos, sino en criterios objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero. En tal sentido, se trata de un principio que se deriva, en el ordenamiento jurídico colombiano, de principios como la igualdad (art. 13, C.P.) y la buena fe – manifestada en la confianza legítima– (art. 83 C.P.), así como de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (arts. 209 y 267 C.P.). Dicho principio rector de los procedimientos de selección, además, encuentra fundamentación legal expresa en disposiciones como el artículo 24, numeral 5°, literal a) de la Ley 80 de 1993, que exige incorporar requisitos objetivos en los pliegos de condiciones; el artículo 24, numeral 5°, literal b) de la misma Ley, que manda que en el pliego se definan “reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”; y, de forma más clara profunda y clara, el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, cuyo primer inciso dispone que “Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”¹⁰⁸.*

Lo anterior teniendo en cuenta que antes de perfeccionar los acuerdos de voluntades la hoy ex funcionaria decidió contratar de manera directa a la gobernación de Antioquia-FLA, es decir, la escogió sin adelantar un proceso de licitación pública que garantizara la participación del mayor número de interesados en proveerle los servicios de producir,

¹⁰⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia 28 de mayo de 2012, Radicado 21489.

¹⁰⁸ Concepto C-304 de 4 de julio de 2023.

comercializar, distribuir y vender el aguardiente doble anís, pese a que éste era el único mecanismo de contratación que podía emplear para celebrar los contratos de concesión que se le han cuestionado.

Al efecto obsérvese que con ese objetivo desde el año 2011 el departamento había iniciado la licitación pública No. SLHPCO 015-2011, proceso que si bien fue objeto de diversas vicisitudes como la referente a que los prepliegos habían recibido numerosas observaciones -la mayoría formuladas por Licorsa-¹⁰⁹ y que, como se indica en el oficio D.A.C. 146 de 9 de febrero de 2017¹¹⁰, emanado de la gobernación del Huila, la entidad “*no expidió el auto de apertura ni publicó el pliego de condiciones definitivo con el cual se inicia el proceso de licitación (...)*”, ello no era óbice para que la nueva administración retomara su cauce, teniendo en cuenta que ésta es la modalidad de contratación a la cual debía acudir por tratarse de un contrato de concesión, en la medida en que, se itera, al no existir en la ley una disposición que ordenara una modalidad distinta para la escogencia del contratista debía acudir a la regla general prevista en la Ley 80 de 1993 que no es otra que la licitación, hecho del que era consciente la hoy aforada, como se verificó en el proceso.

En efecto, es un hecho indiscutible que el departamento del Huila ejercía el monopolio de arbitrio rentístico sobre el aguardiente doble anís, con la finalidad de obtener recursos preferentemente para la salud y la educación, lo que indica que el mismo tenía una finalidad de interés público en los términos

¹⁰⁹ Al efecto véanse declaraciones de José Nelson Polanía Tamayo, María Fernanda Guevara y Héctor Galindo Yustres.

¹¹⁰ Visible a folio 455 del cuaderno 3 de pruebas de la defensa.

del artículo 336 de la Carta Política. No obstante, como se afirma en los estudios previos y en las resoluciones de justificación, en 1997 se liquidó la industria licorera del Huila por lo cual, a partir de allí el ente territorial viene contratando con terceros la producción y comercialización de la bebida.

Ahora, en lo que concierne al régimen jurídico aplicable para la época de los hechos, se reitera que estaban vigentes las Leyes 14 de 1983 y el Decreto Ley 1222 de 1986, en cuyos artículos 63 y 123, respectivamente, se disponía que en desarrollo del monopolio de arbitrio rentístico los departamentos podían celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio, siempre y cuando la administración se sujetara a las normas de contratación vigentes, en este caso a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que establecen que la escogencia del contratista debe efectuarse por regla general a través de licitación pública, máxime si, se trata de, se trataba de concesionar el ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico de licores. En consecuencia, no podía caprichosamente acudir al contrato interestatal porque éste no garantizaba la libre concurrencia de oferentes al excluir de entrada al sector privado, e incluso a las demás entidades públicas.

En este sentido en un asunto similar al que aquí se debate se pronunció el Consejo de Estado al señalar que como quiera que *“el Decreto Ley¹¹¹ no estableció un régimen especial para la selección de los contratistas en este tipo de contratos o convenios, (...) se debe concluir que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, contentiva del estatuto general de la contratación pública, el departamento*

¹¹¹ Refiriéndose al 1222 de 1986.

*debió ceñirse para su celebración a dicha ley tal como fue modificada por la ley 1150 de 2007*¹¹², concluyendo que *“a falta de una regla específica, la modalidad de selección de contratistas particulares por parte del departamento era la licitación pública”*¹¹³.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha sido reiterativa en sostener que en este tipo de contratos la administración departamental debe garantizar el principio de libre concurrencia, ofreciendo igualdad de oportunidades a todos los que quieran participar en la explotación del monopolio rentístico, lo que se garantiza con la licitación pública.

“... al efecto, el titular del monopolio está supeditado al cumplimiento de una serie de requisitos, constitucionales unos y legales otros, que imponen al celebrar el respectivo contrato “que no desvirtúen la esencia del monopolio y que no impliquen el otorgamiento de un privilegio a favor del concesionario.

Cuando esto ocurra y la entidad territorial busque la colaboración de los particulares en la explotación del monopolio constituido en su favor, deberá garantizar, como se indicó, la posibilidad de que, en igualdad de condiciones, puedan participar todos cuantos tengan interés en acceder al desarrollo de la actividad monopólica estatal (arts 2º y 13 C.N.), sin importar el tipo o modalidad de contrato que se escoja, según las necesidades de la entidad territorial que quiera entregar la gestión misma del monopolio a los terceros, para lo cual está debidamente autorizado por la ley, tal como se explicó anteriormente.

Como se menciona en la consulta, en la explotación del monopolio de licores destilados de producción nacional, se ha generalizado el sistema consistente en que la producción de los mismos se desarrolla por la entidad territorial a través de las Empresas de Licores departamentales cuando ellas hayan sido creadas, entidades que tienen la naturaleza de empresas industriales y comerciales del Estado del nivel departamental, o a través de contratos para realizar la producción de los licores; pero, en términos generales, la distribución, comercialización o venta de los productos se

¹¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 19 de septiembre de 2019, expediente 60075 y de 12 de marzo de 2014, exp. 32611, reiteradas en la sentencia de 26 de enero de 2023, exp. 66.915, de la cual fue tomada la cita.

¹¹³ Ibidem.

contrata con particulares, bajo diversas modalidades de contratos, permitidas por la ley 14 de 1.983, artículo 63, y el Decreto 1222/86, artículo 123, y el propio régimen de tales empresas industriales y comerciales, según lo disponen los artículos 255, 308 y 310 del decreto 1222/86, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 85 y 93 de la ley 489/98, a condición de que, por ser actividad monopólica, la celebración del respectivo contrato debe estar precedida de una licitación, concurso o invitación públicos”¹¹⁴ (subraya la Sala), criterio aplicable así las dos partes contratantes sean entidades públicas.

Empero, contrariando el ordenamiento jurídico que le imponía a la gobernadora el deber de escoger al contratista mediante licitación pública dentro de un proceso de selección objetiva que garantizara la libre concurrencia de los empresarios del sector de la producción y comercialización de licores destilados, por razones puramente subjetivas desde finales de enero de 2012, tomó la decisión de contratar a la FLA sin hacer una convocatoria pública a todos los interesados (licitación pública), a quienes no se les dio siquiera la posibilidad de presentar ofertas.

Así mismo, como lo sostuvo la fiscalía en la acusación, al no haber adelantado el procedimiento en mención y, por ende, no contar sino con un solo ofrecimiento -el de la FLA- la dirigente territorial no tuvo por lo menos la oportunidad de comparar y analizar la capacidad jurídica, técnica y financiera, así como las condiciones de experiencia y de organización de las licoreras de Caldas, Valle, Cundinamarca y Cauca, ni de escoger la propuesta más favorable a los intereses de su representado, pues si bien, como lo sostuvieron los testigos María Fernanda Guevara, Carlos Eduardo Trujillo, José Nelson Polanía, Luis Miguel Lozada Polanco y Héctor Galindo Yustres, llegó a un acuerdo comercial con la FLA que benefició al

¹¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta núm. 1458 de 2003

departamento, ello no significa que no hubiera podido recibir otras ofertas que le resultaran más provechosas.

Por lo demás, con el propósito de escoger la que más beneficios le reportara al ente territorial antes de celebrar los contratos 302 y 537, la enjuiciada tuvo la oportunidad de escrutar las ofertas presentadas por las licoreras de Caldas, Cauca y Cundinamarca (aunque para otro contrato), las cuales se encontraban en la secretaría de hacienda¹¹⁵, y elaborar a partir de allí los estudios previos y posteriormente los pliegos de condiciones que le permitirían adelantar la licitación pública. Ello teniendo en cuenta que al igual que la FLA esas industrias también cumplían los requisitos de habilitación: son entidades públicas que podían garantizarle al departamento cumplimiento y seriedad, tenían experiencia superior a cinco años, amplia trayectoria, capacidad financiera, económica y técnica y contaban con registro INVIMA para la producción de aguardientes. Empero, en ninguno de los documentos previos se hizo el respectivo análisis comparativo que revele los factores determinantes tenidos en cuenta para escoger a la FLA.

Ahora, tanto la procesada como los testigos Luis Miguel Lozada Polanco, Héctor Galindo Yustres y Jorge Pino Ricci, declararon que al tomar la decisión de celebrar los contratos de concesión números 069, 302 y 537 con la FLA, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no buscó un provecho propio o particular para sí misma sino beneficiar al departamento del Huila, propósito que logró dados los ingentes recursos percibidos con ocasión de la ejecución de los negocios jurídicos.

¹¹⁵ Las cuales, según lo explicaron los testigos Pino Ricci y Trujillo González, estaban actualizadas dada la permanencia de los precios del aguardiente en el mercado y que habían sido presentadas en abril de 2012.

Sin embargo, ello no desvirtúa la comisión de los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos que se le endilgan, pues de haber ello sucedido así, lo cierto es que como lo ha venido sosteniendo esta Corporación¹¹⁶, lo que se sanciona al incurrir en el delito de interés indebido en la celebración de contratos no es el detrimento patrimonial del Estado sino la deslealtad, la improbidad y la ausencia de transparencia de la administración pública frente a los coasociados en la toma de las decisiones en materia de contratación pública, en las que no se atienden las normas y principios que la rigen con el prurito de presentar resultados a la comunidad a cualquier precio.

En consecuencia, *“si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios “prohibidos” sino disconformes con el ejercicio de la función pública”*¹¹⁷.

Lo anterior por cuanto la *“ilicitud del comportamiento que se analiza se circunscribe entonces al “interés” que en provecho propio o de un tercero tenga el funcionario en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. Dicho interés ilícito se liga indefectiblemente al desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, según lo ratificó la Sala en sentencia de septiembre 27 de 2000, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, al señalar:*

*‘El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones’*¹¹⁸ (resalta la Sala).

¹¹⁶ Criterio acogido por la Corte Constitucional entre otras en la sentencia C-128 de 2003.

¹¹⁷ Sentencia de junio 8 de 1982, magistrado ponente Gustavo Gómez Velásquez, citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-128 de 2003.

¹¹⁸ Decisiones citadas en la sentencia C-128 de 2003, de la Corte Constitucional.

Es decir, en el asunto sub judice los contratos hipotéticamente pudieron haber sido suscritos por la acusada en pro del interés público, pues con ello habría buscado recaudar recursos para el ente territorial que regentaba, aspecto que no ha sido cuestionado en este juicio. Empero, ello no enervaría la conclusión de la Sala mayoritaria, pues lo cierto es que aquí se verificó que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA acudió a un procedimiento ajeno al ordenamiento jurídico, consistente en escoger de manera directa y a su arbitrio al contratista, sin atender el principio de selección objetiva.

En efecto, desde el inicio de su gestión como primera mandataria del Huila se manifestó proclive a favorecer los intereses de la gobernación de Antioquia y su fábrica de licores, pues ninguna explicación plausible existe para que de entrada hubiera excluido de la participación en los trámites contractuales a los demás agentes del mercado que al igual que la FLA estaban en capacidad de producir para el departamento las unidades de aguardiente doble anís que necesitaba para obtener recursos para invertir en la salud y la educación de los huilenses. Se insiste en que desde finales de enero de 2012 (año en el que apenas iniciaba su periodo constitucional), adelantó conversaciones con el señor Fernando Restrepo Restrepo, gerente de la FLA, con quien llegó a un acuerdo que finalmente se plasmó en el contrato 069, conducta que repitió en abril del mismo año al convocarlo a una reunión para negociar las condiciones de futuros contratos, mientras que los representantes legales de las otras fábricas de aguardiente no fueron llamados con esa misma finalidad, lo que devela la vulneración del axioma de selección objetiva.

En este orden de ideas, la Sala mayoritaria no alberga ninguna duda en el sentido que la actuación de la hoy encausada en relación con el manejo del monopolio rentístico del aguardiente doble anís no se ajustó a los presupuestos de la función administrativa ni a los principios que regulan la actividad contractual estatal, tales como los de transparencia, economía y selección objetiva previstos en los artículos 24, 25 y 32 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la misma estuvo encaminada a favorecer indebidamente los intereses comerciales de la FLA, por lo cual celebró con ella tres los contratos de concesión cuestionados, motivo más que suficiente para cobijarla con un fallo de condena.

1.3.1.7. Disposiciones que gobiernan la modalidad de contratación directa: urgencia manifiesta -concepto y requisitos para su procedencia-; contratos interadministrativos -presupuestos legales para su celebración- y condición de único proponente -concepto y requisitos legalmente exigidos-.

La Sala mayoritaria procede ahora a efectuar el examen de los institutos jurídicos mencionados en el epígrafe, en la medida en que para justificar el trámite de contratación directa, a lo largo del juicio oral ambiguamente se adujeron por la gobernadora tres causales, postura defensiva que fue acogida por la defensa técnica, el ministerio público y el apoderado de la víctima para solicitar la exoneración de su responsabilidad:

- Urgencia manifiesta. Afincada en que con el cambio de administración el ente territorial se vio abocado a una situación

de desabastecimiento de aguardiente doble anís, por lo cual era necesario suscribir los contratos, de lo contrario se habrían afectado las finanzas públicas y, en especial las inversiones en salud y educación.

- El contrato interadministrativo. Toda vez que solo una entidad pública garantizaba al departamento la seriedad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos y un mayor nivel de recaudo con el menor riesgo financiero, requisito que la FLA satisfacía porque era una dependencia de la gobernación de Antioquia y, por ende, tenía carácter público.

- La existencia de un único oferente. Habida cuenta que desde 2009 la FLA venía produciendo y comercializando la bebida alcohólica en cita, y, por consiguiente, contaba con el registro INVIMA que le permitía, solo a ella, cumplir el contrato en las condiciones requeridas por el departamento.

Esta Colegiatura procede a abordar el estudio de las tres figuras jurídicas invocadas por la otrora ordenadora del gasto como causales para optar por la contratación directa, pues de haberlas encontrado probadas la decisión habría sido de absolución.

El artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 regula las modalidades de selección para la escogencia objetiva del contratista, entre las que está la contratación directa (numeral 4°), a la que por ministerio de dicho precepto solo puede acudir la administración pública en los casos taxativamente allí señalados, entre los cuales se encuentran la “*urgencia manifiesta*”

(literal a), los “contratos interadministrativos”, y la “no existencia de pluralidad de oferentes en el mercado” (literal g).

Este ordenamiento fue reglamentado mediante el Decreto 2474 de 2008, en cuyo artículo segundo dispuso:

“Artículo 2°. *Modalidades de selección. De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 las entidades seleccionarán a los contratistas a través de las siguientes modalidades:*

1. *Licitación pública.*
2. *Selección abreviada.*
3. *Concurso de méritos, y*
4. *Contratación directa.*

Parágrafo. *Para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y responsabilidad contenidos en la Ley 80 de 1993 y los postulados que rigen la función administrativa” (resalta la Corte).*

De conformidad con en el párrafo transcrito, cualquiera sea la modalidad de contratación escogida por la administración, ésta debe sujetarse a los principios señalados en el artículo 209 Superior (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), así como a los previstos en el estatuto de contratación estatal, esto es, además de los anteriores, los de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, planeación, buena fe y debido proceso.

Así lo ha venido sosteniendo de manera pacífica y uniforme el Consejo de Estado¹¹⁹:

¹¹⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, rad. 15324

“En el acápite anterior se manifestó insistentemente que las entidades públicas están obligadas a respetar los principios que orientan la actividad contractual, no solo cuando la selección del contratista se cumple mediante el procedimiento de la licitación o concurso públicos, sino también cuando se adelante a través de la modalidad de contratación directa, puesto que esta forma de escogencia del contratista debe obedecer por igual a criterios objetivos y de interés general, con el fin de que el ofrecimiento seleccionado sea el más beneficioso para la entidad, sin que sea posible que los funcionarios encargados de la contratación, de manera discrecional, se eximan de su aplicación y procedan a seleccionar el contratista movidos por razones de índole subjetiva o de interés o conveniencia particular” (subraya la Corte)¹²⁰.

Ahora bien, el artículo 77 del Decreto Reglamentario 2474 indica el procedimiento que debe adelantar la administración cuando emplee la modalidad de contratación directa:

Debe expedirse un **“acto administrativo de justificación de la contratación directa**. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá:

1. El señalamiento de la causal que se invoca.
2. La determinación del objeto a contratar.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.
4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

En los eventos previstos en los literales b) y d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y en los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la

¹²⁰ En el mismo sentido véase sentencia de 28 de mayo de 2012, antes citada, en la cual manifestó esa Corporación: *“Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen –transparencia, economía y responsabilidad- y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa”.*

República, no requieren de acto administrativo alguno, y los estudios que soportan la contratación, no serán públicos.

Parágrafo 1°. *En caso de urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces del acto a que se refiere el presente artículo, y no requerirá de estudios previos”.*

Encuentra esta Corporación que en el asunto de la especie no se cumple ninguno de los presupuestos legalmente exigidos para considerar que al celebrar los tres contratos que se le reprochan, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA obró al amparo de alguna de las causales de la contratación directa invocadas incluso desde la fase precontractual y como argumento de defensa en el curso del proceso, como para que pueda concluirse con asidero jurídico que estaba facultada para acudir a dicha forma de contratación en lugar de la licitación pública, que es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades regidas por el estatuto general de contratación de la administración pública, entre las cuales se encuentra la gobernación del Huila, ya que para los monopolios rentísticos de licores la ley no imponía expresamente seleccionar al contratista mediante una forma distinta a la licitación pública.

1.3.1.7.1. Urgencia manifiesta

Definida en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“De la urgencia manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de

calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado”.

Sobre el control posterior, el artículo 43 del mismo ordenamiento establece:

“Del control de la contratación de urgencia. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia”.

Finalmente, el artículo 41, inciso 4°, de la misma ley 80, dispone que en caso de situaciones de urgencia manifiesta que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

Sobre este instituto jurídico ha sido uniforme y pacífica la jurisprudencia de los órganos de cierre de la justicia colombiana (Consejo de Estado y Cortes Suprema de Justicia y

Constitucional), al señalar que se trata de un mecanismo excepcional al cual solo puede acudir la administración pública cuando quiera que se encuentre ante la necesidad de conjurar un mal presente o futuro pero inminente, que amenace la continuidad de la prestación de un servicio, el suministro de bienes o la ejecución de obras, provocado por un estado de excepción, la paralización del servicio o situaciones de calamidad o hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que no dé espera en su solución, de modo tal que si la situación de crisis puede remediarse a través de un proceso de licitación pública u otra modalidad de escogencia del contratista que permita la libre concurrencia de todos los interesados, es imposible acudir a esta modalidad de contratación. La ley exige que la misma se declare mediante un acto administrativo motivado.

Así, el Consejo de Estado¹²¹ señaló:

“La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43, incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas.

En otras palabras, si analizada la situación de crisis se observa que la Administración puede enfrentarla desarrollando un proceso licitatorio o sencillamente acudiendo a las reglas de la contratación directa, se hace imposible, en consecuencia, una declaratoria de urgencia manifiesta. Así

¹²¹ “Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de enero de 1998. Radicado No. 1073. Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón y el Concepto de 24 de marzo de 1995. Radicado 677. Camilo Osorio Isaza”.

las cosas, la imposibilidad de acudir a un procedimiento ordinario de selección de contratistas constituye un requisito legal esencial que debe ser respetado por las autoridades cuando se encuentren frente a situaciones que aparentemente puedan dar lugar a la utilización de este instrumento contractual.

En este orden de ideas, ‘la urgencia manifiesta procede en aquellos eventos en los cuales puede suscitarse la necesidad de remediar o evitar males presentes o futuros pero inminentes, provocados bien sea en virtud de los estados de excepción, o por la paralización de los servicios públicos, o provenientes de situaciones de calamidad o hechos constitutivos de fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que tampoco dé espera en su solución, de tal manera que resulte inconveniente el trámite del proceso licitatorio de selección de contratistas reglado en el estatuto contractual, por cuanto implica el agotamiento de una serie de etapas que se toman su tiempo y hacen más o menos largo el lapso para adjudicar el respectivo contrato, circunstancia que, frente a una situación de urgencia obviamente resulta entorpecedora, porque la solución en estas condiciones, puede llegar tardíamente, cuando ya se haya producido o agravado el daño¹²². (...)

Por otra parte, para la Sala resulta claro que uno de los elementos esenciales de la urgencia manifiesta lo constituye la obligación de verificar que el objeto del contrato necesita su permanencia, es decir, que se requiere garantizar por parte de la Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicios¹²³” (subrayas ajenas al texto)

Más adelante, en el mismo pronunciamiento sostuvo la alta Corporación:

“Para esta Sala, es importante señalar que la urgencia manifiesta, aunque implique la posibilidad legal para celebrar contratos de forma directa e inmediata, bajo ninguna circunstancia puede convertirse en una regla general o en un instrumento discrecional en manos de las autoridades públicas, todo lo contrario, su aplicación es de derecho estricto y procede previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.

En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006. Exp. 05229.

¹²³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 07 de febrero de 2011, rad. 34425.

estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados¹²⁴” (se resalta).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil¹²⁵ resumió las características de urgencia manifiesta en los siguientes términos:

*“Sobre la urgencia manifiesta, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 contempla distintas **hipótesis fácticas, específicas y autónomas**, que permiten declararla, dentro de las cuales se encuentra la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de un servicio y, la ocurrencia de situaciones excepcionales que demanden actuaciones inmediatas e imposibiliten acudir a los procedimientos de selección.*

También ha aclarado el Consejo de Estado que se acude a la urgencia manifiesta, previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y que estarán sujetas al control fiscal respecto de los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración, a que se refiere el artículo 43 de la misma norma.

Por otra parte, para la Sala resulta claro que uno de los elementos esenciales de la urgencia manifiesta lo constituye la obligación de verificar que el objeto del contrato necesita su permanencia, es decir, que se requiere garantizar por parte de la Administración la continuidad de un servicio que exige suministro de bienes, ejecución de obras o la propia prestación de servicio. En cuanto a los requisitos formales de la declaración de urgencia manifiesta, considera la Sala que ellos se desprenden nítidamente de la lectura de los artículos 42 y 43 de la Ley 80 de 1993. (...)

De acuerdo con las disposiciones normativas ya señaladas, la Sala ha destacado los elementos de la urgencia manifiesta, así¹²⁶:

*(i) es una excepción a los procedimientos que como regla general rigen para la selección de los contratistas del Estado; (ii) **aplica solo cuando debe garantizarse la continuidad del servicio o conjurarse***

¹²⁴ Véase Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de enero de 1998. Cit. y Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2001. Expediente No. 13793.

¹²⁵ Concepto del 16 de febrero de 2022, rad. único: 11001-03-06-000-2021-00167-00.

¹²⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto número: 11001-03-06-000-2018-00229-00(C), de 19 de febrero de 2019.

situaciones de calamidad pública, y con las reglas generales se hacen imposibles tales propósitos; (iii) debe ser declarada mediante acto administrativo debidamente motivado; se trata de la explícita y fundamentada voluntad unilateral de la autoridad competente que tiene como efecto jurídico su habilitación para la celebración directa de los contratos requeridos por las situaciones que deben resolverse; (iv) con la excepción de las reglas atinentes a su formación, perfeccionamiento y requisitos de ejecución, propios de la urgencia manifiesta que demanda el servicio, los contratos que se suscriban deben reunir los requisitos establecidos en el Estatuto General de Contratación, puesto que la figura de la urgencia manifiesta no prevé alteración alguna a tales requisitos; (v) el mal uso de la figura es causal de mala conducta.

En síntesis, el Estatuto de la contratación estatal, su reglamento y las interpretaciones y aplicaciones jurisprudenciales y doctrinales permiten concluir que, en el ordenamiento jurídico, las autoridades disponen de un instrumento excepcional de contratación directa para dar respuesta oportuna a los requerimientos de bienes y servicios en aquellas situaciones de interés general que, por sus características **hacen apremiante su atención**, siempre que se cumplan los supuestos ya señalados, lo cual deberá ser evaluado por la entidad, al momento de declararlo, y estará sujeto a control fiscal respectivo”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹²⁷ ha venido reiterando la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, al sostener:

“Al respecto, de la jurisprudencia contencioso administrativa y los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado puede extraerse que, además de someterse a la verificación de taxativas causales legales de procedencia, la urgencia manifiesta, en tanto mecanismo que flexibiliza los procedimientos contractuales ordinarios, tiene razón de ser en dotar a la administración de opciones de respuesta inmediata, céleres y expeditas que sean idóneas para atender situaciones de crisis, sumamente graves, cuya solución no admite espera. Así, se torna preponderante la superación de la circunstancia excepcional, evitando una parálisis de servicios públicos de prestación continua”¹²⁸ puntualizó:

‘La contratación por urgencia manifiesta es tan expedita que, inclusive, la administración puede prescindir del contrato escrito y del

¹²⁷ Sentencia SP038-2023, de 15 de febrero de 2023, rad. 56014

¹²⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 4 de febrero de 2022, rad. 56.678.

acuerdo sobre el precio (artículo 41 de la Ley 80), siendo necesaria, únicamente, la existencia de una autorización escrita’.

Según el literal f) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80..., en la urgencia manifiesta la entidad pública podrá contratar de manera directa, sin necesidad de contar con los estudios o documentos previos”¹²⁹.

Finalmente, la Corte Constitucional al abordar el estudio de la constitucionalidad de los artículos 41 y 42 de la Ley 80 de 1993, consideró:

“Del análisis sistemático de las normas citadas se concluye lo siguiente:

***a.** Que la “urgencia manifiesta” es una situación que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado.*

***b.** Que ella existe o se configura cuando se acredite la existencia de uno de los siguientes presupuestos:*

- Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.

- Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción.

- Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y,

- En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

***c.** Que la declaratoria de “urgencia manifiesta” le permite a la correspondiente autoridad administrativa:*

*- Realizar de manera directa, en sus propios presupuestos, los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar, **de conformidad***

¹²⁹ En el mismo sentido véase Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, exp.: 14.275

con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto. (Parágrafo 1o. artículo 41 Ley 80 de 1993)

- Hacer los **traslados presupuestales internos** que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente. **(Parágrafo único artículo 42 Ley 80 de 1993)**

d. Que dada la mayor autonomía con que se dota a las autoridades administrativas, para afrontar situaciones de urgencia y excepción, la vigilancia sobre las actuaciones que se deriven de su declaratoria, deberá ejercerla el organismo de control de manera especial e inmediata, según lo establece el artículo 43 de la Ley 80 de 1993.

Tales disposiciones se confrontarán a continuación con el ordenamiento superior y con las disposiciones del Estatuto Orgánico de Presupuesto, contenido actualmente en el Decreto 111 de 1996, para establecer si efectivamente vulneran o contrarían la normativa constitucional y/o la normativa orgánica vigente en materia presupuestal” (negritas originales del texto).

Descendiendo al asunto puesto en consideración de la Sala, se tiene que desde los estudios previos 0095, 498 y 791 de 2012 se invocó una situación de urgencia, en los siguientes términos:

“El Departamento requiere de manera urgente, que garantice en forma oportuna la producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís que aseguren el abastecimiento del mercado de los meses de (...), mientras se surte todo el proceso precontractual y contractual que busca solucionar la explotación del monopolio de Aguardiente Doble Anís en nuestro departamento”, afirmando así mismo que “de no realizarse esta nueva contratación para la producción, se vería gravemente afectado el abastecimiento del mercado, y con ello se generaría un gran desajuste fiscal en el presupuesto de ingresos, que obligaría a la administración a abrir el mercado de aguardiente en nuestro departamento que sustituya la renta dejada de percibir por el Aguardiente Doble Anís”. Más adelante, al señalar las condiciones técnicas del oferente se dijo que “[l]o anterior se exige teniendo en cuenta la clase de contrato a celebrar y específicamente la premura en el desarrollo del objeto a contratar”.

En las resoluciones números 003 del 14 de febrero, 039 del 7 de mayo y 213 del 24 de agosto de 2012, a través de las cuales se pretendió justificar la contratación directa, se consignaron los mismos criterios, en los siguientes términos:

*“Que el Departamento del Huila debe garantizar la presencia del producto en el mercado, para lo cual debe contratar la producción, distribución y comercialización de (...) unidades de Aguardiente Doble Anís convertidas a 375 ml, con el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA-FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA** como persona jurídica de Derecho Público ...”.*

“Que de no realizarse esta nueva contratación, se vería gravemente afectado el abastecimiento del Aguardiente Doble Anís en el mercado, y con ello generaría un gran desajuste fiscal en el presupuesto de ingresos del Departamento, a tal punto, que se verían menguado (sic) en grado sumo, las transferencias de la Entidad territorial al financiamiento del sector de la salud, como derecho fundamental que tiene que garantizar, y adicionalmente, obligaría a la administración a abrir el mercado de aguardientes en nuestro departamento que sustituya la renta dejada de percibir por el Aguardiente Doble Anís, que generaría un detrimento para nuestra marca” (numeral 12).

Debe precisarse que en la resolución 039, además de las consideraciones anteriores, señaló la entonces gobernadora:

“Que mientras la actual administración desarrolla el estudio técnico, legal y financiero que determine la modalidad de contratación que más le convenga a los intereses del Departamento del Huila éste no puede permitir el desabastecimiento del mercado que conllevaría a un deterioro de nuestra marca, y con ello un desajuste fiscal por el no ingreso de estos recursos a las rentas departamentales”¹³⁰

Sin embargo, la administración departamental en cabeza de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no acreditó el cumplimiento de ninguno de los presupuestos formales ni sustanciales para considerar que actuó al amparo de una

¹³⁰ Los textos transcritos se reiteran los numerales 2, 16, 22 y 24 de la resolución 0213 de 2012.

situación de urgencia manifiesta que debiera ser conjurada sólo mediante la celebración de los tres contratos objeto de este análisis.

En cuanto a los requisitos formales, se advierte prima facie que no fueron incorporados al juicio oral los respectivos actos administrativos mediante los cuales la otrora gobernadora del Huila habría declarado la urgencia manifiesta dando a conocer las razones ciertas y convincentes que develen la existencia de una de las causales legalmente previstas para su procedencia.

Ello es tan cierto que incluso se elaboraron unos estudios previos (que en caso de situación de urgencia manifiesta son prescindibles) y unas resoluciones de justificación en las cuales se hace una mención abstracta y genérica a un presunto desabastecimiento de aguardiente doble anís en el departamento del Huila, sin que se hayan mencionado cifras concretas o suministrado alguna otra información que permita concluir que en verdad tenía la imperiosa necesidad de celebrar los contratos, a fin de evitar una crisis que le impidiera o por lo menos dificultara hacer las inversiones en salud y educación previstas en el presupuesto departamental.

Tampoco se introdujo al proceso algún medio suasorio que demuestre que después de celebrados los tres contratos de concesión la aquí procesada remitió la actuación surtida en cada uno de ellos al funcionario u organismo encargado de ejercer el control fiscal en la gobernación del Huila, ni el respectivo pronunciamiento de éste en el cual haya plasmado

la calificación sobre los hechos y circunstancias que habrían determinado la declaración de urgencia manifiesta.

En criterio de la Sala esas omisiones descubren la inexistencia de una verdadera situación de crisis que hubiera determinado a la doctora GONZÁLEZ VILLA a suscribir cada uno de los contratos de concesión con la FLA, pues de haberse presentado alguna de las causales de urgencia manifiesta lo natural es que se hubiera ocupado de tomar las respectivas decisiones invocándolas y remitido la actuación al funcionario competente para que se efectuara el control posterior, máxime cuando estaba siendo asesorada por un experto en contratación estatal, condición ésta que se predica del abogado Jorge Pino Ricci.

La importancia de emitir un acto administrativo declarando la urgencia manifiesta radica en que al ser ésta una excepción a la regla general de selección mediante licitación pública, los administrados tienen derecho a conocer los fundamentos de la decisión, a fin de constatar si se cumplen los presupuestos taxativamente señalados en la ley, en tanto que los organismos de control deben intervenir para evitar que se acuda a dicha figura para favorecer a un contratista o al mismo ordenador del gasto. Ello por cuanto, a pesar de ser una modalidad de contratación directa, la misma no es ajena a la aplicación de los principios de publicidad, moralidad, transparencia, imparcialidad, economía y responsabilidad, consagrados en los artículos 209 Constitucional y 24 a 27 de la Ley 80 de 1993, *“concebidos como una garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines*

*estatales que deben perseguir las autoridades*¹³¹, sin que, por ende, en la suscripción de este tipo de negocios puedan influir factores subjetivos, de afecto o interés.

Por tanto, al no haberse declarado en este caso la pretendida urgencia manifiesta mediante un acto administrativo pasible de ser conocido por la ciudadanía del departamento del Huila ni por los organismos de control, entiende la Sala que para la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA y su equipo asesor no se configuraba ninguna de las causales taxativamente previstas en la ley para su procedencia.

No obstante, como quiera que, por una parte, el artículo 228 de la Carta Política consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, y por la otra, el tema del desabastecimiento de aguardiente doble anís en el departamento del Huila para el año 2012 fue el eje central del argumento defensivo avalado por el representante del ministerio público y el apoderado de la víctima, el cual se acompañó de varios testimonios con los que se pretendió su corroboración, procede la Corte a examinar si fue demostrado en este asunto y, en este caso, si en verdad puede ser considerado como una situación de las previstas en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 para concluir que se trató de un caso de urgencia manifiesta, que ameritara dar aplicación a dicha figura.

En efecto, desde los albores de la actuación administrativa que culminó con la celebración de los contratos de concesión números 069, 302 y 537 de 2012 como en el curso

¹³¹ Sentencia C-128 de 2003, antes citada.

del juicio oral se sostuvo por parte de la procesada y de los testigos de la defensa Héctor Galindo Yustres, María Fernanda Guevara Cadena, Carlos Eduardo Trujillo González, José Nelson Polanía Tamayo, Luis Carlos Anaya Toro y Luis Miguel Lozada Polanco, e incluso por el testigo de la Fiscalía Orlando Ibagón Sánchez, que para el año 2012 en el departamento del Huila se presentó una situación de desabastecimiento de aguardiente doble anís que llevó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA a celebrar directamente los tres contratos de concesión con la FLA, sin adelantar un proceso de selección objetiva para escoger al contrista.

No obstante, advierte la Sala que la postura defensiva no tiene asiento en la realidad de lo ocurrido, por lo cual la misma no puede ser acogida para absolver a la procesada.

En primer término, se trata de un planteamiento sofisticado, pues si bien se demostró con el testimonio de José Nelson Polanía Tamayo -al que se volverá más adelante- que al primero de enero de 2012 no se hallaba en ejecución un contrato cuyo objeto fuera la producción y comercialización de aguardiente doble anís, no es cierto que ese hecho generara una situación de escasez que obligara a la administración departamental a contratar directamente a la FLA, habida cuenta que si desde el inicio de su gestión la doctora GONZÁLEZ VILLA lo conocía, lo lógico es que tomara todas las medidas necesarias para mantener un stock de unidades que aprovisionaran el mercado, empezando a adelantar los pliegos de condiciones para la realización de una licitación a largo plazo.

En segundo término, ni en los estudios previos ni en los actos administrativos de justificación de los contratos se plasmaron los análisis técnicos con los que se demostrara, con datos estadísticos o cifras debidamente verificadas, cuál era la cantidad de unidades de aguardiente doble anís necesarias para abastecer el mercado durante el año 2012, pero especialmente, qué cantidad de existencias había para el primero de enero de ese año, de modo que no puede sostenerse que para esa fecha estaba desabastecido el mercado porque no había ningún contrato en ejecución.

Lo anterior, máxime cuando el 27 de diciembre de 2011 se celebró el contrato de concesión número 1056 para la producción de 300.000 unidades de aguardiente doble anís, con fecha de vencimiento el 31 del mismo mes y año, lo que significa que al iniciar el año 2012 apenas empezaba a circular en el departamento del Huila un número significativo de unidades de la bebida alcohólica, desvirtuándose así el alegado déficit.

Confirma lo expuesto lo señalado en el oficio S.H.0089 de 31 de enero de 2017¹³², emitido por Carlos Eduardo Trujillo González en su calidad de secretario de hacienda de la gobernación del Huila para esa calenda, “[d]urante el periodo 2010 al 2014 no se ha realizado ningún estudio por parte del Departamento del Huila sobre el mercado del aguardiente Doble Anís en nuestro Departamento (sic)”. Más adelante, en el mismo oficio manifestó el doctor Trujillo González: “[l]a información relacionada con los inventarios de Aguardiente Doble Anís durante los meses de noviembre y diciembre de 2011 y enero de 2012, no se encontraron en la información

¹³² Folio 313 del cuaderno de documentos aportados por la defensa.

(sic) que reposa en esta secretaría; sin embargo, en los estudios previos No. 1489 del 15 de diciembre de 2011, que anteceden el contrato 1156 de 2011 por 300.000 unidades de 375 cc. En el literal a) y b) (sic) de la 'DEFINICIÓN DE LA FORMA DE SOLVENTAR LA NECESIDAD', hace referencia a que se necesita las 300.000 unidades, para solventar las necesidades del mercado (sic) para los dos primeros meses de la vigencia de 2012". Así mismo, en la comunicación GG-013-2017, emitida por la industria de licores global S.A. -Licorsa-¹³³, se certifica que el saldo de los inventarios finales de aguardiente doble anís en enero de 2012 era de 25.917 unidades y en febrero de 206.073.

En el contexto precedente, resulta contrario a la realidad lo sostenido por la encausada a lo largo de los procesos contractuales y en el debate oral, en el sentido que al posesionarse como gobernadora encontró una situación de desabastecimiento de aguardiente doble anís en el mercado, cuando en realidad el mismo contaba con un stock de unidades que alcanzaban a cubrirlo por lo menos hasta el 28 de febrero de 2012.

A ello se suma que desde el empalme que se llevó a cabo antes de la posesión, tanto la ciudadana electa como su equipo de colaboradores fueron informados sobre el estado de la producción del aguardiente, como lo atestó en el juicio oral el doctor José Nelson Polanía Tamayo¹³⁴:

"Cuando asumimos la gobernación, yo hice parte de, cuando la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA fue elegida gobernadora me designó como parte integrante del comité de empalme; desde allí comenzamos con otro grupo de profesionales a revisar todo lo que venía de la administración anterior, cuyo gobernador era el doctor Luis Jorge Sánchez García, elegido para el periodo (..) 2008-2011. Yo hice parte de esa comisión de empalme

¹³³ Folio 336 del cuaderno 2 de pruebas de la defensa.

¹³⁴ En el mismo sentido declararon María Fernanda Guevara y Luis Miguel Lozada Polanco.

y comenzamos a revisar con el equipo conformado por la administración saliente, por el equipo que entraba a revisar todos y cada una de las situaciones de la administración departamental y de los temas más complejos con los que nos encontramos fue que efectivamente el tema de licores, era un problema muy complejo que nos expresó el propio gobernador en las reuniones de empalme que sostuvimos con él, en donde se nos dijo mire señores, comisión de empalme de la administración entrante: ‘ustedes se van a encontrar con un problema muy complejo’, ¿cuál es? le preguntábamos, ‘es la situación de licores’ ¿Le preguntamos por qué, señor gobernador, para usted es compleja esa situación? Nos responde: ‘resulta que yo intenté como gobernador de Huila avanzar en un proceso licitatorio que nos diera la garantía de un contrato, de una concesión de licores por un periodo largo, pero no pude porque se me presentaron unas dificultades, vicisitudes en la misma programación en el mismo proceso de pliegos y él abortó, valga la pena decirlo, esos procesos de licitación pública, nos dijo de tal manera que ustedes cuando lleguen el primero de enero se van a encontrar con esa situación de que no hay producción de licor para el año 2012¹³⁵, tienen que mirar cómo avanzan en ese proceso. Mirando jurídicamente cuál es la mejor opción, porque ustedes ya en enero del 2012 no van a tener licor y obviamente eso va a afectar las finanzas del departamento del Huila’, entonces nos encontramos con esa situación de que él había abortado dos procesos licitatorios, dos licitaciones públicas en donde le preguntamos si eso tenía posibilidades de continuar ese proceso licitatorio y nos respondió que no, porque ahí estaba su jefe de contratación, el doctor Carlos Felipe Trujillo, porque él, mediante un acto administrativo había declarado desierto o efectivamente había aclarado que no continuaba con el proceso licitatorio porque se le presentaba una cantidad y una serie de vicisitudes. Entonces fue muy claro y contundente el gobernador saliente y nos mostró ese panorama muy complejo para nosotros como administración departamental de que nos íbamos a encontrar a partir del 01/01/2012 sin producción de licor. Esa fue la situación de acuerdo a su pregunta, doctor”.

Lo anterior evidencia que antes de su posesión como gobernadora la recién elegida tuvo conocimiento de que: (i) el departamento del Huila ejercía el monopolio de arbitrio rentístico sobre licores destilados, en este caso sobre la marca aguardiente doble anís; (ii) los ingresos por concepto de producción y venta de la bebida se destinan preferentemente a

¹³⁵ Valga aclarar, sin embargo, que la manifestación del testigo según la cual al primero de enero de 2012 la nueva administración no iba a encontrar licor en el mercado fue desvirtuada con el oficio antes citado, suscrito en 2017 por el doctor Carlos Eduardo Trujillo González, quien también hizo parte del equipo que acompañó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA en su gestión como gobernadora del Huila, en el que indicó que había existencias hasta febrero.

inversiones en salud y educación de los huilenses; (iii) para lograr tal propósito, durante su administración debía producir un número determinado de unidades, pues de lo contrario, las finanzas del departamento se verían afectadas, es decir, desde el inicio de su gestión sabía que debía abastecer el mercado; (iv) el departamento no contaba con una fábrica propia que se encargara de la producción y comercialización del licor, por lo cual debía contratar para ello a un tercero y, (v) al primero de enero de 2012 el departamento no tenía un contrato de concesión vigente cuyo objeto fuera la producción y comercialización del aguardiente, por lo cual a partir de esa fecha la gobernación debía empezar a adelantar los trámites necesarios para celebrar nuevos negocios jurídicos que se ajustaran a la legalidad, con la finalidad de evitar a futuro una situación de insuficiencia del producto.

Ahora, si a partir de la información contenida en los contratos celebrados en 2011 la gobernación podía hacer el estimativo de unidades necesarias para aprovisionar el mercado en el año 2012¹³⁶, eso le permitía a la mandataria prever con suficiente antelación que debía adelantar la licitación pública, como era su deber.

Lo anterior desvirtúa los presupuestos legalmente exigidos para que opere la figura de la urgencia manifiesta -se reitera, no declarada en este caso-, pues no se trataba de una situación de crisis inminente que solo pudiera ser conjurada mediante la celebración de los contratos cuya indebida

¹³⁶ Pues, como se dijo líneas atrás, no obra en el proceso algún documento técnico que respalde la postura de la procesada y su equipo de colaboradores sobre la cantidad de aguardiente doble anís que debía producirse y comercializarse para obtener los recursos necesarios para atender los gastos de salud y educación de la población vulnerable del departamento del Huila.

celebración se le ha enrostrado, no siendo así de recibo para la Sala el argumento consistente en que la doctora GONZÁLEZ VILLA celebró los contratos 069, 302 y 537 amparada en dicha causal de contratación directa, pues quedó demostrado que la misma no existió.

Por consiguiente, tampoco en este caso se satisface alguno de los requisitos legalmente previstos para que pueda considerarse que la acusada se encontraba en situación de urgencia manifiesta, como para haber contratado de manera directa a la FLA, con mayor razón si la asamblea la había autorizado únicamente para celebrar contratos de concesión que, como se ha venido señalando a lo largo de este proveído, solo podrían suscribirse a través de licitación pública.

Por lo expuesto, para la Sala no es de recibo el argumento consistente en que la doctora GONZÁLEZ VILLA celebró los contratos 069, 302 y 537 amparada en una situación de urgencia manifiesta, pues quedó demostrado que la misma no existió.

1.3.1.7.2 Los contratos interadministrativos

Para justificar la celebración de los negocios jurídicos controvertidos se ha sostenido que como se trataba de contratos interadministrativos, la ordenadora del gasto podía suscribirlos directamente con la FLA por tratarse de una entidad pública, ya que es dependencia de la gobernación de Antioquia, adscrita a la secretaría de hacienda, cuyo objeto es la fabricación de licores y alcoholes, con una experiencia de

más de 90 años elaborando licores y alcoholes para mercados locales nacionales y extranjeros.

El literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, prevé como modalidad directa de selección del contratista el contrato interadministrativo, indicando que procede su celebración siempre y cuando las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

El mismo precepto dispone que se exceptúan de la regla antes mencionada los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de la conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras, caso en el cual los contratos podrán ser realizados por éstas siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada. Quedan definitivamente exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los de seguro de las entidades estatales.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrán ni ella ni el subcontratista contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y

proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal (inciso modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011).

Los preceptos en cita fueron reglamentados mediante el Decreto 2474 de 2008, en cuyo artículo 78¹³⁷ dispone que las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, añadiendo que cuando fuere del caso y de acuerdo con las normas orgánicas del presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.

Para lo que interesa al asunto examinado cabe citar el inciso tercero del mencionado canon, que prevé que la ejecución de los contratos interadministrativos estará sometida al estatuto general de la contratación de la administración pública y a dicho decreto, así la entidad pública ejecutora tenga régimen de contratación especial, salvo lo previsto en el inciso segundo del literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011.

Retomando lo expuesto en precedencia, en el sentido que la posibilidad legal de celebrar contratos interadministrativos por vía del mecanismo de la contratación directa no se traduce en una libertad absoluta ni discrecional de la entidad pública contratante, toda vez que, como se vio al inicio de este acápite, las condiciones para su procedencia están claramente

¹³⁷ Artículo subrogado, con idéntico texto, por el artículo 3.4.2.1.1. del Decreto 734 de 5 de abril de 2012.

definidas en la ley y, por tanto, deben ser respetadas, de ahí que se afirme que, incluso en ese tipo de contratación se debe garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva¹³⁸.

En el presente asunto se tiene que de manera caprichosa la enjuiciada escogió la modalidad de contratación directa con la FLA para eludir el deber que tenía de adelantar un proceso de licitación pública que permitiera la participación del mayor número de interesados, desconociendo los principios de economía, transparencia, igualdad y selección objetiva, como se demostró en un capítulo anterior de este proveído.

La Sala funda la anterior aserción en que para la escogencia del contratista la procesada no adelantó un proceso que garantizara la participación de empresas públicas y particulares dedicadas a la producción de licor destilado en el país, en la medida en que frente al contrato No. 069 no convocó sino a las industrias licoreras de los departamentos del Valle, Cundinamarca, Caldas y Antioquia para que presentaran sus cotizaciones y a las tres primeras ni siquiera les otorgó un plazo razonable para hacer sus ofertas, como tampoco invitó a las empresas particulares que estuvieran inscritas en el RUP, de manera que ella pudiera establecer con criterios objetivos cuál sería la más benéfica para los intereses del departamento del Huila.

Y en relación con los contratos 302 y 537, previo a su celebración no hizo ninguna invitación diferente de la que le

¹³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de mayo de 2021, rad. 57822.

hizo a la FLA, con la cual de antemano se reunió para negociar los precios que le pagaría por la prestación de sus servicios descartando de entrada la participación de otros agentes del mercado de los licores destilados, que al igual que ella tenían idoneidad y experiencia técnica, moral y financiera en la producción y comercialización de este tipo de bebidas, condiciones que constituyen garantía de seriedad y cumplimiento de las obligaciones emanadas del respectivo contrato y habrían permitido asegurar la consecución del interés común.

Es más, se demostró en este proceso que las licoreras de Caldas, Cauca y Cundinamarca tenían una experiencia superior a diez años en la producción de 3.500.000 unidades de aguardiente por año, experiencia que no tenía la FLA por lo cual la entonces gobernadora dividió en dos contratos el que se había propuesto celebrar en marzo de 2012, a un término de diez años, lo que demuestra que desde el comienzo todo estaba direccionado para que la gobernación de Antioquia fuera la escogida, sin importar la existencia de las demás fábricas.

Así mismo, los procesos contractuales estuvieron rodeados de opacidad y secretismo, porque, como se vio líneas atrás, incluso desde el primero de los contratos desaprobados la administración departamental regentada por la aquí enjuiciada los adelantó sin que los interesados distintos de la FLA tuvieran oportunidad de conocer y controvertir los estudios previos y las resoluciones justificantes, pues así se haya indicado que tales documentos y actos administrativos se publicarían en la página web de la entidad, lo cierto es que dado el término que medió entre las distintas actuaciones, en la

práctica solo la FLA pudo estar al tanto del trámite de tales negocios jurídicos, de suerte que los demás potenciales oferentes no pudieron formular observaciones a los estudios previos ni interponer recursos contra los referidos actos administrativos.

Además, la asamblea departamental autorizó a los gobernadores del Huila para contratar la producción, comercialización y venta del aguardiente doble anís solo a través de contratos de concesión, los cuales, como se demostró, debían tramitarse mediante licitación pública, porque en tratándose del monopolio rentístico de licores por no tener prevista ley que reglamentara una modalidad de contratación en particular, debía adelantarse a través de licitación pública, modalidad que constituye la regla general, según la ley de contratación pública, por proteger con mayor rigor los principios de la contratación estatal y por lo tanto prevalecía sobre la contratación directa, por no referirse al tipo de contratos interadministrativos previstos para esa modalidad de contratación directa.

1.3.1.7.3. La FLA era el único proveedor en el mercado

Tanto en los estudios previos, en las resoluciones de justificación, en los contratos 069, 303 y 537 de 2012, así como en el debate oral, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA y su defensa han pregonado que solo la FLA estaba en capacidad de producir y comercializar el aguardiente doble anís, dado que era la única industria licorera que contaba con el registro sanitario expedido por el INVIMA.

Ciertamente el estatuto de contratación estatal contempla como causal para acudir a la modalidad de contratación directa, la ausencia de pluralidad de oferentes (literal g del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007), caso en el cual no es posible aplicar el principio de libre concurrencia y, por ende, la modalidad de selección objetiva por convocatoria pública.

El precepto en mención fue reglamentado por el gobierno nacional mediante el artículo 81 del Decreto 2474 de 2011, subrogado mediante el artículo 3.4.2.1. del Decreto 734 de 2012, vigentes para la época de los hechos¹³⁹, en los siguientes términos:

“Artículo 81. *Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes:*

1. *Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP.*

2. *Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.*

Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación”.

De acuerdo con la norma copiada, son tres las hipótesis fácticas por las cuales para 2012 los ordenadores del gasto podían acudir a la contratación directa por ausencia de oferentes:

(i) En el registro único de proponentes -en adelante RUP- solo había una persona inscrita; (ii) solo una persona es titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de

¹³⁹ Posteriormente modificados por los Decretos 1510 de 2013 y 1082 de 2015.

autor, y (iii) solo hay en un proveedor exclusivo de los bienes y/o servicios que requiere la administración para la adecuada consecución de los cometidos por ella perseguidos. No obstante, en el asunto sub judice no se configuró ninguna de las situaciones fácticas reseñadas, como pasa a estudiarse:

(ii) En cuanto a la inscripción en el RUP, ni en los estudios previos ni en los actos administrativos que precedieron la celebración de los tres contratos de concesión se dejó constancia de que en el referido registro solo se hallaba inscrita la FLA como único proponente. Solo se dijo que *“por tratarse de un contrato interadministrativo a celebrar con una entidad del estado, se da por descontado el cumplimiento de este requisito, por la simple calidad de ser de carácter oficial”*, postura que, al parecer, tuvo asiento en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007¹⁴⁰, lo que no significa que en el RUP no figuraran como inscritas otras fábricas productoras de licor destilado, descartándose entonces la configuración de este presupuesto.

(iii) Tratando de configurar la causal segunda (esto es, que solo una persona es titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor), la aforada exigió que el contratista debía contar con el registro sanitario INVIMA para la producción del aguardiente de marca doble anís. Sin embargo, como se demostró ut supra, por mandato del artículo 95 del Decreto 3192 de 1983 ese registro solo podía ser

¹⁴⁰ *“No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes”* (subrayas fuera de texto).

expedido a la gobernación del Huila como titular de la marca (y, por ende, de la propiedad industrial), como en efecto ocurrió, lo que significa que ninguno de los productores de licores destilados, incluyendo la FLA, podía ser titular del mismo.

Cosa distinta es que en cumplimiento de dicho ordenamiento, al haber celebrado contratos de concesión con la FLA, en el año 2009 el ente territorial la haya autorizado como fabricante del producto, como quedó consignado en la resolución de 12 de mayo de 2009 del INVIMA (arriba transcrita), autorización que la gobernación estaba en capacidad de impartir a favor de un nuevo fabricante en el momento en que suscribiera el contrato con una licorera distinta de la FLA o de mantenerla si a ésta, luego de la licitación pública, se le adjudicaba el contrato.

(iv) Como quiera que no hay ningún medio suasorio que demuestre que la FLA era el proveedor exclusivo del aguardiente doble anís en el país y, por ende, ninguna otra licorera pública o privada podría celebrar el contrato para su producción y comercialización, es indubitable que tampoco se configura esta causal.

Ahora, si para el 1° de enero de 2012 entre la gobernación del Huila y la FLA o cualquier otra industria licorera pública o privada hubiera estado vigente un contrato para la producción y comercialización de aguardiente doble anís, podría pensarse que se estaría ante la figura del proveedor exclusivo, lo que no ocurre en este caso, en el que el contrato de concesión número 1056 de 27 de diciembre de 2011, celebrado entre la administración del doctor Luis Jorge Sánchez García y la FLA

culminó el 31 de diciembre de ese año, lo que significa que a partir del 1° de enero del año siguiente ya no existía ningún contrato que tuviera por objeto la producción y comercialización del aguardiente doble anís y, por tanto, no puede hablarse en este caso de proveedor exclusivo de la bebida, que justificara la contratación directa de la FLA, menos aún cuando demostrado quedó que en Colombia operaban para la época varias empresas públicas y privadas productoras y comercializadoras de licor destilado, tres de las cuales en abril de 2012 le presentaron a la gobernación del Huila sus ofertas pero ninguna de éstas mereció el análisis por parte de la procesada, como se evidencia en los estudios previos y en las resoluciones de justificación de los contratos.

No sobra señalar que el solo hecho de invocar tres causales de contratación directa que no guardan ninguna relación entre sí (urgencia manifiesta, contrato interadministrativo, único proveedor), pone de presente, sin hesitación alguna, que la hoy aforada no tenía motivos para acudir a esa modalidad de contratación que, como se vio, solo puede ser empleada en casos excepcionales, ninguno de los cuales se configuró aquí.

En el marco expuesto, el hecho de que la procesada antepusiera su voluntad de contratar directamente a la FLA cuando su deber era suscribir un contrato de concesión al término de una licitación pública, en la cual pudieran participar tanto las licoreras públicas como las particulares, demuestra un interés desmedido e indebido en favorecer a la gobernación de Antioquia, sin ocuparse por proteger el interés público, como lo ordena la Carta Política desde el preámbulo y

el artículo primero, vulnerando de esta forma los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad, que se garantizan con el artículo 409 del Código Penal, pues para la Sala es claro que ésta fue una maniobra para eludir el estatuto de contratación estatal.

Las anteriores razones demuestran la configuración del tipo objetivo de interés indebido en la celebración de los contratos de concesión números 069, 302 y 537 de 2012, atribuidos por la fiscalía a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA.

1.3.2. Tipicidad subjetiva

Considera la Sala mayoritaria que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA obró con dolo, pues dada su formación universitaria (abogada, con estudios de posgrado en derecho público) y su trayectoria profesional (consejera en la Embajada de Colombia en Uruguay, alcaldesa de Neiva, diputada de la asamblea del Huila y directora regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar),¹⁴¹ no era neófita en lo referente a la administración pública ni a los temas de contratación estatal. Ello sumado, por un lado, a la conciencia que tenía de que estaba obligada a adelantar una licitación pública y en su lugar acudió a la celebración de tres contratos directos con la FLA, a los cuales intentó dar apariencia de legalidad a través de distintas maniobras descritas ut supra, con el único propósito de favorecer los intereses económicos de dicha fábrica con el consecuente sacrificio del interés público y de la buena imagen y el prestigio del departamento que representaba. Y de otra, a su interés en ocupar un cargo

¹⁴¹ De acuerdo con los hechos objeto de estipulación.

público de elección popular como lo es la gobernación del departamento del Huila, de acuerdo con la sana crítica, permite pregonar su amplio conocimiento de las normas que regulan la contratación pública en Colombia.

Su comportamiento no se compadece con lo que en la práctica común y lógica haría una persona con su preparación, conocimientos y experiencia, pues como se evidenció en el transcurso del proceso, fueron varias y de distinta naturaleza las irregularidades en las que incurrió en la etapa previa a la celebración de los contratos, que evidenciaban su voluntad de contrariar los elementos del tipo objetivo con el único propósito de favorecer a la FLA, tales como el desconocimiento de la modalidad contractual a la que debía acudir, las reuniones con los funcionarios de la gobernación de Antioquia, la celeridad en el trámite de los contratos, que no le permitió siquiera conocer los precios del mercado, como tampoco la oferta más favorable al departamento, la falsa motivación de las decisiones de justificación de los pactos, todo lo cual evidenció la desviación de poder.

Por lo demás, el argumento consistente en que en todo momento actuó bajo el asesoramiento de un equipo interdisciplinario, incluyendo el abogado especializado Jorge Pino Ricci, no enerva la postura de la Sala, pues las irregularidades en las que incurrió habrían sido advertidas por cualquier persona novel en la materia, máxime en tratándose de una abogada que ya antes había fungido como ordenadora del gasto cuando se desempeñó como alcaldesa de Neiva y, por ende, tenía experiencia en la celebración de contratos estatales.

Así las cosas, el comportamiento de la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA no conduce a pensar que actuó sin conocimiento de los elementos del tipo objetivo y voluntad de realizarlo, menos aun cuando quedó demostrado que no fue ajena al trámite precontractual y contractual de los tres negocios jurídicos cuya celebración indebida se le enrostra, de lo cual puede colegirse que conocía lo que estaba haciendo, esto es, sabía que debía adelantar un proceso de licitación pública con todas las formalidades legales y optó por un contrato directo, para obviar el procedimiento al cual estaba obligada.

1.3.3. Antijuridicidad

Conforme señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, la conducta, además de típica debe ser antijurídica, esto es que de manera real y efectiva lesione o ponga en peligro sin justa causa el bien jurídico tutelado.

Con esta conducta se lesionó de manera efectiva el interés jurídico de la administración pública, cuya función es entre otras, la de estar al servicio de los intereses generales, pues la suscripción de los tres contratos de concesión significó el deliberado desconocimiento de los principios esenciales que orientan la administración pública, en especial los de economía, transparencia, igualdad y selección objetiva, consagrados como una forma de garantizar la correcta celebración de contratos por parte de las entidades estatales, respetuosa de los fines que le asigna la Constitución Política.

1.3.4. Culpabilidad

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 599 de 2000, sólo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad.

La doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA además de tener la madurez síquica de una ciudadana corriente, cuenta con educación superior como abogada con especialización en derecho público y vasta experiencia en el sector oficial, toda vez que se desempeñó como alcaldesa de Neiva y diputada de la asamblea del Huila, lo que le permitía conocer la ilicitud que entrañaban los comportamientos cuya comisión se le reprocha.

En consideración a lo anterior, la entonces gobernadora podía obrar acatando el ordenamiento jurídico, por lo que le era exigible un comportamiento distinto, respetuoso del alto cargo que desempeñaba y consecuente con la realidad social y económica de su región.

Por lo ampliamente consignado en este acápite y teniendo en cuenta que en este caso no se acreditó la existencia de alguna causal eximente de responsabilidad penal, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA será declarada penalmente responsable de la comisión de los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos que le imputó la fiscalía, en concurso homogéneo y sucesivo y, por consiguiente, se impartirá sentencia de condena en su contra con arreglo a lo previsto en el artículo 31 del Código Penal.

1.3.5. Respuesta a los alegatos de conclusión

Estima la Sala que las anteriores consideraciones satisfacen a cabalidad los argumentos expresados por la fiscalía y desvirtúan los planteamientos invocados por la víctima, el ministerio público y la defensa material y técnica, sin que sea necesario agregar alguna otra consideración en lo que respecta a los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos por los que se le formuló acusación y por los cuales será cobijada con sentencia de condena.

2. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO

2.1. Tipicidad objetiva

Está tipificada en artículo 286 del Código Penal, así:

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses” (con la modificación punitiva prevista en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

El artículo 294 del mismo estatuto establece:

“Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria”.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil¹⁴² definía el documento público como:

¹⁴² Vigente para la época de los hechos, hoy subrogado mediante el artículo 243 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, que empezó a regir a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627 ibidem, en cuyo inciso segundo dispone: *“Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones*

“El otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública”.

2.2. Elementos que estructuran el delito de falsedad en documento público

En cuanto a los elementos constitutivos del delito de falsedad ideológica en documento público, en sentencia SP18022-2017, de 1° de noviembre, rad. 48679, la Corte Suprema de Justicia reiteró la posición pacífica antaño adoptada, al sostener que para su configuración se requiere: (i) un sujeto activo con la calidad de servidor público (ii) que en ejercicio de sus funciones (iii) extienda un documento público que pueda servir de prueba (iv) en el cual consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad¹⁴³.

Así mismo, tiene sentado esta Corporación que la falsedad ideológica en documento público se configura cuando el servidor público consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando falta a su deber de verdad con efectos jurídicos, obligación propia de los servidores públicos dada su facultad certificadora de la verdad, además de la presunción de autenticidad y veracidad de los documentos que expiden o en los cuales intervienen¹⁴⁴.

públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública).

¹⁴³ Reiterando así lo señalado en la sentencia SP11015-2016, de 10 de agosto, rad. 47660.

¹⁴⁴ CSJ SP154-2020, rad. 49523.

Según la Corte, la falsedad se considera ideológica porque el documento no es falso en sus condiciones de existencia y autenticidad, sino que son mendaces las afirmaciones que contiene. Para su estructuración no se exige la acreditación de una motivación especial, o un provecho, como si se tratara de un ingrediente subjetivo, sino que el mismo se agota, en sede de tipicidad, con el conocimiento de los hechos y la voluntad¹⁴⁵.

Se trata, por tanto, de la creación mendaz con apariencia de verosimilitud, que en caso de la falsedad documental pública se entiende consumada con la simple elaboración del documento que se atribuye a una específica autoridad pública y que, por tanto, representa una situación con respaldo en el derecho, al involucrar en su formación la intervención del Estado por intermedio de alguno de sus agentes competentes, ya que se supone expedido por un servidor público en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades correspondientes¹⁴⁶.

Significa lo anterior que no basta que el documento contenga afirmaciones mendaces, es preciso que al ejercer la función certificadora el servidor público ejecute la conducta en el ejercicio de las facultades que la Constitución y la ley - entendida en sentido lato- le han conferido¹⁴⁷.

Así mismo, se requiere que el instrumento pueda servir de prueba, exigencia que se sustenta en la necesidad social de tener fe y confianza en los documentos dentro del tráfico jurídico, en oposición a la falta de credibilidad que podría

¹⁴⁵ CSJ SP11015 de 2016, antes citada.

¹⁴⁶ Ibidem

¹⁴⁷ CSJ SP571-2019, rad. 49144.

derivarse de su falseamiento, pues se derrumbaría el principio de confianza, y las expectativas de la sociedad tendrían que afianzarse sobre supuestos *contrafácticos* como la mala fe y la inseguridad jurídica, en desmedro del curso y agilidad requeridas en las relaciones sociales contemporáneas¹⁴⁸. Es decir, la idoneidad del documento como medio de conocimiento es una condición sin la cual la conducta no supera el juicio de tipicidad objetiva¹⁴⁹.

Como esta conducta solo admite la modalidad dolosa, es necesario que el servidor público la realice conociendo que está plasmando en el documento una manifestación contraria a la realidad¹⁵⁰. Su configuración ocurre con la sola suscripción, sin necesidad del uso o exhibición a terceros, es decir, es un punible de mera conducta por no requerir la obtención de un resultado, ni la efectiva lesión del bien jurídico tutelado¹⁵¹.

El bien jurídicamente protegido es la fe pública, o la credibilidad que la colectividad otorga a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba sobre la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes¹⁵².

2.3. El caso concreto:

2.3.1. Fundamentos fácticos de los cargos contra la fe pública endilgados a la procesada.

¹⁴⁸ CSJ SP154-2020, rad. 49523.

¹⁴⁹ CSJ SP571-2019, rad. 49144.

¹⁵⁰ CSJ AP1356-2018, rad. 45240.

¹⁵¹ CSJ AP1356-2018, rad. 45240

¹⁵² CSJ SP6614-2017, rad. 45147; reiterada en CSJ AP1082-2017, rad. 48552.

A la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA se le acusa de las siguientes conductas falsarias:

(i). En el formato de estudios previos No. 095 de 7 de febrero de 2012¹⁵³ manifestó que *“solo la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia manifestó su interés para la producción de 700.000 unidades de Aguardiente Doble Anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por la gobernación del Huila”*¹⁵⁴, lo que en criterio de la fiscal delegada *“no corresponde a la verdad, pues en respuesta a la invitación remitida por la gobernación del Huila el 26 de enero de 2012, el subgerente técnico de la Industria Licorera de Cundinamarca, Dr. Alejandro Escobar Valencia, mediante comunicación del 31 de enero de 2012, solicitó fuera ampliado para presentar la propuesta, pues el concedido resultaba insuficiente. En el mismo sentido y con idéntico propósito, el Dr. Carlos Eduardo Neira Estrada, en su calidad de Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, remitió comunicación dirigida a la entonces gobernadora Cielo González Villa, el 31 de enero de 2012. Tales comunicaciones que (sic) no recibieron respuesta por parte de la Gobernación del Huila. En consecuencia, estas licoreras en ningún momento manifestaron ‘no poder cumplir las condiciones’, pues lo que pidieron fue una ampliación del plazo para presentar la propuesta, que fue de solo tres (3) días, de manera que si no cotizaron la maquila, fue porque no se les dio el plazo suficiente para hacerlo”*.

Es de señalar que tanto en el escrito de acusación como en la audiencia de su formulación oral este argumento se reiteró en lo que respecta a la resolución 003 de 14 de febrero de 2012 y a los contratos 069 y 537, al hacer la fiscalía remisión a lo señalado en un numeral anterior.

¹⁵³ Documento suscrito por la procesada.

¹⁵⁴ Texto que corresponde a la transcripción de lo consignado por la acusada en el formato de estudios previos 095 de 2012 y no a lo argumentado por la fiscalía para cimentar el cargo.

(ii) En el numeral 14.5 del escrito de acusación, reiterado en la intervención oral, la fiscal delegada señaló que en el contrato 302 de 2012, signado por la entonces gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, *“se afirmó que solamente la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia manifestó su interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el Departamento del Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia, Valle y Caldas a las que se había hecho invitación”*, sin precisar si dicha afirmación era o no contraria a la verdad y, en todo caso, sin mencionar los hechos jurídicamente relevantes para soportarían una acusación por delito contra la fe pública.

(iii). En la resolución 039 de 7 de mayo de 2012, justificativa del contrato 302, se afirmó que en abril de esa anualidad *“se habían cursado invitaciones a las licoreras de Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle para que cotizaran para el Departamento del Huila a todo costo la maquila del aguardiente doble anís (numeral 13)”*, aserto que en sentir de la delegada de la fiscalía es contrario a la verdad, toda vez que tales invitaciones fueron enviadas en enero para la producción de 700.000 unidades de aguardiente en presentación de 375 ml, que era el objeto del contrato que se firmaría para esa época, pero no para cotizar la producción de 1.500.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml., que era el objeto contractual del negocio jurídico en cita.

(iv). En la resolución 213 de 24 de agosto de 2012, mediante la cual la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA justificó la suscripción del contrato 537 de la misma fecha, nuevamente afirmó que en enero y abril del mismo año se cursó invitación a las licoreras de Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle

solicitándoles cotizar para el departamento del Huila, a todo costo, la maquila del aguardiente doble anís (numeral 13). No obstante, solo fueron enviadas invitaciones a otras licoreras para cotizar la producción, distribución, comercialización y venta de aguardiente doble anís en cantidad de dos millones de unidades en presentación de 375 ml, que era el objeto del contrato 537.

(v). En los estudios previos números 095 de 7 de febrero (suscritos por la gobernadora GONZÁLEZ VILLA) y 498 de 4 de mayo y 791 de 23 de agosto, todos ellos de 2012, (elaborados por orden suya), todos para justificar la contratación directa con la FLA, se afirmó que la marca de aguardiente doble anís “*venía recuperando posicionamiento en el mercado interno*”, lo cual no corresponde a la verdad, pues según el estudio 368 de 5 de junio de 2012 de la contraloría departamental, que cubre el periodo 1998 - 2011 se advirtió que se produjo un decrecimiento entre 2009 y 2011 en comparación con los años 2000 a 2007, fenómeno que incidió en los ingresos que debía percibir el departamento por la explotación del monopolio de licores.

2.3.2. Concurso aparente de delitos. Criterios de solución.

En el alegato de conclusión del juicio oral, la fiscalía declinó de su pretensión de condena individual en lo referente a estos delitos, dado que, en su criterio en este asunto se configuró un concurso aparente de tipos y los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos, por cuanto a su juicio, las afirmaciones que considera contrarias a la verdad,

expresadas en los estudios previos, en las resoluciones de justificación y en los contratos cuya celebración se le reprocha, constituyeron el medio para la comisión de estos últimos

La Sala no acoge la posición de la representante del ente acusador en el sentido indicado, atendiendo las razones que la Sala expone a continuación:

El artículo 31 de la Ley 599 de 2000 reguló el concurso material o efectivo de conductas punibles de la siguiente forma:

El que 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 (...).

PARAGRAFO. *En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.*

Ha sido criterio pacífico de la Sala de Casación Penal de esta Corte que el concurso material es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes¹⁵⁵.

A su turno, el concurso aparente de tipos se presenta cuando una misma conducta parece adecuarse,

¹⁵⁵ Sentencia de 25 de julio de 2007, rad. 27383

simultáneamente, en varios tipos penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio *non bis in ídem*, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser sancionado dos veces¹⁵⁶, materializándose de este modo el mandato constitucional contenido en el artículo 29.

Sobre las anotadas reglas, jurisprudencial y doctrinariamente se ha concluido que según el principio de *especialidad*, de ser plausible una doble calificación jurídica a un único hecho, se escoge aquél que se ajuste de manera más clara o precisa que el de contenido genérico. Por su parte el de *consunción* refiere a que del hecho puede surgir la adecuación típica que absorbe o subsume otra de menor entidad. El axioma de *subsidiariedad* corresponde los casos en los que el legislador previó una sanción menor para una conducta que se ajusta a otra con mayor respuesta punitiva. Por último, en esta forma concursal también se ofrece el llamado *hecho acompañante*, el que corresponde a la escogencia del hecho principal, dejando de lado el que resulta de menor gravedad¹⁵⁷.

Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan con mayor amplitud en sus

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de febrero de 2000, rad. 12820.

¹⁵⁷ Cfr. CSJ SP3814-2022, Rad. 49203. 9 de noviembre de 2022.

características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal¹⁵⁸.

Es igualmente pacífica y uniforme la jurisprudencia de la Corte en el sentido que el concurso aparente de tipos tiene como presupuestos básicos los siguientes: (i) la unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente¹⁵⁹.

En el caso de la exgobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA no aplican los criterios de especialidad, consunción ni subsidiariedad para concluir en un concurso aparente de delitos, toda vez que la tipicidad objetiva del delito de interés indebido en la celebración de contratos no tiene similares supuestos de hecho que los delitos contra la fe pública, sino que, por el contrario, son tipos independientes y autónomos en los que no concurre la especialidad de uno con respecto al otro, tampoco se trata de supuestos de hecho más graves que incluyan otros menos graves y, finalmente, el legislador no previó como subsidiaria la falsedad ideológica con respecto al interés indebido.

¹⁵⁸ En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en sentencia de 15 de junio de 2005, rad. 21629.

¹⁵⁹ Ibidem. En el mismo sentido ver sentencias de 25 de julio de 2007, rad. 27383, 6 de julio de 2011, rad. 34600, SP243-2023, sentencia de 30 de junio, rad. 63406.

Ahora bien, de la argumentación presentada por la fiscal delegada se infiere que lo invocado es un concurso medial, modalidad que se presenta cuando un delito es necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin¹⁶⁰. Ha dicho la Corte que esta es una modalidad de concurso real, con la particularidad que entre los delitos existe una relación estrecha, como es el caso de una falsedad que se ejecuta con el propósito de estafar¹⁶¹.

En un caso similar al aquí estudiado¹⁶² en el que la Sala de Casación Penal se pronunció sobre el presunto concurso aparente entre falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en tanto para los casacionistas la falsedad se encontraría inmersa dentro del segundo de los citados punibles, sostuvo que los acusados vulneraron dos bienes jurídicos, esto es, la fe pública y la administración del Estado, pues si bien no desconoce que la finalidad de los autores era dar visos de legalidad a un trámite de contratación, de todos modos en la acción desplegada en orden a consumir dicha ilegalidad, lesionaron los anteriores intereses, lo cual sin duda, lleva a predicar el concurso real de delitos.

Así las cosas, para la Sala en el asunto de la especie nos encontramos ante un concurso material de delitos de interés indebido en la celebración de contratos y falsedad ideológica en documento público, y no ante uno aparente, como lo alegó la

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal sentencia de 25 de julio de 2007, rad. 27383, reiterada en sentencia de 6 de julio de 2011, rad. 34600.

¹⁶¹ Eiusdem.

¹⁶² Sentencia de 6 de julio de 2011, antes citada.

fiscalía, toda vez que, como se verá más adelante, pese a que los dos delitos contra la fe pública por los cuales habrá de impartirse condena se constituyeron en un medio para dar apariencia de legalidad de los contratos 302 y 537 de 2012, lo cierto es que al consignar en los actos administrativos que los justificaron -resoluciones 039 y 271 del mismo año-, afirmaciones espurias, se lesionó también la fe pública, esto es, la credibilidad de la comunidad en los documentos proferidos por la administración departamental.

Por último, es preciso recordar que las peticiones que formule la fiscalía en el alegato final, que no se funden en una valoración de las pruebas válidamente incorporadas al juicio, no constituyen actos de disposición de la acción penal, por cuanto ni el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 ni ninguna otra norma allí contenida concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación, como lo ha venido sosteniendo reiteradamente la Sala de Casación Penal¹⁶³.

Por tanto, el argumento consistente en que en este asunto se presentó un concurso aparente de tipos entre los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y las falsedades ideológicas debe ser considerado como una solicitud de la misma naturaleza que la impetrada por la defensa y demás intervinientes, que puede ser acogida o no por el juez de conocimiento quien, en todo caso, está en el deber de decidir exclusivamente con fundamento en las pruebas aducidas en el juicio oral y atendiendo las normas que regulan el caso concreto.

¹⁶³ Providencias SP6808 de 25 de mayo de 2016, rad. 43837; SP10585 de 3 de agosto de 2016, rad. 41905; SP15364 de 26 de octubre de 2016, rad. 45654; SP18449 de 8 de noviembre de 2017, rad. 47608; SP928 de 20 de mayo de 2020, rad. 49044 y AP1506-2024, de 15 de marzo de 2024, rad. 60381.

2.3.3. Sujeto activo de las conductas contra la fe pública.

No hay duda de que para el año 2012 la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA fungía como gobernadora del Huila y de que estaba facultada por la Ley 14 de 1983, el Decreto Ley 1222 de 1986, las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 y la ordenanza 03 de 2010 de la asamblea departamental, por lo cual, en cumplimiento de sus funciones legales suscribió las resoluciones 039 de 7 de mayo de 2012 y 213 de 24 de la misma anualidad, en las cuales habría consignado hechos contrarios a la verdad.

2.3.4. Sujeto pasivo

Con ocasión de las dos falsedades ideológicas en documento público por las que se proferirá condena se afectó la credibilidad del conglomerado social, particularmente la de los ciudadanos del departamento del Huila, al menoscabar su confianza en los documentos oficiales expedidos por la procesada en desarrollo de la función pública que le fue atribuida constitucional y legalmente.

2.3.5. Demostración de la tipicidad objetiva de dos delitos de falsedad ideológica en documento público.

Se considera que en el presente asunto está demostrada la tipicidad objetiva la falsedad ideológica en documento público en lo que concierne a las enunciadas en los numerales

(iii) y (iv) de este capítulo, no ocurriendo lo mismo con las mencionadas en los numerales (i), (ii) y (v) del mismo.

Bajo este título se hará el estudio de las conductas que la Sala mayoritaria encuentra tipificadas objetivamente, esto es, la falsedad ideológica contenida en las resoluciones 039 y 213, ambas de 2012, emitidas por la procesada y en el capítulo siguiente el de las presuntas falsedades que no fueron demostradas.

Teniendo en cuenta que tanto en la resolución 039 de 7 de mayo, como en la 213 de 24 de agosto, ambas de 2012 y rubricadas por la procesada, mediante las cuales, se recalca, se justificó la celebración de dos contratos diferentes (el 302 y el 537), se consignó la misma afirmación que se considera contraria a la verdad y, por ende, constitutiva de falsead ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo, la Sala procede a realizar el análisis conjunto de los dos documentos, confrontándolos con los oficios mediante los cuales la acusada solicitó las cotizaciones a las licoreras de Cundinamarca, Caldas, Valle, Cauca y Antioquia, así:

En numeral 13 de ambos actos administrativos (por los cuales se realizó *“la justificación de una Contratación Directa”*), se consignó:

“Que el Departamento del Huila, en ejercicio del monopolio rentístico de licores, en el mes de enero y abril (sic) de 2012 cursó invitación a las cuatro licoreras oficiales más grandes y con mayor experiencia en producción de licores del país, como Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle, para que cotizaran para el Departamento del Huila a todo costo la maquila del Aguardiente Doble Anís, para lo cual el Departamento de Antioquia – Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia cumple con las condiciones exigidas por el Departamento del Huila”.

En primer término, se advierte sin dificultad alguna que lo señalado en las referidas decisiones contradice abiertamente el texto de los oficios 32, 33, 34 y 35 de 26 de enero de 2012, emitidos por la procesada con destino a los gerentes de las licoreras de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca - respectivamente-, toda vez que, como lo manifestó la representante del órgano persecutor, las cotizaciones solicitadas mediante esas misivas lo fueron para un contrato diferente (que debía suscribirse en febrero de 2012) y no como insumo para la celebración de los pactos 302 y 537. El siguiente es el texto de los mencionados oficios:

“Con el fin de iniciar un nuevo proceso para cubrir el mercado interno de nuestro producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS” a través de la figura de maquila, de manera atenta solicitamos la cotización de su Fábrica para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, la cual se recibirá hasta el día 31 de enero del presente año, hasta las 6:00 P.M.

En dicha cotización se requiere como un requisito (sic) indispensable que se nos garantice la producción antes del 15 de febrero de 2012, al igual que incluir el detalle del costo del producto puesto en la ciudad de Neiva-Huila, teniendo en cuenta las siguientes características generales de nuestro producto (...).”

Por consiguiente, es más que evidente que las cotizaciones solicitadas el 26 de enero de 2012 a las industrias licoreras de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca no tuvieron como propósito invitarlas a participar en el trámite que culminó con la celebración de los contratos 302 y 537, cuyo objeto fue, como lo adveró la fiscal delegada producir y comercializar, en su orden, 1.500.000 y 2.000.000 de unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml., contratos cuyo plazo, además, quedó pactado para el 31 de octubre y 31 de enero de

2013, respectivamente, sino para suscribir uno para la producción de 700.000 unidades que, además, debían estar listas y colocadas en la ciudad de Neiva a más tardar el 15 de febrero de 2012 (es decir, meses antes de la celebración de aquéllos), lo que acredita sin mayor dificultad que lo consignado en los actos administrativos sobre este aspecto no obedece a la realidad.

En segundo término, tampoco es cierto que en abril de 2012 la enjuiciada efectuó invitaciones a las licoreras de Cundinamarca, Cauca, Antioquia, Valle y Caldas para cotizar la producción, comercialización o distribución de 1.500.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml., como tampoco para cotizar las 2.000.000 unidades de dicha bebida (que, se itera, era el objeto de los contratos de concesión 302 y 537), como pasa a demostrarse:

El 22 de marzo de 2012, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA emitió los oficios 106, 107, 108, 109 y 110, con destino a las licoreras de Cauca, Antioquia, Valle, Caldas y Cundinamarca, en los cuales les solicitó:

“El Departamento del Huila está interesado en recibir cotización que nos conduzca a celebrar el contrato interadministrativo cuyo objeto es REALIZAR LA PRODUCCIÓN A TODO COSTO CON LA MAQUINARIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO LA DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA DE TRES MILLONES QUINIENTAS MIL (3.500.000) UNIDADES DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS DE 30° GRADOS (sic) ALCOHOLIMÉTRICOS Y PRODUCTOS DEL PORTAFOLIO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA SUPERIORES A 29 GRADOS ALCOHOLIMÉTRICOS, EN PRESENTACIÓN DE 375 C.C. O SU EQUIVALENTE EN CUALQUIER PRESENTACIÓN DURANTE UN TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS; para tal fin anexo documento que contiene los requerimientos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos mínimos que

deberá contener la cotización, la cual se recibirá hasta el día martes diez (10) de Abril del presente año”.

No hay ninguna duda de que las mencionadas solicitudes no tenían ninguna relación con los contratos 302 y 537 de 2012, no solo por cuanto la cantidad de aguardiente doble anís que las licoreras debían cotizar era superior a la señalada en dichos pactos, sino porque el término del negocio jurídico que la administración departamental se proponía realizar era a diez años y además, incluía otros productos del portafolio del departamento, lo que devela que las cotizaciones se requerían para un contrato diferente, como lo argumentó la delegada del ente acusador.

En criterio de la Sala, con el hecho de consignar información mendaz como la analizada solo se pretendió crear una falsa apariencia para burlar la confianza que la colectividad del departamento del Huila tenía en las decisiones tomadas por la administración territorial, pues en ellas se dio a entender a la sociedad que antes de la firma de los contratos 302 y 537 la mandataria estuvo interesada en conocer las cotizaciones de diferentes licoreras, lo que constituye una distorsión de la realidad.

Ahora, adujo el testigo de la defensa Pino Ricci que en los referidos actos administrativos se consignó lo referente a las solicitudes enviadas en enero y abril de 2012 a diferentes licoreras oficiales para conocer los precios del mercado, porque presuntamente las respuestas por ellas ofrecidas habrían sido tenidas en cuenta al momento de tomar las decisiones, afirmación que no encuentra respaldo probatorio, toda vez que en enero de 2012 las fábricas de licores del Valle, Caldas y

Cundinamarca no presentaron cotizaciones, luego mal puede aducirse que unos documentos inexistentes fueron valorados para efectos de justificar los contratos 302 y 537 celebrados con la FLA.

Así mismo, en las aludidas resoluciones de justificación no se hizo ninguna mención a las cotizaciones presentadas en abril por las industrias licoreras del Cauca, Caldas, Valle y Cundinamarca, sino solo a la de la FLA, como tampoco figura un estudio comparativo para determinar cuál era la mejor oferta, luego ninguna razón jurídica atendible se avizora para que en ellas se hubiese efectuado dicha manifestación, no siendo, por ende, creíble lo aseverado por el citado testigo.

Ahora bien, las resoluciones 039 y 213 cuyos párrafos fueron tildados de inveraces por la acusadora, tienen aptitud probatoria, porque con su inclusión la gobernadora GONZÁLEZ VILLA permitió dar aspecto de legalidad a los contratos 302 y 537, al hacer pasar como cierto que antes de suscribirlos había invitado a varias empresas productoras de licor destilado a participar en dichos procesos contractuales, es decir, haciendo aparecer como un hecho histórico algo que ópticamente no sucedió (esto es, el proceso de selección objetiva como mecanismo más idóneo para la escogencia del contratista).

Así las cosas, le asiste razón a la fiscalía en su postura, por cuanto es incuestionable que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA faltó a la verdad en las resoluciones 039 de 24 de mayo y 213 de 24 de agosto, al afirmar que con miras a celebrar los contratos 302 y 537, en enero y abril de 2012, solicitó cotizaciones a las cuatro fábricas más grandes y con mayor

experiencia en la producción de licor destilado en el país, configurándose la tipicidad objetiva de los delitos de falsedad ideológica en documento público que le fueron imputados.

2.3.6. Demostración de la tipicidad subjetiva

Para la Sala mayoritaria, está demostrado que la procesada actuó con dolo, toda vez que tenía pleno conocimiento de que no es cierto que en los meses de enero y abril del mismo año, esto es, previo a la celebración de los contratos 302 y 537, solicitó cotizaciones a las licoreras públicas más grandes del país y aún así encaminó su voluntad para afirmar en las resoluciones 039 y 213 de 2012 que ello había ocurrido, pues su propósito era el dar apariencia de verdad a esos trámites contractuales, lo que significa que al consignar hechos contrarios a la verdad actuó de manera consciente y voluntaria.

Así mismo, dada su formación profesional es claro que con su proceder estaba actualizando los elementos objetivos y normativos del tipo penal en estudio y pese a ello extendió los documentos con ese contenido.

2.3.7. Antijuridicidad

Además de típica objetiva y subjetivamente la conducta es antijurídica, porque lesionó el bien jurídico de la fe pública, en general la confianza o credibilidad que la comunidad del Huila tenía sobre la veracidad de los documentos expedidos por la administración departamental, ya que le hizo creer que con antelación a la formalización de los contratos en realidad había

efectuado la solicitud de ofertas a varias fábricas de alcohol destilado, dando apariencia de que había adelantado la escogencia del contratista de manera objetiva y transparente. De este modo en particular puso en peligro los intereses de las demás personas o posibles contratistas interesados en prestarle sus servicios de maquila al departamento, a quienes se les privó del derecho de participar en el proceso de contratación en igualdad de condiciones que el seleccionado arbitraria y caprichosamente por la administración.

2.3.8. Culpabilidad

Acorde a los elementos de convicción obrantes en la actuación, es incontrovertible que CIELO GONZÁLEZ VILLA, 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 tenida 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 persona¹⁶⁴.

¹⁶⁴ CSJ. SP055-2023, radicado 62542 de 22 de febrero de 2023.

Culpabilidad se identifica con reprochabilidad. Según lo ha señalado la Corte¹⁶⁵, se responsabiliza al sujeto porque, “*teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es*”¹⁶⁶, “*estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley*”¹⁶⁷. 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 libre¹⁶⁸.

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*, esto es, la emisión de actos administrativos para justificar la suscripción de contratos en los cuales la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA tenía un indebido interés, permite suponer fundamentamente a la Sala mayoritaria que estuvo siempre en capacidad de comprender la ilicitud consistente en consignar afirmaciones falaces 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.

¹⁶⁵ CSJ. Ibidem.

¹⁶⁶ Ver CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497 y CSJ SP2649-2022, rad. 54044.

¹⁶⁷ CSJ. SP5356-2019, rad. 50525.

¹⁶⁸ CSJ. SP2649-2022, rad. 54044.

Como se dijo en precedencia, las condiciones personales y profesionales, además de su experiencia en el sector público, permiten inferir que la gobernadora 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 antijuridicidad 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.

Atendiendo los argumentos expuestos por la fiscalía, la Sala declarará a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA como autora material del delito de falsedad ideológica en documento público, en lo que concierne a las resoluciones 039 y 213 de 2012, en concurso homogéneo sucesivo.

2.4. Conductas falsarias que la Corte no encontró probadas.

2.4.1. Según la acusación, la presunta falsedad de la afirmación contenida en el formato de estudios previos número 095, en la resolución 03 de 14 de febrero y en los contratos 069 y 537, documentos expedidos en 2012, consistente en que las licoreras de Cundinamarca, Antioquia, Valle y Caldas manifestaron no poder cumplir con las condiciones establecidas y no cotizaron la maquila, toda vez que industrias de Cundinamarca y Caldas *“en ningún momento manifestaron ‘no poder cumplir nuestras condiciones y no cotizaron la maquila’, pues lo que pidieron fue ampliación del plazo para presentar la propuesta que solo fue de tres (3) días, de manera que si no cotizaron la maquila sus cotizaciones, lo que no pudieron hacer porque no se les dio oportunidad”*

La hipótesis fáctica que soporta la acusación no encontró asidero probatorio en este juicio, como pasa a demostrarse a partir del aparte tachado de inveraz por la fiscalía, en el cual la primera mandataria del departamento consignó textualmente:

“Que con el fin de conocer los precios en el mercado de la maquila de nuestra marca, la administración cursó invitación a cotizar a las cuatro licoreras más grandes y con mayor experiencia en el país: Cundinamarca, Antioquia, Valle y Caldas, de las cuales tan solo la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia manifestó su interés para la producción de 700.000 unidades de Aguardiente Doble Anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el departamento del Huila, cotizando la maquila del producto puesto en Neiva (...). Las tres licoreras restantes manifestaron no poder cumplir nuestras condiciones y no cotizaron la maquila” (literal d) del capítulo de “DEFINICIÓN DE LA FORMA DE SOLVENTAR LA NECESIDAD”.

Por su parte, en los oficios números 32, 33, 34 y 35, librados el 26 de enero de 2012 por la entonces gobernadora del Huila con destino a las licoreras del Valle, Antioquia, Cundinamarca y Caldas, solicitó¹⁶⁹:

“Con el fin de iniciar un nuevo proceso para cubrir el mercado interno de nuestro producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS” a través de la figura de maquila, de manera atenta solicitamos la cotización de su Fábrica para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, la cual se recibirá hasta el día 31 de enero del presente año, hasta las 6:00 P.M.

En dicha cotización se requiere como un requisito (sic) indispensable que se nos garantice la producción antes del 15 de febrero de 2012, al igual que incluir el detalle del costo del producto puesto en la ciudad de Neiva-Huila, teniendo en cuenta las siguientes características generales de nuestro producto (...).”

Como se puede observar, en tales misivas la gobernante hizo dos solicitudes a las licoreras oficiales:

¹⁶⁹ El texto es idéntico para todas.

(i). Una cotización para la producción, a todo costo, de 700.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml., así como el detalle del costo del producto puesto en Neiva, respuesta que debía darse a más tardar el 31 de enero de 2012, a las 6 de la tarde.

(ii). La garantía de que la producción de las 700.000 unidades de aguardiente doble anís se haría antes del 15 de febrero de 2012, requisito que fue considerado por la gobernadora como “*indispensable*”.

La representante del ente acusador no demostró que las afirmaciones consignadas en los referidos documentos precontractuales fueran falsas. Veamos:

(i). En cuanto al oficio presuntamente suscrito por Alejandro Escobar Valencia el 31 de enero de 2012, en su calidad de subgerente técnico de la licorera de Cundinamarca, al que se alude en la acusación, no fue solicitado como prueba por la fiscalía, por lo cual no se decretó su aducción al proceso y, por ende, no fue introducido al juicio oral, ni su contenido fue objeto de estipulación probatoria, de modo que este hecho no fue probado.

Solo se cuenta con la afirmación que se hace en los estudios previos 095, según la cual “*las tres licoreras restantes, manifestaron no poder cumplir nuestras condiciones y no cotizaron la maquila*”,¹⁷⁰ siendo una ellas la de Cundinamarca, pero nada se dijo en el sentido que esta compañía pidió ampliar

¹⁷⁰ Cuaderno de pruebas de la Fiscalía, folio 26

el plazo para dar respuesta, por lo cual la fiscalía tenía la carga procesal de introducir el respectivo oficio al proceso pero, se itera, no lo hizo.

(ii) En cuanto a las licoreras del Valle¹⁷¹ y de Caldas, es cierto que contestaron el requerimiento de la gobernación, en los siguientes términos:

La primera manifestó: *“En respuesta a la solicitud de presentar cotización para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml del AGUARDIENTE DOBLE ANÍS, que usted nos hizo llegar el pasado 26 de Enero, (sic) debo manifestarle que por la brevedad del término en que usted necesita el producto terminado, la Industria Licorera del Valle no podrá cumplir con ese objetivo.”*

Sea esta la oportunidad para ofrecer nuestros servicios de Maquilas (sic), pues contamos con la experiencia necesaria, no solamente en la producción de nuestras marcas propias, sino también de los productos de otros departamentos”¹⁷².

Acorde con dicho medio de persuasión, la industria licorera del Valle no solicitó ampliación del término para presentar la cotización que le fue solicitada, en cambio sí manifestó no estar en condiciones de cumplir el requerimiento de la gobernación del Huila (al decir que *“no podrá cumplir con ese objetivo”*), consistente en que se le garantizara la *“producción”* de la bebida embriagante antes del 15 de febrero de 2012, como lo afirmó en su oportunidad la hoy procesada en el documento que la fiscalía califica de falso.

Otro tanto ocurre con la licorera de Caldas, entidad pública que mediante oficio ILC-282, de 31 de enero de 2012,

¹⁷¹ No mencionada en la acusación, pese a lo cual la respuesta por ella suministrada se valora, por cuanto su contenido fue objeto de estipulación entre las partes (fl. 85 de dicha carpeta).

¹⁷² Oficio sin número, de 30 de enero de 2012, suscrito por Juan Carlos Ramírez Delgado en su calidad de secretario general y jurídico de la industria licorera del Valle

sí solicitó ampliación del plazo para presentar la propuesta, pero al mismo tiempo manifestó su “imposibilidad” de cumplir los requerimientos del ente territorial, por cuanto necesitaba 28 días calendario para tramitar ante las autoridades competentes el registro y la aprobación de las etiquetas y 75 días calendario para que le fueran despachadas las esencias. El siguiente es el texto del oficio:

“Dando alcance a su comunicación DG 032 del 26 de enero de 2012, en la cual nos solicita cotizar la maquila de su producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS”, (...) nos permitimos realizar las siguientes consideraciones:

1. Que su comunicación fue recibida en las instalaciones de la Industria Licorera de Caldas solo hasta el pasado viernes 27 de enero de 2.012 y otorga un plazo máximo de respuesta hasta el 31 de enero de 2.012. Dada la importancia que reviste para nuestra empresa dar una respuesta oportuna y ajustada a las realidades del mercado, es necesario que amplíe el plazo para presentar nuestra propuesta, en virtud de que es necesario validar los insumos que participan en la producción del producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS”, donde desconocemos aspectos relevantes como las esencias, materiales de las etiquetas, calibre de sus cajas de embalaje y referencia del envase en vidrio los cuales es necesario conocer para determinar un eventual costo de materias primas y demás.

2. Que su comunicación exige que se garantice la producción para antes del 15 de febrero de 2.012. La Industria Licorera de Caldas podrá comprometerse antes del 15 de febrero de 2.012 con un cronograma de entregas para los meses siguientes del citado producto, sin embargo, es necesario que se aclare si con la expresión “garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012” exige que las 700.000 unidades se encuentren ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012, caso en el cual sería imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas, tardarían cerca de 28 días calendario” (...).

Es necesario aclarar que en el mercado de las esencias, los tiempos de entrega se encuentran estimados en 75 días calendario.

Reiteramos el elevado interés que le asiste la Industria (sic) Licorera de Caldas en realizar el envasado de un producto tan prestigioso y de tan amplia trayectoria y reconocimiento como es su producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS”, pero es indispensable contar con la información solicitada y

la extensión de al menos dos semanas de plazo a fin de preparar una cotización ajustada”.

La comunicación en cita no conduce a concluir la falsedad ideológica alegada por la fiscalía. Ello por cuanto si bien la licorera de Caldas manifestó que podía “*comprometerse*” antes del 15 de febrero, lo cierto es que al mismo tiempo indicó que solo “*con un cronograma de entregas para los meses siguientes*” podía entregar el “*producto*”, concretando, en todo caso, que si las 700.000 unidades del aguardiente debían estar “*ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012*” le sería “*imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas, tardarían cerca de 28 días calendario*” (...), agregando que también requería de 75 días calendario para que le fueran “*entregadas las esencias*”, sin las cuales, obviamente, no podría elaborar antes de ese plazo -75 días-, el aguardiente doble anís.

En consecuencia, la afirmación consistente en que tres de las licoreras invitadas a cotizar manifestaron que les era “*imposible cumplir las condiciones exigidas por la gobernación del Huila*” es concordante con la realidad¹⁷³, como también lo es la referente a que no cotizaron la maquila, pues lo cierto es que solo la FLA presentó la cotización requerida por la gobernación.

Al no encontrar tipificada objetivamente la conducta de falsedad ideológica en el formato de estudios previos número 095, en la resolución 03 de 14 de febrero y en los contratos 069

¹⁷³ No se demostró en el proceso que lo afirmado por la encausada, en el sentido que también la licorera de Cundinamarca le informó a la gobernación del Huila que no podía cumplir las condiciones por ella exigidas, es contrario a la verdad. Ello máxime cuando por tratarse de documentos públicos se presume su veracidad, y si bien es una presunción iuris tantum, lo cierto es que la fiscalía tenía el deber de desvirtuarla, pero, se itera, no lo hizo.

y 537, en los términos de la acusación, la Corte debe absolver a la acusada de este cargo.

2.4.3.2. En lo que concierne a la falsedad ideológica presuntamente contenida en el contrato 302 numeral 14.5 del escrito de acusación, correspondiente al numeral 13.5 de la formulación oral), cimentada en que en tales documentos públicos “*se afirmó que solamente la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia manifestó su interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el Departamento del Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas a las que se había hecho invitación*”, se advierte que la fiscal delegada no atribuyó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA ninguna conducta punible, limitándose a invocar lo consignado por esta última en los referidos acto administrativo y negocios jurídicos.

No obstante, teniendo en cuenta que en el numeral 14 del escrito de acusación la fiscalía señaló que “*en los procesos contractuales (...) 302 y (...) de 2012, en la ciudad de Neiva fueron elaborados documentos públicos en los cuales se afirmaron hechos que no corresponden a la verdad*”, podría entender la Sala que en el referido numeral estaba haciendo referencia al delito de falsedad ideológica en documentos públicos.

Pese a la anterior premisa, por expreso mandato de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, bajo cuya égida se adelanta este proceso, el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que la fiscalía debe hacer “*una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes*”. Al respecto, ha sido pacífica la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal al señalar que la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de

conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera¹⁷⁴. En otros términos, los hechos jurídicamente relevantes se identifican con los presupuestos fácticos que encajan o pueden subsumirse en el supuesto jurídico previsto por el legislador en el estatuto sancionador, es decir, la relevancia jurídica del hecho se supedita a su correspondencia con la norma penal¹⁷⁵.

Así las cosas, si el ente acusador omitió poner en conocimiento de la Corte los hechos jurídicamente relevantes que, a su juicio, caracterizarían objetivamente el delito de falsedad ideológica en el contrato 302, sumado a que al hacer la transcripción de lo allí consignado por la aforada (que fue de lo único que se ocupó la delegada al elaborar la acusación y exponerla en su intervención ante la Sala), no hizo siquiera una remisión al menos tácita al ítem 14.1., (en el que, luego de reproducir un párrafo del formato de estudios previos 095 de 7 de febrero de 2012, expuso los hechos que considera contrarios a la realidad), no es posible entender que la imputación fáctica allí efectuada se extiende también a lo consignado en el contrato

¹⁷⁴ Sentencia SP3168-2017, de 8 de marzo, rad. 44599

¹⁷⁵ AP887-2024, de 28 de febrero, rad. 64354. En el mismo sentido Cf. Sentencia SP2024-2019, de 5 de junio, rad. 51007; SP372-2021, 17 de febrero, rad. 55532 y SP4524-2021, de 6 de octubre, rad. 56204, entre otras.

302 de 2012, sin que, por lo demás, le sea dable a la Sala adicionar la acusación.

No sobra señalar que al no haberse hecho la imputación fáctica con la descripción clara y sustentada de los hechos jurídicamente relevantes, no es posible condenar por este hecho, pues ello entrañaría la vulneración del principio de congruencia y de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, al no darle a la aforada la oportunidad de defenderse respecto de este cargo.

En consecuencia, no queda otro remedio a la Sala que absolver a la doctora GONZÁLEZ VILLA de la presunta conducta delictiva que habría cometido al signar el contrato 302 de 2012.

2.3.3.3. La fiscal delegada atribuye a la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA la comisión de los delitos de falsedad ideológica, arguyendo que en los estudios previos 0095 suscritos por ella y en los elaborados por orden suya (esto es, el 498 y el 791), con el propósito de *“justificar la contratación directa con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia”*, se afirmó *“que la marca aguardiente doble anís ‘venía recuperando posicionamiento en el mercado interno’*”, lo cual no correspondía a la verdad.

Para sustentar la acusación la fiscal delegada invoca como hechos jurídicamente relevantes lo consignado en los estudios previos 095, 498 y 791 de 23 de agosto de 2012, aseverando que, en su criterio, lo allí consignado se contrapone *“al estudio de Contraloría Departamental remitido en el oficio 368 (sic) del 5 de junio de 2012 a la Gobernadora Cielo González, luego de dar cuenta*

del comportamiento de las ventas de aguardiente doble anís en el periodo comprendido entre 1998 a (sic) 2011), destacó el decrecimiento durante los años 2009, 2010, 2011, en comparación con los años 2000 a 2007, fenómeno que incidió en los ingresos que debía percibir el departamento por la explotación del monopolio de licores”.

La Corte debe precisar, en primer término, que si bien la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no suscribió los estudios previos 498 y 791 de 2012, pues lo hicieron los doctores Carlos Eduardo Trujillo González, como responsable técnico, y José Nelson Polanía Tamayo, en su condición de director del departamento administrativo de contratación de la gobernación del Huila, su contenido puede serle atribuido, pues con el testimonio de dichos funcionarios y el de Jorge Pino Ricci, Fernanda Guevara Cadena y Héctor Galindo Yustres, se demostró que estuvo al frente del proceso contractual y en tal sentido direccionó de manera especial la etapa precontractual; pues recuérdese que desde el inicio de su gestión quiso favorecer a la FLA con la celebración de los contratos de concesión para la producción del aguardiente doble anís, luego no hay duda de que en el documento examinado se plasmó la voluntad con relevancia jurídica de la entonces gobernante del Huila. Ratifica este aserto que los estudios previos 498 y 791 son casi un calco del 095 (rubricado por la ex funcionaria, con las modificaciones pertinentes, según cada situación fáctica).

Esta postura ha sido adoptada de antaño por la Sala de Casación Penal:

“Esta tesis se aviene a las necesidades actuales de una sociedad como la nuestra, en la que por virtud de la gran cantidad y variedad de funciones, en este caso, atribuidas a los servidores públicos con capacidad de documentar, en procura de economizar tiempo y satisfacer prontamente

las necesidades públicas los documentos no siempre se elaboran por ellos. Esto ocurre con las secretarías, digitadores y subalternos que los crean para sus jefes.

En consecuencia, se viene distinguiendo entre el autor y quien firma el documento: Autor es quien en el documento plasma su voluntad con relevancia jurídica. Firma es el signo material, objetivo y externo que tiene como finalidad acreditar la autoría del documento.

De no ser signado el documento por su autor, ello no significa que carezca de él, pues como ya se vio, lo trascendente es que lo tenga y que sea determinado o determinable.

No necesariamente quien crea el documento es su autor, porque en muchas ocasiones la voluntad expresada en él no es la suya, como ocurre con las secretarías que escriben un documento falso dictado por su jefe.¹⁷⁶

Como se aduce en la acusación, en el título de “ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN” de los referidos formatos de estudios previos se afirma que “... con base en la información que posee la Secretaría de Hacienda Departamental permite establecer que con este modelo de contratación interadministrativa con el Departamento de Antioquia – Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, desde mayo de 2009, nuestra marca “Aguardiente Doble Anís” ha venido recuperando el posicionamiento en el mercado interno, que había perdido frente a marcas nacionales y extranjeras, de tal modo que al cierre de la vigencia 2011 se registraron ventas que superaron los 3.500.000 de unidades de Aguardiente Doble Anís en presentación de 375 c.c, cifra esta (sic) que desbordó nuestras proyecciones, basadas en los consumos de los últimos cinco años, que no superaban los 2.600.000 unidades de 375 ml...”. Según se infiere de la acusación, para la fiscalía el aserto subrayado es el que no corresponde a la verdad, por las razones indicadas en el numeral 14.10 (reproducidas en un párrafo anterior).

¹⁷⁶ Auto AP de 28 de mayo de 2008, rad. 22019, postura reiterada en sentencia de 12 de diciembre de 2012 AP1660-2016, de 28 de marzo, rad. 32645.

La posición de la fiscalía en estos eventos tampoco encontró asidero en el proceso, pues además de que no cumplió con la carga probatoria que le corresponde en su rol de acusadora, en la medida en que no introdujo ningún medio suasorio que desvirtúe lo afirmado por la gobernación del Huila en los aludidos documentos (en el sentido que a partir de 2009 el aguardiente marca doble anís estaba “recuperando” su “posicionamiento en el mercado”), partió de un criterio errado al equiparar esta figura con la de ventas de un producto, lo cual no es acertado, aunado a que omitió hacer el respectivo análisis del oficio de la contraloría departamental que cita como soporte de la acusación (esto es, el 378 y no el 368, como allí se afirma).

En primer término, no obra en el proceso ningún estudio, análisis u otro documento emitido por la contraloría u otra entidad pública o privada, como tampoco el testimonio de un nutrido grupo de comprobados consumidores de aguardiente doble anís del departamento del Huila o el de personas que participaban en los canales de distribución o comercialización del mismo, con base en los cuales pueda afirmarse válidamente que es falso que a partir de 2009 dicha bebida estaba “recuperando su posicionamiento en el mercado”, de modo que en este aspecto la acusación quedó huérfana de respaldo probatorio.

En segundo término, el vocablo “*posicionamiento de una marca*” no es equivalente sí y solo sí al número de unidades vendidas en un periodo de tiempo y en un lugar determinados, como lo asumió sin fundamento alguno la representante del ente acusador. En efecto, dicha voz, al igual que el verbo “*recuperar*”, no tienen definición en el ordenamiento jurídico positivo colombiano, lo que no significa que no se pueda

desentrañar su alcance con base en las herramientas de hermenéutica jurídica vigentes en el país.

Así, la palabra “recuperar”, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁷⁷ significa: “1. Volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía. 2. Volver a poner en servicio lo que ya estaba. 3, Trabajar un determinado tiempo para compensar lo que no se había hecho por algún motivo. 4. Volver en sí”. Por su parte, según la misma obra, “posicionamiento” es la «acción y efecto de posicionar», en tanto que posicionar significa “tomar una posición respecto de algo o de alguien”. En el comercio nacional e internacional posicionamiento se entiende como “el lugar o la importancia que ocupa un producto o servicio en la mente de los consumidores respecto a la competencia, es decir, sustenta la razón del porqué una persona piensa en una marca determinada en lugar de la de su competencia”¹⁷⁸. De esta definición se infiere que el posicionamiento de una marca equivale al estatus de notoriedad, cuyos factores para determinarlo fueron dispuestos en el artículo 228 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina¹⁷⁹, en los siguientes términos:

“a) El grado de su conocimiento entre los miembros del sector pertinente dentro de cualquier País Miembro; b) la duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización, dentro o fuera de cualquier País Miembro; c) la duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción, dentro o fuera de cualquier País Miembro, incluyendo la publicidad y la presentación en ferias, exposiciones u otros eventos de los productos o servicios, del establecimiento o de la actividad a los que se aplique; d) el valor de toda inversión efectuada para promoverlo, o para promover el establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique; e) las cifras de ventas y de ingresos de la empresa titular en lo que respecta al signo cuya notoriedad se alega, tanto en el plano internacional como en el

¹⁷⁷ Artículo 28 del Código Civil: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

¹⁷⁸ <https://www.questionpro.com/blog/es/posicionamiento-de-marca/>

¹⁷⁹ Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante la Ley

del País Miembro en el que se pretende la protección; f) el grado de distintividad inherente o adquirida del signo; g) el valor contable del signo como activo empresarial; h) el volumen de pedidos de personas interesadas en obtener una franquicia o licencia del signo en determinado territorio; o, i) la existencia de actividades significativas de fabricación, compras o almacenamiento por el titular del signo en el País Miembro en que se busca protección; j) los aspectos del comercio internacional; o, k) La existencia y antigüedad de cualquier registro o solicitud de registro del signo distintivo en el País Miembro o en el extranjero”.

Por su parte el artículo 230 del mismo ordenamiento dispone que se consideran como sectores pertinentes de referencia para determinar la notoriedad, entre otros, los siguientes:

“a) Los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios a los que se aplique; b) las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplique; o, c) los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo de establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique. Para efectos de reconocer la notoriedad de un signo bastará que sea conocido dentro de cualquiera de los sectores referidos en los literales anteriores”.

Acorde con lo anterior, el posicionamiento o la notoriedad de una marca lo componen varios factores, tales como el conocimiento y la imagen que de la misma tengan tanto los habituales consumidores del producto o servicio en un mercado determinado (en este caso el departamento del Huila, que es donde se mercadea el aguardiente doble anís), así como las personas que participan en su comercialización, distribución y venta, lo que traduce en su reconocimiento público; la duración de su publicidad; los volúmenes de producción y de ventas, entre otros, es decir, no se contrae a este último factor, como lo consideró la fiscalía.

Ahora, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que la notoriedad de una marca “*puede variar con el tiempo, es decir, un signo que hoy se reputa notoriamente conocido puede perder dicho estatus si su titular no realiza acciones conducentes a conservarlo: calidad, difusión, volumen de ventas, publicidad, entre otros*”¹⁸⁰, es decir que una marca bien posicionada en el mercado puede perder su notoriedad en el mercado, pero así mismo con las estrategias adecuadas puede “*recuperarla*”.

En el asunto debatido, se tiene que no hay ningún medio suasorio que desvirtúe lo consignado en los estudios previos 095, 498 y 791 de 2012, en el sentido que en los años 2007 y 2008 el aguardiente doble anís había perdido posicionamiento en el mercado con respecto a otras marcas de licores destilados, y que fue a partir de 2009, cuando inició su producción por parte de la FLA, que empezó a tener de nuevo la notoriedad que había tenido entre 1997 y 2000 cuando la bebida era elaborada por la empresa particular Licorsa, con la cual la gobernación del Huila había celebrado un contrato para la producción de 2.000.000 anuales de unidades. Es decir, no hay ninguna evidencia de la falsedad pregonada en la acusación.

Ahora, aceptando en gracia de discusión que la notoriedad o posicionamiento de una marca se asienta únicamente en el volumen de ventas, la afirmación tachada de falsa no es contraria a lo asegurado en el estudio 378 de 5 de junio de 2012 (emitido por la contraloría departamental en respuesta a una solicitud de acompañamiento preventivo que

¹⁸⁰ Organismo consultivo supra nacional. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 22 de agosto de 2021 dentro del proceso 54-IP-2020 Warner Bros. Entertainment INC Vs. Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- de la República de Colombia.

la gobernación le reclamó en su calidad de ente de control, la cual fue negativa), habida cuenta que, por un lado, allí se afirmó que *“a partir del 2009, el comportamiento de unidades declaradas ha mejorado paulatinamente hasta el año 2011, que registra una declaración de venta de 1,6 millones de unidades de aguardiente Doble Anís de 750 c.c; en todo caso sin superarlas cuantías que se registraban durante la ejecución de la concesión que termina con una cantidad de 1.700.000 unidades”*.

Y por el otro, en el documento analizado la contraloría hizo un juicioso estudio a partir de las ventas de aguardiente doble anís (sin tener en cuenta el volumen de unidades contratado por el departamento del Huila, que es otro de los indicadores del posicionamiento de cualquier marca), en el cual señaló que en el contrato de concesión 01 de 1997, suscrito entre dicho ente territorial y Licorsa para ser ejecutado en el término de 10 años, *“inicialmente se determina una cuota mínima de ventas de 2.0 millones de unidades de 750 c.c. de Doble Anís, la cual se sostiene hasta 2004”, pues a partir de 2005 “la cuota pactada inicialmente se reduce mediante Otrosí de diciembre 28 de 2005, a 1.700.000 unidades de AGUARDIENTE DOBLE ANÍS, equivalente a un 15% menos (300.000). Así mismo cita el estudio de la firma Zarama y Consultores Asociados, elaborado en cumplimiento de un contrato celebrado con ésta por la gobernación del Huila con el objeto de hacer “el diagnóstico del mercado de los licores anisados en el departamento y en el territorio nacional, con el fin de determinar la contratación que más conviniera para la explotación del monopolio”, en el que se concluyó que en el año 2007 (cuando estaba vigente el contrato con Licorsa, “la cuota de venta real disminuyó durante la concesión por la falta de pactar y consolidar una estrategia de promoción y publicidad con el Concesionario”.*

En la misma fuente se aduce que según información de la secretaría de hacienda departamental *“en el año 2007 quedó un saldo de botellas por vender en las bodegas del comercializador, con las que se cubriría la demanda del año 2008”*. Afirmó así mismo la contraloría que en 2008 se presentó *“el mayor bajón en las ventas declaradas del aguardiente del Aguardiente Doble Anís en los últimos 15 años, con una cantidad de 400.000 unidades”*, dentro de los 5 años anteriores como se consignó en los estudios previos para los contratos 0069, 0302 y 0537; en tanto que en 2009 se negociaron 1.100.000; en 2010 la cantidad de 1.500.000 y en 2011 un volumen de 1.650.000.

Igualmente, en el informe de la contraloría departamental del Huila, de octubre de 2016, denominado *“EVALUACIÓN COMPORTAMIENTO DE VENTAS DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA, VIGENCIA 2000-2015”*¹⁸¹, se indica que en el año 2008 se presentó *“el mayor bajón en las ventas declaradas del aguardiente Doble Anís en los últimos 15 años, con una cantidad de 400.000 unidades”* y a *“partir de 2009, el comportamiento de las unidades declaradas ha mejorado paulatinamente hasta el año 2013, que registra una declaración de venta de 2.0 millones de unidades de Aguardiente Doble Anís de 750 c.c. (...)”*. Se advierte así mismo en este documento, que *“es a partir del vencimiento del contrato de concesión en diciembre de 2007, cuando se reducen de manera considerable las finanzas departamentales por este concepto, debido a que en vigencia de 2008, se presenta una reducción del ingreso total de \$8.279.1 millones al pasar de \$13.404.5 millones recibidos en el 2007 a recibir la suma de \$5.014,8 millones en el año 2008, equivalente al 62%. A partir del año 2009 empieza a subir el total recibido por el Departamento hasta llegar a una suma de \$24.496.8 millones en el año 2015”*.

¹⁸¹ Visible a folios 649 a 661 del cuaderno 4 de pruebas de la defensa.

Entonces, si desde la perspectiva de la fiscalía (posicionamiento de marca = a volumen de ventas), sería indiscutible que desde 2005 la marca aguardiente doble anís empezó a perder notoriedad en el mercado, situación que se prolongó hasta 2008, de modo que si a partir de 2009, cuando la FLA empezó a producir la bebida, las ventas casi se triplicaron con respecto al año anterior, ello significa que el posicionamiento de la marca se estaba “recuperando”, como se consignó en los documentos que la fiscalía estima espurios.

Ahora, la defensa aportó el reporte completo de auditoría para las vigencias 2008-2012, que fuera presentado o elaborado en diciembre de 2012, al que precisamente se refiere el ciudadano Anselmo Perdomo Leiva en su testimonio¹⁸². En dicho informe se hacen afirmaciones difíciles de comprender, pues, se tornan contradictorias, de una parte dice:

«Dentro de la revisión y análisis a la documentación pertinente, no se evidencia la existencia de estudios técnicos ni estudios de mercado que permitan determinar el consumo de Aguardiente Doble Anís en el Departamento, y sustente la cantidad necesaria del producto que debe ser producida para evitar el desabastecimiento en el mercado, por tanto, mal podría decir el Departamento en sus estudios previos que la suscripción de un contrato con determinada firma genera al ente territorial mayores ingresos, y la oportunidad y calidad en la producción de nuestra marca» (se subraya).

Y, de otra, luego de citar textualmente las razones de la gobernación, afirma:

“En este sentido, a pesar de aceptarse la existencia de estudios que determinen la cantidad del producto a producir (sic), se sigue sin entender las razones por las cuales la Entidad establece que mediante un contrato Interadministrativo con la Fábrica de Licores de Antioquia. Y aunque se aduce un incremento en las ventas a partir del momento desde el cual se inició a contratar con la FLA...”

¹⁸² Cuaderno 4 prueba documental de la defensa, folio 604.

Adicionalmente, la defensa aportó una evaluación al comportamiento de venta del aguardiente doble anís dentro del rango 2000 a 2015 y allí aparece nuevamente como uno de sus autores el testigo de la fiscalía Anselmo Perdomo Leiva. En lo que interesa a este criterio del ente acusador para considerar uno de los delitos de falsedad ideológica, el informe señala:

“A partir del 2009, el comportamiento de las unidades declarados ha mejorado paulatinamente hasta el año 2013, que registró una declaración de venta de 2.0 millones de unidades de Aguardiente Doble Anís de 750 c.c.”¹⁸³

Así las cosas, la contraloría sí hace referencia a un decrecimiento en las ventas del licor, consecuentemente en los ingresos del departamento, pero se refiere a años anteriores a 2009:

“Esta reducción en los Ingresos por este concepto se acrecienta en el año 2008 donde su ingreso solo alcanza los \$591.9 millones, durante el 2009 y hasta el 2011 presenta un comportamiento oscilante al pasar de \$1.847,3 millones en el 2009 a \$3.070, 8 millones en 2010, luego en lo vigencia 2011 este valor se disminuye en \$302.5 millones respecto al valor obtenido en lo vigencia anterior (2010) y a partir de lo vigencia 2012, este ingreso comienza lo tendencia hacia el alza, encontrando grandes incrementos...”¹⁸⁴.

Se observa entonces que la fiscalía interpretó de manera inadecuada el informe de la contraloría departamental del Huila, pues, contrario a la pretensión acusadora, a partir del tiempo en que la FLA se encargó de producir y comercializar el aguardiente doble anís para el departamento del Huila, el ente de control halló un mejoramiento paulatino en las ventas del mismo y esto, necesariamente repercutió en el posicionamiento

¹⁸³ Cuaderno 4 prueba documental de la defensa, folio 657

¹⁸⁴ Id. Folio 661

de la marca en el mercado, por manera que, de la misma prueba del ente acusador queda ausente la afirmación que se hace respecto del delito de falsedad ideológica en documento público.

Así las cosas, la Sala impartirá fallo absolutorio en lo que concierne a las presuntas falsedades ideológicas consignadas en los formatos de estudios previos 095, 498 y 271 de 2012.

3. PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

3.1. Tipificación

Este delito encuentra su descripción típica en el artículo 397 del Código Penal, en los siguientes términos:

“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 el 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 (...) (con el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

3.2. Elementos que lo estructuran

Esta Corporación ha determinado los siguientes elementos: (i) la calidad de servidor público del sujeto activo; (ii) que por razón o con ocasión de sus funciones tenga en su cabeza la administración, tenencia o custodia de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de particulares; y, (iii) el acto de apropiación en favor propio o de un tercero en perjuicio del patrimonio del Estado¹⁸⁵.

El sujeto agente calificado debe tomar para sí los bienes del Estado en provecho suyo o de un tercero en las condiciones señaladas, siendo necesaria la existencia de una relación funcional entre el servidor público y los bienes cuya administración detente, razón por la cual la acepción “*por razón o con ocasión de sus funciones*” tiene que ver con las facultades de administrar, guardar y recaudar, la cual no puede ser solo material sino también jurídica¹⁸⁶. Así, se ha dicho la Sala de Casación:

«[...] no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no

¹⁸⁵ Sentencia de 4 de febrero de 2015, rad. 39.417; criterio reiterado en sentencia de 25 de enero de 2017, rad. 43044 y sentencia SEP0057-2021, de 10 de junio, rad. 0026.

¹⁸⁶ Corte suprema, auto AP1272-2018, rad. 51777.

corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

Las facultades de manejo en el empleado público no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entendiéndose como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado cargo las ejercita»¹⁸⁷.

La disponibilidad jurídica no implica un contacto directo o material entre el servidor público y los bienes; por ese motivo, además del empleado de manejo con disponibilidad material, pueden cometer el delito todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentran el ordenador del gasto, por cuanto éste tiene disponibilidad jurídica sobre los recursos públicos¹⁸⁸.

Es decir, 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 su vinculación al ejercicio de un deber funcional¹⁸⁹.

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 que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 4 octubre de 1994, rad. 8729.

¹⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de febrero de 1997, rad. 11657.

¹⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 22 de febrero de 2012, rad. 35606.

la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público¹⁹⁰.

Es un delito de carácter instantáneo en tanto se consuma cuando el bien público es apropiado, es decir, cuando existe un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella al patrimonio, evidenciándose el ánimo de detentarla¹⁹¹.

Sobre la administración de los bienes en los entes nacionales y territoriales, ha dicho la Corporación:

«En consecuencia, el resultado le es atribuible al Gobernador, con independencia de que no hubiera sido él, directamente, sino su tesorero, quien celebró las ofertas mercantiles de cesión de derechos de beneficio, aspecto que explica que la conducta se le atribuya a título de coautoría, pues ciertamente en la medida de las distintas competencias que a cada uno asistía, se verificó el aporte necesario para la consumación del delito de peculado por apropiación. El gobernador mediante las directrices que le correspondían por ostentar la disponibilidad jurídica de los recursos, el tesorero materializando el traspaso de estos a los patrimonios autónomos, en su condición de custodio material.

Competía al procesado como gobernador la administración y custodia de los recursos, pues tales deberes dimanaban simple y llanamente de las responsabilidades que le eran anejas en el manejo de los fondos públicos, cualquiera fuese su naturaleza.

Lo primero que ha de destacarse es que mientras la Dirección Técnica de Tesorería ostenta un rol básicamente operativo y si se quiere secundario dentro de la estructura de la entidad territorial, al gobernador le compete el máximo de dirección, pues es quien traza las políticas a desarrollar por sus subalternos, tanto en punto a la gestión administrativa como a la financiera, apoyado para ello en sus secretarios sectoriales. En efecto, esa suprema dirección asignada al gobernador dimana de un conjunto de disposiciones de orden constitucional y legal, en virtud de las cuales ejerce la representación legal del departamento y además es el agente del Presidente de la República para la ejecución de las políticas económicas

¹⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de octubre de 2012, rad. 38396.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 25 octubre 2001, rad. 13355.

nacionales..., ostenta la facultad de ordenación del gasto departamental, y cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones y deberes..., dirigir la ejecución del presupuesto y de los recursos cedidos por la nación para el beneficio del departamento»¹⁹².

En otra oportunidad admitió que la administración de bienes y recursos públicos es una actividad que implica la concurrencia de varias personas. Así refirió:

«La administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varios. La actividad estatal con sus necesarios mecanismos de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por ese motivo, además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto porque éste tiene respecto de aquellos la disponibilidad jurídica»¹⁹³.

Un concepto amplio de administración supone pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos competente, dentro de los límites propios de sus atribuciones la genérica función de administrar¹⁹⁴».

Sobre la atipicidad objetiva del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, cuando quien se apropia de los bienes es una entidad pública que los invierte en sus objetivos misionales y no van a manos de los particulares, sostuvo la Sala de Casación¹⁹⁵:

Desde esta perspectiva, si el delito de “peculado por apropiación a favor de terceros” describe conductas indebidas que afectan de manera explícita el patrimonio público frente al despojo en favor de particulares (de terceros dice la disposición), el traslado de recursos mediante la contratación o

¹⁹² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de marzo de 2013, rad. 37858.

¹⁹³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 2 de octubre de 1997, rad. 11657.

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, SP647-2017, rad. 43044.

¹⁹⁵ Sentencia SP2062-2017, de 30 de noviembre, rad. 29726.

mediante convenios interadministrativos a favor de otras entidades del mismo Estado no constituiría el injusto del artículo 397 del Código Penal.

Es posible que en otro tipo de disfunciones, como los peculados técnicos o por aplicación oficial diferente, los dineros del Estado se utilicen en beneficio incluso del mismo Estado, pero hay que convenir que en esos eventos, como el indicado en el artículo 399, el injusto se construye más a partir de la ilegalidad de la función que por el despojo de los bienes, lo cual demuestra que el delito de peculado por apropiación entre entidades públicas es atípico, en tanto si bien el núcleo de éste tipo de injusto implica una infracción al deber, el núcleo de la antijuridicidad se concreta es en el perjuicio patrimonial para el Estado”¹⁹⁶.

3.3. El caso concreto

En el pliego de cargos se imputó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA el delito de peculado por apropiación a favor de terceros (esto es, la gobernación de Antioquia-fábrica de licores y alcoholes, entidad que, según la fiscal delegada, se habría apropiado de la suma de \$211.191.895. Sustentan la acusación los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

En los contratos 069 y 537 de 2012, la ex funcionaria acusada habría omitido verificar que la secretaria de hacienda del departamento hiciera la debida supervisión de las obligaciones del contratista, específicamente la concerniente a “invertir un porcentaje como aporte publicitario, el cual se estableció en un 4% del precio oficial de venta”, así:

En el contrato 069 de 2012 se pactó la producción de 700.000 unidades de aguardiente doble anís, por ende, la

¹⁹⁶ Reiterada en sentencia SP2653-2019, de 17 de julio, rad. 53479, oportunidad en la que manifestó: “Ello porque es adecuado sostener que no hubo, en estricto sentido, algún tipo de pérdida o detrimento para el erario público, dado que se realizó un traslado de dineros desde una entidad a otra y los mismos se utilizan en satisfacer necesidades públicas, así no se trate de aquellas propias del contratante”.

inversión del 4% ascendía a \$269.500.000; a ello añade la fiscalía que las unidades vendidas¹⁹⁷ fueron 705.360 por tanto, en su criterio, el valor a invertir ascendía a \$271.563.600 de los cuales solo se ejecutaron \$196.751.235, quedando pendiente un saldo de \$72.748.765 que habría sido apropiado por la FLA, lo que habría sido permitido por la entonces gobernadora GONZÁLEZ VILLA.

A su turno, en el contrato 537 de 2012 la referida obligación tampoco se habría cumplido en su totalidad por la FLA, toda vez que se había pactado la producción, distribución y venta de 2.000.000 de unidades de aguardiente doble anís, por lo que la inversión en publicidad debió ser de \$770.000.000; no obstante, a pesar de que se registró la venta de las unidades pactadas, la FLA invirtió en publicidad \$631.556.870, quedando por ejecutar la suma de \$138.443.30.

Arguyó la representante del órgano persecutor que como gobernadora del Huila, la aforada tenía la posición de garante respecto de la “correcta ejecución” (sic), de modo que “*al no ejercer vigilancia ni control sobre la debida ejecución **de los contratos interadministrativos 069 de 14 de febrero de 2012, (sic) y 0537 del 24 de agosto de 2012, permitió que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia se apropiara de \$72.748.765, (sic) y \$138'443.130, respectivamente***” (negritas textuales).

Añadió que los recursos apropiados eran de carácter público, pues de conformidad con la Ley 14 de 1.983, artículo 61, la producción en el territorio colombiano de licores

¹⁹⁷ No indicó en qué periodo se realizaron las ventas, ni precisó la razón de la diferencia entre las que se produjeron por la FLA en cumplimiento del contrato 069 de 2012 y las que se vendieron - esto es, 5360-, aspecto que tampoco se dilucidó en el debate oral.

destilados fue declarada monopolio estatal, “como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el radicado 1458” (sic), pues los recursos fueron sacados por la FLA de la esfera de custodia de la gobernación del Huila, que era su titular, de modo que los delitos de peculado por apropiación fueron cometidos en concurso homogéneo y sucesivo y se consumaron.

Consideró finalmente la fiscalía que como el salario mínimo para 2012 era de \$566.700, “para efectos de la tipicidad objetiva, el monto de lo apropiado en ejecución del **contrato 0069 fue de 128.37 SMLMV**, por lo que para él es aplicable la pena prevista en el **inciso (sic) 1° del artículo 397 CP**. Mientras que frente al **contrato N° 0537 fue de 244,29 SMLMV**, al cual es aplicable el **inciso 2° del del artículo 397 CP**, pues lo apropiado supera 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Como quiera que el núcleo central de la acusación consiste en que la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia se habría apropiado de la suma de \$271.563.600, por cuanto en los contratos 069 y 537 no habría hecho la totalidad de la inversión en publicidad, correspondiente al 4% del precio oficial de venta del aguardiente doble anís, es necesario determinar, en primer término, la naturaleza jurídica de dicha industria, para establecer si en verdad, como lo sostiene la fiscalía tiene la condición de tercero (particular), o si se trata de una entidad estatal.

Si bien la fiscalía no introdujo al proceso algún documento para acreditar la naturaleza jurídica de la FLA, como era su deber¹⁹⁸, lo cierto es que en las resoluciones de

¹⁹⁸ Omisión que pudo haber obedecido a que se trata de un hecho notorio, por lo cual, en los términos del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, no requería ser acreditado con prueba documental.

justificación números 003, 039 y 213 de 2012 expedidas por la gobernación del Huila, entre otros muchos documentos que obran en el proceso, se indica expresamente que la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia *“es una dependencia más dentro de la Estructura orgánica de la Gobernación de Antioquia, adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento (...)”*, razón por la cual los contratos 069, 302 y 537 de 2012 fueron suscritos por el señor Fernando Restrepo Restrepo en nombre y representación del departamento de Antioquia, dada su condición de delegado del gobernador, como se indica en el texto de los mismos.

Por lo demás, la delegada del ente acusador tampoco introdujo al proceso alguna prueba que infirme lo consignado en los referidos actos administrativos, en los contratos y en los distintos documentos introducidos en el juicio, luego la verdad procesal revela que la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia no es una persona a jurídica de derecho privado - como al parecer lo percibió la fiscalía-, sino una dependencia de la gobernación de Antioquia, que a su vez es una entidad pública del nivel territorial.

En consecuencia, aún en el evento en que se hubiese demostrado en este proceso que la FLA se apropió de la suma a la que se alude en la acusación, la conducta sería objetivamente atípica, pues desde la óptica de la fiscalía el presunto despojo no se habría dado a favor de un tercero particular sino de otra entidad pública, de modo que los recursos no habrían salido de la esfera de dominio del Estado. Lo anterior, máxime cuando la fiscalía no hizo el menor esfuerzo por demostrar que los dineros que presuntamente se habrían dejado de invertir en publicidad no se habrían utilizado

para satisfacer las necesidades de la comunidad del departamento de Antioquia, pasando a manos de particulares (como terceros beneficiados, como lo exige el artículo 397 del Código Penal para que se configure el delito de peculado por apropiación a favor de terceros).

No obstante lo anterior, valoradas las pruebas aducidas al debate oral en relación con la inversión del 4% por cada botella vendida, que de acuerdo con los contratos debía realizarse en publicidad, se colige sin dificultad alguna que en este caso no hubo apropiación de recursos públicos ni por parte de la FLA ni por la empresa privada que tenía a su cargo la obligación de hacer la respectiva inversión, luego la fiscalía no demostró la tipicidad objetiva de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros endilgados a la doctora GONZÁLEZ VILLA. Los siguientes son los medios suasorios que soportan este aserto:

(i). Contratos 069, 302 y 537 de 2012, suscritos por la entonces mandataria departamental, en cuyos numerales 11 de las cláusulas sextas de los dos primeros y séptima del último, se pactó como una de las obligaciones a cargo de la FLA: “invertir un porcentaje como aporte publicitario, equivalente al cuatro por ciento (4%) sobre el precio oficial de venta, por cada botella de Aguardiente Doble Anís en presentación de 375 ml vendida; de acuerdo con lo establecido por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en su instructivo de publicidad” (la Sala subraya).

De conformidad con lo acordado entre la gobernación del Huila y la de Antioquia, la inversión en publicidad debía realizarse no precisamente durante la etapa de producción y

comercialización de la bebida alcohólica por parte de la FLA a la industria de licores Global -Licorsa¹⁹⁹-, sino en el momento de la venta de las unidades elaboradas y teniendo en cuenta el instructivo de publicidad de la FLA, de acuerdo con el cual el comercializador escogido era el encargado de aplicar el porcentaje del 4% en publicidad, de modo que, por obvias razones, la obligación no podía ser cumplida el día del fenecimiento de cada uno de los pactos sino en las fases subsiguientes, de acuerdo con las instrucciones impartidas en el manual de la FLA.

(ii). Manual de publicidad de la FLA²⁰⁰, en el cual se indica, entre otras cosas, que la inversión en publicidad correspondía a un 4% sobre el valor de las compras totales de licor que efectuara la comercializadora a la FLA, monto que debía ser invertido por aquélla de acuerdo a las necesidades de la zona. A continuación, se detallaron los tipos de inversión publicitaria, promocional y otros que podían ser admitidos o aceptados por la FLA con ocasión de la realización de dicha inversión en zona (en eventos, concursos, material impreso, patrocinios, material P.O.P., publicidad exterior, medios masivos, actividades de mercadeo y promocionales en cadenas, supermercados, hipermercados, superetes (sic) por considerar que éstos son una excelente vitrina para exhibir y vender las maquilas producidas por la FLA, incentivos, concursos a clientes, aportes a reinas e investigación de mercados). Todas estas modalidades de inversión en publicidad ponen en evidencia que la misma no podía llevarse a cabo el mismo día en que la comercializadora le comprara el licor a la FLA, sino a

¹⁹⁹ Se itera, comercializadora escogida por la gobernación de Antioquia para que, por su intermedio, se llevara a cabo la distribución y venta del producto a mayoristas y minoristas.

²⁰⁰ Folios 448 a 454 del cuaderno 3 de pruebas de la defensa.

medida que el mismo se fuera vendiendo entre distribuidores minoristas.

A lo anterior se añade que, según el documento examinado, el comercializador debía presentar a la FLA con sus respectivos soportes, dentro de los 35 días calendario siguientes al cierre del mes del que se estaba rindiendo la respectiva cuenta, es decir que el reporte de los gastos efectuados no llegaba a la FLA de manera inmediata a su realización.

Cabe recordar que en este caso la empresa elegida por la FLA para comercializar el aguardiente doble anís fue la industria de licores global S.A. -Licorsa-, con la cual venía celebrando contratos desde 2009²⁰¹, siendo, por ende, la responsable de hacer las respectivas inversiones y reportarlas a la FLA en los términos previstos en el manual de publicidad antes mencionado.

(iii) El peritaje elaborado por los funcionarios del CTI Yenny Rocío Martínez Castaño²⁰² y Ángel Humberto Aguilar Álvarez, quienes realizaron un análisis contable a los tres contratos al término del cual arribaron a las siguientes cifras invertidas en publicidad:

a. Para el contrato 0069 un faltante por ejecutar de \$72.748.765.00 de acuerdo con la siguiente gráfica:

		INVERSIÓN 4%		INVERSIÓN 4%			DIFERENCIA INVERSIÓN
--	--	-----------------	--	-----------------	--	--	-------------------------

²⁰¹ Cfr. Folios 363 a 400 del cuaderno 2 de pruebas de la defensa.

²⁰² Cuaderno 1, prueba pericial de la fiscalía, por ella introducido al juicio al momento de declarar.

PERIODO	UNIDADES CONTRATADAS	SEGÚN CONTRATO	UNIDADES VENDIDAS	SEGÚN EJECUCIÓN	INVERSIÓN FLA	SALDO INVERTIDO FLA	POR EJECUTAR
FEBRERO 2012			274.920	105.844.200	30.065.350	30.065.350	
MARZO 2012			430.440	165.719.400	116.001.722	116.001.722	
ABRIL 2012					50.684.163	50.684.163	
TOTAL	700.000	269.500.000	705.360	271.563.600	196.751.235	196.751.235	72.748.765

b. En el contrato 0302 se obtuvo un mayor valor de aplicación por publicidad de \$304.595.713.00. Se graficó así:

CONTRATO	PERIODO	UNIDADES CONTRATADAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN CONTRATO	UNIDADES VENDIDAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN EJECUCIÓN	INVERSIÓN FLA	SALDO INVERTIDO FLA	DIFERENCIA INVERSIÓN POR EJECUTAR
No. 302 10/05/2012	MAYO 2012			712.680	274.381.800	126.266.480	126.266.480	
	JUNIO 2012			258.900	99.676.500	471.652.669	471.652.669	
	JULIO 2012			218.400	84.084.000	233.307.997	232.441.997	
	AGOSTO 2012			299.250	115.211.250	49.508.117	47.953.117	
TOTAL CONTRATO		1.500.000	577.500.000	1.489.230	573.353.550	880.735.263	877.949.263	304.595.713

“Por tanto se revisó la documentación aportada donde se puede apreciar la inversión según el contrato por valor de (\$577.500.000.00), así como la inversión realizada por la FLA por valor de (\$880.735.263.00), observándose un mayor valor en la inversión de (\$304.595.713.00).

c. Por último, en el contrato 0537 halló un faltante por invertir en publicidad de \$138.443.130.00. Véase la gráfica:

CONTRATO	PERIODO	UNIDADES CONTRATADAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN CONTRATO	UNIDADES VENDIDAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN EJECUCIÓN	INVERSIÓN FLA	SALDO INVERTIDO FLA	DIFERENCIA INVERSIÓN POR EJECUTAR
No. 537 24/08/2012	SEPTIEMBRE 2012			109.200	42.042.000	47.726.487	47.726.487	
	OCTUBRE 2012			327.600	126.126.000	92.774.985	92.774.985	
	NOVIEMBRE 2012			327.600	126.126.000	55.467.075	55.467.075	
	DICIEMBRE 2012			709.800	273.273.000	359.927.696	359.927.696	
	ENERO 2013			525.800	202.433.000	75.660.627	75.660.627	
TOTAL CONTRATO		2.000.000	770.000.000	2.000.000	770.000.000	631.556.870	631.556.870	138.443.132

Concluyeron los peritos en su informe contable que la FLA dejó de invertir en publicidad la suma de \$211.191.895, pese a que allí mismo reconocen que en los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2012 la inversión efectuada en publicidad superó en \$304.595.713.00 la que correspondía hacer en desarrollo del contrato 302 de 2012. Es decir, conciliando el mayor valor invertido con ocasión de la ejecución de dicho negocio jurídico con los presuntos faltantes de los contratos 069 y 537, es inconcuso que la contratista invirtió \$93.403.818.00 más de lo que le correspondía ejecutar respecto del total general.

(iv). Testimonio de la perita del CTI, Yenny Rocío Martínez Castaño, convocada al juicio por la fiscalía, quien manifestó que según lo estipulado en el contrato 069 de 2012 y 13 facturas de venta emitidas por la FLA, se contrataron 700.000 unidades por lo que el monto de la inversión en publicidad debía ser de \$269.500.000. A ello se añade que las unidades vendidas fueron 705.360, de modo que el valor de la inversión ascendía a \$271.563.000 pero solo se gastaron por ese concepto \$196.751.235, para una diferencia de \$72.748.765, suma que quedó pendiente por ejecutar.

Respecto del contrato 537, señaló que la FLA aportó 37 facturas por un total de 2.000.000 de unidades vendidas (cantidad que coincide con la contratada), por lo cual el valor a invertir en publicidad correspondía a \$770.000.000 y la FLA solo invirtió \$631.556.870, arrojando una diferencia por ejecutar de \$138.443.130.

Finalmente acotó que en el contrato 302 la FLA cumplió con lo ejecutado, es decir, que las unidades contratadas y el aporte publicitario se realizó conforme a lo estipulado en el contrato.

Al ser auscultada por la defensa sobre las fechas de corte tenidas en cuenta para emitir la experticia, contestó la perita que fue *“el periodo de ejecución de cada contrato (...) y sobre ese valor de estas unidades vendidas teníamos que hacer una (sic), la fábrica de licores tenía que hacer un aporte publicitario, que fue lo que se verificó, ese era el motivo del análisis (...) del aporte publicitario”*.

De acuerdo con el testimonio de la perita y su informe base, los valores para calcular el 4% de inversión de publicidad fueron obtenidos de las facturas de venta reportadas por la FLA respecto de cada contrato y si bien no se mostró extrañada por encontrar un mayor valor invertido en publicidad respecto del contrato 306, explica que el cálculo lo hizo independientemente en cada contrato.

Ligado a la anterior reflexión, es claro que la funcionaria de policía judicial tuvo acceso al contenido de los contratos, luego, necesariamente debía haber advertido la cláusula que dejaba en manos de la FLA la ejecución de la publicidad de acuerdo con su instructivo. Esto, para resaltar que de haberse generado inquietud por las inconsistencias, seguramente hubiese accedido al instructivo y de allí habría establecido que quien cumplía la carga de aplicar el porcentaje para publicidad era la empresa comercializadora del licor (no la FLA) y, una vez identificada, pudo acceder a las facturas y datos de los proveedores de publicidad para de ese modo realizar un

informe pericial más claro y no dejar simplemente a criterio de la parte acusadora la inferencia de la apropiación de los faltantes por parte de la FLA con la consecuente responsabilidad penal de la exgobernadora del Huila.

Ahora bien, la especialista contable concilió la documentación que se le entregó, entre ella la facturación de la venta del licor. Esas facturas tienen fecha de emisión dentro del periodo de cada contrato y no se especifica quién fue el comprador, mientras que los comprobantes de pago que se relacionan en el listado de proveedores de publicidad ingresado al proceso por la defensa corresponden a una época distinta, esto es, a la de la venta del aguardiente, siendo claro para la Corte que el compromiso de la inversión debía ser cumplido en esta última fase y no al momento de ejecución de los contratos por parte de la FLA.

En efecto, según la prueba pericial para el contrato 069 de 2012, se factura la venta del licor entre el 16 de febrero y el 8 de marzo de 2012, tiempo que corresponde al término de su vigencia, cuyo resultado fue un total de \$1.698.506.880., pero nunca se procedió a verificar más allá, es decir, aquello relacionado con la facturación física de la publicidad.

En últimas, si de lo que se trataba es que en ese año 2012 se realizaran campañas publicitarias para la marca con el producto de las ventas del licor y en los tres instrumentos jurídicos el contratista era el mismo, bastaba para determinar si en la sumatoria general podría establecerse una fuga de recursos luego del análisis independiente de los contratos y, de acuerdo con el mismo informe pericial se llegó a una conclusión

distinta, esto es, que el valor invertido en publicidad fue superior en la suma de \$93.403.818.00, la cual habría salido de las arcas de Licorsa y no de alguna de las entidades públicas contratantes.

(v) El oficio 089 de 31 de enero de 2017²⁰³, emanado de la gobernación del Huila, en el cual se consignó sobre este tema: *“De acuerdo a los documentos entregados por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, que soportarían la inversión realizada en publicidad, promoción y mercadeo, financiada con el 4% sobre el precio de venta al distribuidor minorista establecidos en los contratos 069, 302 y 537 de 2012, se pudo constatar que la inversión pactada en los contratos se realizó de acuerdo con las unidades producidas durante la ejecución de los mismos.”*

“Se hace claridad que para determinar el monto de la inversión, no se tuvo en cuenta el plazo pactado en el contrato, teniendo en cuenta que la comercialización es la etapa que requiere y necesita de la inversión, en todos los casos de los contratos suscritos por el Departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia desde el 2009 al 2013, esta etapa se prolongó por fuera del termino (sic) de duración de los contratos”. Anexa “la relación de la inversión, de acuerdo al consolidado realizado por la Secretaría de Hacienda, como se advirtió en el párrafo anterior, sin tener en cuenta el plazo de ejecución pactado en los contratos²⁰⁴”. Este oficio ingresó oportuna y legalmente al juicio oral y no hay prueba que lo desvirtúe o tache de falso.

(vi) El listado de la facturación por inversión en publicidad fue aportado por la defensa y hace parte de los anexos al oficio 0166 de 10 de febrero de 2017, es decir, fue expedido casi dos años después del análisis contable que realizó la perita. Allí se

²⁰³ Folio 313 cuaderno 2 de la defensa

²⁰⁴ Folios 339 a 361 del cuaderno 2 de la defensa.

puede apreciar claramente la relación detallada de los comprobantes de pago, números de factura, los valores y los pagos a encargados de materializar la publicidad.

(vii) Declaración de Anselmo Perdomo Leyva, funcionario de la contraloría departamental del Huila que fungió como testigo de la fiscalía, quien ante la siguiente pregunta de la fiscalía: *“también se refirió usted al análisis que se hizo sobre el porcentaje destinado a publicidad ¿qué análisis hizo al respecto”*, contestó: *“se tomaron cada uno de los contratos y se evaluó la, los recursos ejecutados en la publicidad por cada uno, de acuerdo al valor de cada contrato, esta información no la dio la Fábrica de Licores de Antioquía. Se hizo una evaluación y se pudo evidenciar que pues siempre (...) unos remanentes de valor de publicidad, sin embargo, de acuerdo al instructivo que tiene la Fábrica de Licores de Antioquía se establece, que no es con la introducción del licor al departamento para la venta, sino con el proceso de la venta del comercializador. En consecuencia, pues habían unos, había un licor que aún se encontraba en el mercado y, pues si bien no se habían ejecutado todos los recursos y si bien los contratos se habían ya terminado, aún existía licor en el mercado y, por tanto, pues no podíamos hablar de que existieran detrimentos, pues porque como se manifestaba ya, quedaban remanentes de licor en el mercado. Entonces, solamente, ahí se sugirió, se hicieron dos cosas, una, se sugirió que el departamento requiriera al distribuidor para que ejecutara los recursos de publicidad y, dos, se consideró que había una posible falta o una posible falla en la supervisión del contrato, valga la redundancia, por parte del supervisor asignado y pues de eso también se remitió copia a la Procuraduría para que evaluara si efectivamente se había, se presentaban deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones del supervisor.*

Tales afirmaciones dejan en claro que los recursos para publicidad, como lo preveían los contratos, surgían de la venta material del licor a los establecimientos de comercio, tenderos o consumidores, y que para cuando hizo el estudio constató

que quedaba un remanente en el mercado, razón por la cual no podía hablarse de la existencia de un detrimento patrimonial.

(viii) Listado de la facturación por inversión en publicidad aportado por la defensa y hace parte de los anexos al oficio 0166 de 10 de febrero de 2017, es decir, expedido casi dos años después del análisis contable que realizó la experta Yenny Martínez. Allí se puede apreciar claramente la relación de los comprobantes de pago, números de factura, los valores y los pagos a encargados de materializar la publicidad.

En dicho listado, sumando los valores de las facturas y beneficiarios respecto del contrato 069, la cifra total de inversiones en publicidad realmente ejecutadas es la misma obtenida por los funcionarios del CTI y que registraron en su informe, esto es \$271.563.600.00²⁰⁵; es decir que se habría ejecutado la totalidad de la inversión pactada. La diferencia entre este listado y el informe pericial consiste en que la funcionaria de policía judicial valoró solo la documentación aportada por la FLA y la secretaría de hacienda departamental en su momento, mas no reclamó el aporte de estas facturas de pago publicitario, las cuales tienen fecha de emisión anterior al año de elaboración del informe base de opinión pericial. De haberlas tenido a su alcance, muy seguramente el resultado final habría sido distinto al que ofreció, es decir, no hubiese encontrado ese faltante. Idéntica situación ocurre con el listado de facturas por pagos a proveedores de publicidad en lo referente al contrato 537, concuerda el total de la inversión con la cifra obtenida por la perita, sin que se determine ninguna clase de faltante.

²⁰⁵ Cuaderno de prueba documental de la defensa, folio 354, página 155 del pdf

Cabe señalar que este listado también ingresó oportuna y legalmente al juicio oral y, al igual que el oficio 089 de 31 de enero de 2011, no fue tachado de falso ni obra en el acervo probatorio prueba que lo desvirtúe.

En este orden de ideas, las pruebas antes relacionadas, valoradas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica permiten concluir a la Sala que en el presente caso no se configuró el tipo objetivo de peculado por apropiación a favor de terceros, toda vez que se demostró que no hubo apoderamiento de recursos de la gobernación del Huila por parte de la FLA ni por Licorsa. Por el contrario, lo que se demostró más allá de toda duda es que en los meses de junio, julio y agosto de 2012 Licorsa, como empresa comercializadora a cargo de la satisfacción de la aludida obligación²⁰⁶ invirtió una suma considerablemente mayor a la que le correspondía emplear en publicidad, en atención al número de unidades contratadas en el contrato 302, que era el que se encontraba en ejecución para ese periodo (esto es, 1.500.000), monto que sobrepasa el que presuntamente, según la fiscalía, se habría dejado de ejecutar (de \$211.191.895).

Téngase en cuenta, además, lo señalado por los testigos Héctor Galindo Yustres, María Fernanda Guevara Cadena, Carlos Eduardo Trujillo, Jorge López Pino, Fernando Restrepo, Luis Carlos Anaya Toro y Mauricio Ortiz, en el sentido que el negocio de los licores es estacional, es decir, tiene épocas de mayor consumo y otras de menor consumo y en el caso del aguardiente doble anís la época del año en la que más se

²⁰⁶ En cumplimiento de los contratos suscritos por ésta con la FLA.

consume y, por ende, se comercializa, es en los meses de junio y julio toda vez que en varios municipios del departamento del Huila se llevan a cabo las fiestas folklóricas de San Pedro, San Juan y otras regionales y patronales, por lo cual es en esta época en la que debe hacerse una mayor inversión en publicidad de la marca. Ello explica que Licorsa hubiera realizado una alta inversión en publicidad en el periodo comprendido entre mayo y agosto.

Corolario de lo expuesto, la Sala absolverá a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA de los cargos formulados como probable autora de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, dada la atipicidad objetiva.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Como quiera que cinco de las conductas ejecutadas por la acusada son típicas, antijurídicas y culpables, se prevé como consecuencia una sanción punitiva, que será individualizada atendiendo los baremos previstos en los artículos 60 y 61 del C.P.

Cumpliendo las reglas anteriores, la Sala entra a dosificar la pena para cada uno de los delitos, advirtiendo que en este evento se aplica el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 en atención a que los hechos acaecieron en el año 2012, esto es, cuando dicho ordenamiento ya había entrado en vigencia:

1. Interés indebido en la celebración de contratos

1.1 Pena de prisión

El artículo 409 CP, con el aumento punitivo de la Ley 890 de 2004, tiene dispuesta una pena de prisión de entre 64 y 216 meses. Acorde con ello, el ámbito de movilidad es de 152 meses²⁰⁷ y, los cuartos son: el primero oscila entre 64 y 102 meses; los dos cuartos medios entre 102 meses más un día y 178 meses; y el cuarto máximo entre 178 meses un día y 216 meses.

Circunstancias de mayor y menor punibilidad

(i) Es necesario aclarar que si bien la fiscalía señaló que frente a las “*conductas punibles*” concurre la circunstancia genérica de mayor punibilidad prevista en el numeral 1° del artículo 58 del Código Penal, alusiva a que la conducta punible recaiga sobre bienes o recursos destinados a la satisfacción de necesidades de una colectividad, porque según el artículo 336 Constitucional, las rentas obtenidas en ejercicio del monopolio rentístico de licores están destinadas preferencialmente a los servicios de salud y educación, la Sala entiende que se estaba refiriendo al delito de peculado por apropiación a favor de terceros que acababa de imputar a CIELO GONZÁLEZ VILLA y no a los demás delitos por los que fue acusada.

Por tanto, tal causal no podrá ser deducida en este caso para la tasación de la pena a imponer, habida cuenta que la aforada será absuelta de la presunta comisión del delito de peculado por apropiación a favor de la FLA, sumado a que la conducta de interés indebido en la celebración de contratos no

²⁰⁷ Cada cuarto es de 38 meses (152 dividido en 4).

recayó o afectó recursos públicos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad, es decir que en lo que respecta al comportamiento punible examinado no se configuró la causal mencionada por la fiscalía en el aparte final de la acusación.

(ii) En el escrito de acusación se manifestó que en este caso concurre la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 55, numeral 1° del C.P., relativa a la carencia de antecedentes penales, toda vez que no hay constancia en el expediente que los tenga. Por tanto, la Sala se la reconocerá a CIELO GONZÁLEZ VILLA.

En relación con el reconocimiento de esta causal de menor punibilidad, ha dicho la Sala de Casación Penal²⁰⁸ que la pretensión punitiva de sancionar en sus justos límites corresponde exclusivamente al Estado y, por tanto, es a éste a quien incumbe demostrar la existencia de los antecedentes para que produzcan efectos jurídicos, de tal manera que si no se prueban, como ocurre aquí en donde no hay evidencia de estos, debe asumirse que carece de ellos.

Como quiera que en este caso no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, en tanto que se reconoce la existencia de la de menor punibilidad señalada en el numeral 1° del artículo 55 del CP., la Sala se moverá en el cuarto mínimo, que oscila entre 64 y 102 meses.

Una vez ubicado el cuarto de movilidad en el que habrá de fijarse la pena, la Sala tendrá en cuenta las previsiones

²⁰⁸ CSJ. SP. Radicado 19970 de 27 de abril de 2005.

contenidas en el artículo 61, inciso 3, del Código Penal, esto es, el daño real irrogado a la administración pública con las conductas punibles, pues el departamento del Huila se vio afectado en su imagen, buen nombre y credibilidad; la máxima importancia del cargo que ocupaba la procesada, al fungir como la más alta dignataria del departamento; la gravedad de la ilicitud, pues ocasionó desconfianza en la sociedad huilense respecto al desempeño de la administración departamental; la intensidad del dolo que se considera alta, ya que ideó un plan criminal cuyo fin no era otro que el de impedir que distintas empresas que estaban en capacidad de prestar los servicios para la producción y comercialización del aguardiente doble añís, participaran en un proceso de licitación pública, permitiendo de este modo que la FLA obtuviera una ventaja por sobre las demás fábricas, a lo cual se suma que no era novel en el ejercicio de la función pública, puesto que ya antes había fungido como alcaldesa de Neiva y como diputada de la asamblea de ese ente territorial, luego era consciente de que éste era titular del monopolio de arbitrio rentístico de esa bebida y que su explotación debía ser concedida a terceros mediante licitación pública, de modo que para obviar la aplicación de esta modalidad en tres oportunidades y sin ningún motivo acudió a la de contratación directa. Así mismo, se tendrá en cuenta que en este caso la pena resulta necesaria, a fin de que comportamientos de esta naturaleza, que afectan de manera grave la administración pública, no queden impunes, dado el enorme perjuicio y pésimo mensaje enviado al conglomerado social.

Por no advertirse la concurrencia de circunstancias de mayor punibilidad y sí la de menor punibilidad prevista en el

numeral 1° del artículo 55 del Código Penal, como se dijo, la Sala se ubica en el primer cuarto de movilidad, que oscila entre 64 y 102 meses de prisión. Empero, teniendo en cuenta los parámetros expresados en el párrafo precedente, no impondrá el mínimo, es decir, de 64 meses, sino 68 meses de prisión equivalente a una proporción de 10.52% del rango de movilidad del respectivo primer cuarto como pena por uno solo de los delitos contra la administración pública.

1.2. Pena de multa

La prevista para el delito de interés indebido en la celebración de contratos es de 66.66 a 300 s.m.m.l.v., siendo el ámbito de movilidad 233.34²⁰⁹, en consecuencia, el primer cuarto va de 66.66 a 124.99; los medios de 125 a 241.66; y el máximo de 241.67 a 300 s.m.m.l.v.

Tomando en consideración las mismas razones tenidas en cuenta para fijar la pena de prisión, esto es, que la Sala se ubica en el primer cuarto de movilidad por concurrir la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 55-1 del Código Penal y ninguna de mayor punibilidad, así como la proporción impuesta para la pena de prisión (10.52%) y los motivos allí señalados²¹⁰, a los cuales se añade que, como lo alegó la defensa en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, en este caso no se irrogó perjuicio al erario público. Así mismo, aunque se desconoce la capacidad económica de la procesada, con la documentación allegada con el informe de arraigo se advierte que a la fecha tiene un contrato vigente con la sociedad Tovar

²⁰⁹ Cada cuarto es 58.33 s.m.m.l.v. (233.34 dividido en 4).

²¹⁰ A los que se remite la Sala.

Rojas Soluciones S.A.S., del cual deriva su sustento y el de su familia, lo que hace presumir la posibilidad de pagar la multa (artículo 39, numeral 3° del Código Penal).

En consecuencia, se tasa la de multa para un solo delito de interés indebido en la celebración de contratos en setenta y dos punto setenta y nueve (72.79) s.m.l.m.v., es decir, partimos del mínimo de 66.66 s.m.l.m.v. y se aumentan 6.13 s.m.l.m.v. que corresponden al 10.52% incrementado para la pena de prisión.

1.3 Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas del delito de interés indebido en la celebración de contratos

La pena de inhabilitación prevista como principal para el delito de interés indebido en la celebración de contratos es de 80 a 216 meses. El ámbito de movilidad total es de 136 meses y de 34 meses en cada cuarto²¹¹; el primer cuarto va de 80 a 114 meses; los dos cuartos medios de 114 meses más un día a 182; y el cuarto máximo de 182 meses más un día a 216 meses.

En este caso, aplicando los mismos parámetros tenidos en cuenta para tasar la pena privativa de la libertad, esto es, la inexistencia de circunstancias de agravación punitiva y la concurrencia de una de menor punibilidad –artículo 55-1 del Código Penal–, que ubica a la Sala en el primer cuarto de movilidad y atendiendo los motivos y proporción allí señalada (10.52%), que equivale a 3.57 meses más, se fija la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

²¹¹ Cada cuarto es de 34 meses (136 dividido en 4).

públicas en ochenta y tres punto cincuenta y siete (83.57) meses.

2. La falsedad ideológica en documento público

2.1 Pena de prisión

El artículo 286 del C.P. tiene prevista una pena de prisión de 64 a 144 meses; por tanto, el ámbito de movilidad total es de 80 meses y 20 meses en cada cuarto²¹² y los cuartos son: el primero va de 64 a 84 meses; los dos cuartos medios de 84 meses más un día a 124 meses; y el cuarto máximo de 124 meses y un día a 144 meses.

Circunstancias de mayor y de menor punibilidad

(i) Como se dijo anteriormente, la causal prevista en el artículo 58-1 del Código Penal no será deducida para la tasación de la pena a imponer por los delitos de falsedad ideológica en documento público, habida cuenta que dichas conductas no recayeron sobre recursos públicos destinados a la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad.

(ii) En el escrito de acusación se manifestó que en este caso concurre la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 55, numeral 1° del C.P., relativa a la carencia de antecedentes penales, toda vez que no obra en el expediente que los tenga. Por tanto, la Sala le reconocerá a CIELO GONZÁLEZ VILLA dicha circunstancia.

²¹² Cada cuarto es de 20 meses (80 dividido en 4).

Además de las razones expuestas al dosificar la pena de prisión para el delito de interés indebido en la celebración de contratos, a las cuales remite la Sala y teniendo en cuenta que para lograr sus objetivos de contratar a la FLA la acusada no tuvo ningún reparo en afectar la credibilidad que los ciudadanos del departamento del Huila, tampoco en este caso se impondrá el mínimo de 64 meses, sino que se aumentará en 10.52% del ámbito de movilidad del cuarto como se fijó para el anterior delito, es decir, 2.10 meses para un total de 66.10 meses de prisión.

2.2. Inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas

La pena de inhabilitación señalada para la falsedad ideológica en documento público es de 80 a 180 meses, por lo cual el ámbito de movilidad total es de 100 meses y de 25 meses en cada cuarto²¹³; el primer cuarto va de 80 a 105 meses; los dos cuartos medios de 105 meses más un día a 155 y el cuarto máximo de 155 meses más un día a 180 meses.

Aplicando los mismos parámetros tenidos en cuenta para tasar la pena privativa de la libertad, esto es, la inexistencia de circunstancias de agravación punitiva y la concurrencia de una de menor punibilidad –artículo 55-1 del Código Penal–, que ubica a la Sala en el primer cuarto de movilidad y atendiendo los mismos motivos, la pena principal de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un delito de falsedad ideológica en documento público es de ochenta y dos punto sesenta y tres (82.63) meses, es decir, 80 meses más

²¹³ Cada cuarto es de 25 meses (100 dividido en 4).

2.63 meses que corresponde a la proporción del 10,52% del rango de movilidad del cuarto respectivo.

2.3 Cabe recordar que el delito de falsedad ideológica en documento público no tiene prevista la pena de multa.

3. Del concurso de conductas punibles

El artículo 31 del Código Penal regula la figura jurídica del concurso material de conductas punibles, así:

“El que 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. (...).

“Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente” (...).

Sobre el particular sostuvo la Sala de Casación²¹⁴ que la confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, esta consideración no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador. La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, teniendo en cuenta como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

²¹⁴ CSJ SP-338-2019, rad. 47675.

Ese incremento “*hasta en otro tanto*” tiene límites, a saber: i) no puede superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, ii) la sanción definitiva no puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible en el caso concreto²¹⁵, iii) la prohibición de superar la pena los 60 años de prisión (artículo 31-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004), regla que no hay que confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilícito, que establece el artículo 37 del C.P. en 50 años (modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004²¹⁶), iv) *la no reformatio in peius* es otro límite en razón a que los errores en la tasación de la pena del factor “otro tanto”, no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional al resolver la apelación, la casación, o la doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o peticionario, como tampoco lo puede hacer el juez al resolver la redosificación por acumulación de penas o por aplicación del principio de favorabilidad.

Como es evidente que el delito de interés indebido en la celebración de contratos comporta el *quantum* punitivo más alto que el de la falsedad ideológica en documento público, será ese el que se tenga como punto de referencia.

3.1 Como se trata de un concurso homogéneo y sucesivo de tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso heterogéneo con dos delitos de falsedad ideológica en documento público, siguiendo los lineamientos

²¹⁵ Sistema de acumulación jurídica de las penas.

²¹⁶ Diferencias explicadas por la Corte en el radicado 41350 de 30 de abril de 2014, entre otras decisiones.

del artículo 31 del Código Penal, y las consideraciones antes expuestas, el incremento para la pena de prisión será de tres meses por cada una de las dos conductas de interés indebido en la celebración de contratos, es decir, se sumarán seis (6) meses más a este punible para un parcial de setenta y cuatro (74) meses de prisión. Como esos tres meses impuestos equivalen al 4.41% de 68 meses (*“hasta en otro tanto”*) de la pena de prisión para el interés indebido, en igual proporción se aumentará para cada uno de los delitos de falsedad tomando en cuenta la pena fijada para este, es decir, 4.41% de 66.10 meses, o sea 2.9 meses por cada delito de falsedad para un total de 5.8 meses más, por lo que se condenará a CIELO GONZÁLEZ VILLA, a un total de SETENTA Y NUEVE PUNTO OCHO (79.8) MESES DE PRISIÓN, equivalente a 79 meses y 24 días de prisión.

3.2. En lo que concierne a la multa, de acuerdo con lo preceptuado en el numeral 4° del artículo 39 del Código Penal, *«En caso de concurso de conductas punibles [...] las multas correspondientes a cada una de las infracciones **se sumarán**, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa»*, es decir, que para este caso no puede ser superior a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sumados los montos correspondientes a los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos por los que procede, la pena de multa es de setenta y dos punto setenta y nueve (72.79) salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2012, multiplicados por tres para un total de 218.37 s.m.l.m.v. correspondientes a ciento veintitrés millones setecientos

cincuenta mil doscientos setenta y nueve pesos
(\$123.750.279)²¹⁷.

Es preciso indicar que la multa se deberá consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho-fondo cuenta especial, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022.

3.3 Como quiera que se trata concurso de conductas punibles (tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos y dos de falsedad ideológica en documento público), la suma total de la inhabilidad de derechos y funciones públicas corresponde a 90.93 meses, deducidos de 83.57 meses del delito más grave, es decir, el interés indebido en la celebración de contratos más 3.68 meses por cada uno de los dos delitos de falsedad ideológica, derivados estos últimos del aumento en la misma proporción (4.41%) que se hizo por el concurso del delito más grave.

MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Tratándose de delitos cometidos contra la administración pública, el artículo 68A del Estatuto Punitivo (adicionado por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, modificado por los artículos 28 de la Ley 1153 de 2011 y 13 de la Ley 1474 del mismo año, todas vigentes para 2012), prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales como la suspensión

²¹⁷ El salario mínimo legal vigente para 2012, fijado por el gobierno nacional mediante el Decreto 4919 del 26 de diciembre, era \$566.700 (72,79 x 3= 218.37 x 566.700).

condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

En consecuencia, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no se hace merecedora a la concesión de ninguno de los subrogados penales antes mencionados, toda vez que será condenada por la comisión de tres delitos contra la administración pública (interés indebido en la celebración de contratos), por lo cual purgará la pena privativa de la libertad intramuros.

EJECUCIÓN DE LA PENA

Dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se halla detenido, el funcionario judicial podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar la sentencia formal. Pero si la detención es necesaria, el juez la ordenará y librerá inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Al examinar la constitucionalidad del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional en la sentencia C-342 de 24 de mayo de 2017, señaló que la expresión “*si la detención es necesaria*» se refiere «*a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal*” y no a los requisitos que se exigen para imponer medida de aseguramiento, porque dicha valoración corresponde a la etapa inicial del proceso y no a la condena, en

tanto que en el presupuesto del precepto en comentario el proceso ha llegado a la fase final con el anuncio del sentido del fallo.

En la sentencia de tutela de segunda instancia STP8591-2023, la Sala de Casación Penal mayoritaria reiteró la jurisprudencia relativa a que la privación de la libertad impuesta en el sentido del fallo o en la sentencia formal es la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de necesidad. Sobre el particular señaló:

“La Sala, armonizando la vigencia de la jurisprudencia constitucional con la norma en mención, precisó que la privación de la libertad impuesta en el anuncio del sentido del fallo o en la sentencia escrita es la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de necesidad. Para ilustrar esto, y es importante destacarlo, en el auto CSJ AP853-2021, reafirmando lo dispuesto en el proveído CSJ AP4711-2017, señaló:

‘A propósito del alcance dado a los artículos 299 y 450 de la Ley 906 de 2004, se impone recordar lo ya explicado por la Sala en el sentido que, una vez anunciado el sentido del fallo o proferida la sentencia condenatoria de primera instancia, la privación de la libertad que surge en dichos estancos procesales no es una "medida cautelar" de detención preventiva, como lo asegura el procesado en el recurso de apelación que aquí se resuelve, sino la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de necesidad.

En CSJ AP4711-2017, 24 de jul. 2017, rad. 49734, la Corte precisó que en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo condenatorio, pues allí el juez debe hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, de ser necesario.’

Basta lo anterior para concluir, como es evidente, que la aprehensión de una persona que no se encuentra privada de la libertad al momento de anunciar un sentido condenatorio del fallo no responde a un imperativo inquebrantable, sino más bien a uno facultativo. Esto es, si el juez estima que la privación de la libertad es necesaria, tomará la decisión de dictar una orden de encarcelamiento en ese instante. Por el contrario, podría hacerlo en la sentencia escrita. En este último escenario, como atrás se dijo, el juez no sólo tiene la responsabilidad de imponer la pena, sino también de decidir sobre el estado de libertad del acusado, ponderando especialmente la posibilidad o la denegación de sustitutos y subrogados penales”.

En el caso concreto, para el momento en que se anunció sentido del fallo condenatorio, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no se encontraba bajo detención y la Sala consideró que

para entonces resultaba innecesario ordenar su captura, condición que se mantendría hasta que se dictara sentencia formal. Sin embargo, como nos encontramos en el estadio procesal al que refiere el inciso primero *in fine* del artículo 450 y ante la improcedencia de los mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena privativa de la libertad, se evidencia la necesidad de garantizar el cumplimiento de la sanción privativa de la libertad impuesta en el fallo, ordenando la captura inmediata.

Ahora, en la audiencia en la que se anunció el sentido del fallo, la defensa deprecó a la Corte que se le permita a la procesada continuar en libertad hasta que la Sala de Casación Penal se pronuncie sobre el recurso de apelación que interpondrá contra la decisión, petición a la cual la Sala no accederá, por las razones antes expuestas de necesidad de privación de libertad inmediata para cumplir la pena, a las cuales se agregan las siguientes:

(i) Ha sido pacífica la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que la situación de libertad del procesado puede mantenerse hasta que se emita la sentencia formal, de modo que a partir de ese momento debe hacerse efectiva la privación de la libertad para que el procesado empiece a cumplir la pena, como lo dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, de concluirse que la misma es necesaria, como aquí se demostró, atendiendo los criterios de dosificación de la pena tenidos en cuenta, y porque no se hace acreedora a la condena de ejecución condicional, ni a la prisión domiciliaria.

Por lo demás, en el fallo de tutela de segundo grado STP4081-2022, radicado N° 122645, invocado por la defensa para sustentar la petición, la Sala de Casación no cambió su postura, toda vez que allí resolvió una situación diversa a la que ahora ocupa la atención de la Sala, si se tiene en cuenta que en ese particular caso al emitir la sentencia de condena el juzgador de primera instancia se abstuvo de ordenar la captura del procesado y con posterioridad, desconociendo su propio fallo, de manera intempestiva ordenó librar la orden de captura en su contra, por lo cual en la decisión en comento la Corte protegió los principios de confianza legítima e intangibilidad de las sentencias proferidas por los jueces de la República, no siendo este el caso, por lo que no puede entenderse que esta decisión constituya un precedente llamado a ser aplicado en el presente asunto.

(ii) Los argumentos expuestos por la defensa para demandar a la Corte la aplicación de la excepción a la regla general (consistente en no librar la orden de captura una vez se profiera el fallo), no son suficientes para atender de manera favorable la petición.

- La referente a que en el sentido del fallo no se evidencia que la Sala hubiese concluido que la actuación reprochada a GONZÁLEZ VILLA hubiese sido de una afectación social relevante, cabe precisar que éste no puede ser considerado como una situación especialísima que conlleve a impedir que la procesada empiece a descontar la pena que le fue impuesta por la Sala mayoritaria, sino un elemento que fue tenido en cuenta al momento de dosificarla, pues nótese que al tasar las diferentes sanciones (prisión, multa e inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas) no se partió del límite máximo del primer cuarto, sino de sanciones cercanas a la pena mínima legalmente establecida.

- Contrario a lo argüido por la defensa, en este caso la sentencia de condena, respecto de la cual no hubo unanimidad, se profirió en los términos del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, esto es, por una Sala mayoritaria, y al ser condenatoria es evidente que se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia que amparaba a la procesada por mandato del artículo 29 superior, independientemente de que uno de los Magistrados que la integran haya salvado parcialmente su voto en lo que respecta a dicha determinación.

En consecuencia, no asiste razón al peticionario cuando aduce que el mencionado axioma se mantiene intacto, cuando lo cierto es que la Sala mayoritaria emitió un fallo de condena en lo que concierne a cinco de los quince delitos que le fueron imputados a la ex gobernadora, decisión que debe empezar a cumplirse aún si se interponen recursos contra ella.

- El comportamiento asumido por CIELO GONZÁLEZ VILLA en el transcurso del juicio fue lo que permitió que continuara en libertad hasta el momento en que se profiriera el fallo formal, pero no es motivo atendible para no librar orden de captura en su contra a fin de hacer efectiva la pena que le ha sido impuesta.

Finalmente, examinada la documentación aportada por el defensor de confianza, advierte la Sala que en la misma se hace

mención a que la señora CIELO GONZÁLEZ VILLA es madre cabeza de familia de dos menores de edad y que presta sus servicios profesionales como abogada a una sociedad, lo cual constituiría argumento para solicitar la prisión domiciliaria en el evento en que se demostrara también que el padre de los niños está en la imposibilidad absoluta de asumir su crianza, cuidado y manutención. Empero, en este asunto el apoderado de la procesada fue claro en manifestar que no impetraba petición en tal sentido.

Así mismo, la aludida documentación no permite concluir a la Sala que la procesada se encuentra en una especialísima circunstancia que conlleve a prolongarle su situación de libertad hasta que se emita el pronunciamiento de la segunda instancia. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad ordenada es consecuencia del cumplimiento de la sentencia de condena, de modo que acceder a la petición de la defensa entrañaría la vulneración del principio de igualdad, por cuanto muchas personas condenadas se encuentran en la misma situación que ella (son madres y padres de menores de edad), de modo que la Sala no encuentra argumento para acudir a la regla excepcional.

De otra parte, si bien en el proceso no obra información sobre la existencia de otras penas impuestas por otros despachos judiciales a CIELO GONZÁLEZ VILLA, revisada la base de datos de la Rama Judicial, de carácter público, se constató que se encuentra privada de la libertad en su domicilio cumpliendo la pena impuesta por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva por sentencia de 21 de octubre de 2021, dicho fallo fue confirmado íntegramente por el Tribunal

Superior de la misma ciudad mediante sentencia de 14 de diciembre de 2022. En la actualidad de esa pena está a cargo del Juzgado 19 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

En consecuencia, procede la Sala mayoritaria a examinar si CIELO GONZÁLEZ VILLA debe continuar en prisión domiciliaria o si, por el contrario, debe ser trasladada a un establecimiento carcelario para que se cumpla la pena privativa de la libertad intramural que le está siendo impuesta.

Disponen, en su orden, los artículos 3° y 4° de la Ley 599 de 2000, que la imposición de una pena responde a los principios de necesidad (entendido en el marco de la prevención y las funciones que la desarrollan), proporcionalidad y razonabilidad y cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado (estas dos últimas operan en el momento de ejecución de la pena de prisión).

Sobre el particular, en un caso similar al que ahora se estudia, la Sala de Casación Penal²¹⁸ reiteró la postura asumida en la sentencia STP2105-2017, de 17 de febrero de 2017, rad. 90258²¹⁹, al considerar que con el propósito de que se cumplan a cabalidad los fines de la pena privativa de la libertad impuesta mediante una nueva sentencia de condena; lo que no sería alcanzable en prisión domiciliaria que viene cumpliendo en el otro proceso ya culminado; en especial los de prevención general y prevención especial y con la finalidad de que dicha decisión “*se materialice*” y “*no sea burlada ni pierda*

²¹⁸ Sentencia STP3253-2021, de 21 de enero de 2021, rad. 112670

²¹⁹ En el mismo sentido confróntese auto de 20 de mayo de 2020, radicado 50288, emitido por la Sala Especial de esta Corporación.

sentido”, la misma debe ser ejecutada de inmediato por comportar “*una restricción más severa de la privación de la libertad*”.

Ello por cuanto “*no resulta viable soslayar*”²²⁰ que la Sala mayoritaria dictaminó que CIELO GONZÁLEZ VILLA es penalmente responsable de la comisión de tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos y dos delitos de falsedad ideológica en documento público y, por tanto, debe cumplir de manera intramural la sentencia que le fue impuesta en forma inmediata, independientemente de que “*por razones propias de la dinámica procesal un expediente se tramite más rápidamente que otro u otros que se adelanten concomitantemente (...) con exclusión fatal de las incidencias presentadas al respecto en las demás actuaciones*”. Así, expresamente en el proveído en comento señaló la Corporación:

“Tal entendimiento no es el que propicia la ley. Si se inicia otro proceso y allí se adopta una decisión que restringe más severamente su libertad, es claro que será esta última la llamada a aplicarse con preferencia a las medidas de menor entidad, salvo si ella decae con posterioridad, porque, como se dijo, en la actualidad existe una sentencia judicial condenatoria que es inviable obviarse, comoquiera que no puede esquivarse ni diferirse en el tiempo. (CSJ STP STP2105-2017, 16 feb. 2017, radicación 90258) (...).

Recuérdese que el derecho penal en un Estado Social y Democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla para la verdadera defensa de los ciudadanos y de todas las personas residentes en el territorio nacional. Debe, por tanto, asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que el orden jurídico califica como dañinos para sus bienes jurídicos fundamentales, en la medida que los considera graves. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia 7 de diciembre de 1993).

Así, pues, un adecuado sistema de política criminal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de

²²⁰ Parafraseando lo dicho en la sentencia de tutela examinada.

*bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Síguese de ello, que la Constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, dado unos presupuestos de garantía de los derechos del procesado y del sindicado, una función de prevención general, sin perjuicio de prevención especial.*²²¹

La función de la pena debe examinarse en un momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones). Mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables. (Cfr. Corte Constitucional, sentencia 7 de diciembre de 1993)”.

Por lo antes considerado, la Sala dispone librar la orden de encarcelamiento de CIELO GONZÁLEZ VILLA y así mismo, oficiar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a efecto de que proceda con su reseña y la traslade al establecimiento penitenciario que designe para tal fin, teniendo en cuenta que los hechos por los cuales se le condena tienen relación con las funciones a su cargo como servidora pública. Infórmese de esta decisión al Juez 19 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que vigila el cumplimiento de la pena impuesta en el otro proceso.

Por lo tanto, se dispondrá librar de manera inmediata la correspondiente orden de encarcelamiento contra la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA, para que se haga efectiva la sentencia de condena.

Ahora bien, se itera, teniendo en cuenta que las disposiciones referidas a la privación de la libertad son de cumplimiento inmediato y que no resulta viable la concesión

²²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia 7 de diciembre de 1993.

de ningún subrogado, emerge forzosa la ejecución inmediata de la sentencia, razón por la que se dispone que una vez se haga efectiva la orden de encarcelamiento la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA sea puesta a disposición del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a efecto que proceda con su reseña e inicie el cumplimiento de la sanción en el establecimiento penitenciario que designe para tal fin.

OTRAS DETERMINACIONES

1. En los términos fijados por el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, es potestativo de la víctima, del fiscal o del ministerio público promover el incidente de reparación integral.

2. En firme la decisión, por secretaría se enviarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia (artículo 166 y 462 del citado estatuto adjetivo) y se remitirá la actuación seguida en contra de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la vigilancia de esta condena.

3. Se ordenará la compulsación de copias para ante la Fiscalía General de la Nación:

3.1. Contra el exgobernador encargado del Huila EULOGIO DURÁN RODRÍGUEZ, para que se le investigue por la posible conducta ilícita en la que habría incurrido al celebrar con la gobernación de Antioquia -FLA- el contrato de concesión No. 581 de 31 de octubre de 2009, para la producción,

comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís, en el marco del monopolio de arbitrio rentístico, para lo cual acudió a la misma modalidad de contratación utilizada por la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA, esto es, mediante contratación directa y sin tramitar la respectiva licitación pública.

3.2. Contra el exgobernador del Huila LUIS JORGE PAJARITO SÁNCHEZ GARCÍA, para que se le investigue por las posibles conductas ilícitas en las que habría incurrido al celebrar con la gobernación de Antioquia -FLA- los contratos de concesión 1259 de 2009, 413 y 466 de 2010, 341 y 1056 de 27 de diciembre de 2011, todos ellos para la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís, en el marco del monopolio de arbitrio rentístico, para lo cual acudió a la modalidad de contratación directa sin tramitar la respectiva licitación pública, de la misma manera que lo hizo la encausada CIELO GONZÁLEZ VILLA.

3.3. Contra LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA ex gobernador del Huila encargado en el año 2013, para que se le investigue por presuntamente haber celebrado contratos de concesión con la FLA para la producción, comercialización, venta y distribución del aguardiente doble anís en el marco del monopolio de arbitrio rentístico, bajo la modalidad de contratación directa y, por ende, sin adelantar el respectivo proceso de licitación pública, de la misma manera en que lo hizo la aquí procesada.

3.4. Contra los siguientes funcionarios de la gobernación del Huila que intervinieron en la fase precontractual de los contratos 069, 302 y 537 de 2012, así:

- Aura Jadey Castañeda Tovar, quien como secretaria de hacienda firmó el formato de estudios previos No. 095 de 7 de febrero de 2012.

- Carlos Eduardo Trujillo, el cual, actuando como secretario de hacienda suscribió los estudios previos números 498 de 4 de mayo y 791 de 23 de agosto, ambos de 2012.

- José Nelson Polanía Tamayo, quien como director del departamento administrativo de contratación signó, junto con la procesada, los estudios previos números 498 de 4 de mayo y 791 de 23 de agosto, ambos de 2012, así como las resoluciones de justificación números 003 de 14 de febrero, 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto, todas de 2012.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER a la doctora **CIELO GONZÁLEZ VILLA**, exgobernadora del departamento del Huila, de condiciones civiles y personales referidas en este fallo, de ocho cargos de falsedad ideológica en documento público y dos cargos de peculado por apropiación a favor de terceros, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR a la doctora **CIELO GONZÁLEZ VILLA**, exgobernadora del departamento del Huila, de condiciones civiles y personales referidas en esta decisión, como autora responsable de tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con dos delitos de falsedad ideológica en documento público, por los cuales fue acusada por la Fiscalía General de la Nación, según lo argumentado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la doctora **CIELO GONZÁLEZ VILLA** a las penas principales setenta y nueve punto ocho (79.8) meses de prisión²²², multa de doscientos dieciocho punto treinta y siete (218.37) s.m.l.m.v. para la época de los hechos y noventa punto noventa y tres (90.93) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

CUARTO: DECLARAR que **NO** es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la sustitución de la pena privativa de la libertad por la prisión domiciliaria.

QUINTO: Líbrese orden de encarcelación, de acuerdo con lo aquí considerado, e **infórmese** de esta decisión al Juez 19 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que vigila el cumplimiento de la pena impuesta en el otro proceso.

²²² Equivalente a setenta y nueve (79) meses y veinticuatro (24) días de prisión.

SEXTO: Oficiar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- para que proceda con la reseña de CIELO GONZÁLEZ VILLA y la traslade de inmediato de su residencia, en donde en la actualidad purga una sentencia de condena en prisión domiciliaria, a un establecimiento penitenciario, teniendo en cuenta que los hechos por los cuales ha sido condenada fueron cometidos en su condición de servidora pública.

SÉPTIMO: COMUNICAR esta decisión al Ministerio de Justicia y del Derecho, para efecto del recaudo de la multa impuesta.

OCTAVO: REMITIR la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad – reparto-, para lo de su cargo.

NOVENO: REMITIR por Secretaría las copias del fallo a las autoridades que alude el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

DÉCIMO: ENVIAR a la Fiscalía General de la Nación copia de las piezas procesales indicadas en el acápite de otras decisiones.

DÉCIMO PRIMERO: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado
SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2024



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

Radicación N° 47179

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Luego del intenso y enriquecedor debate que originó mi ponencia inicial en este caso, desde luego, dentro de un marcado respeto entre los colegas por las posturas de cada uno y además haciendo gala del ejercicio democrático que inspira la función de la Sala, en vista que los argumentos de la decisión mayoritaria no logran persuadirme para adherir a ellos, pues, considero que mi propuesta de absolución integral es la más adecuada para la resolución definitiva del caso, procedo a exponer los argumentos que soportan mi desacuerdo:

De los delitos de interés indebido en la celebración de contratos:

La Sala Mayoritaria expone acerca de la imposibilidad de condenar por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque esto afectaría el principio de congruencia si se tiene en cuenta que la Fiscalía no presentó elementos fácticos que lo permitieran, además, los hechos jurídicamente relevantes contienen mayor riqueza descriptiva para adecuarlos en un interés indebido en la celebración de contratos.

La primera inquietud que me surge es:

¿Cuál la necesidad de hacer tal afirmación, si precisamente la acusación fue por la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos?

A pesar del esfuerzo de la Sala Mayoritaria por hacer notar el respeto que se debe al principio de congruencia, lo cierto es que se afectó al valorar el caso, en la medida que optó por estructurar la tipicidad en el delito acusado con argumentos propios de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, creando bases factuales que la Fiscalía no involucró en los hechos jurídicamente relevantes como la exigencia de una **licitación pública**.

La afectación a dicho principio se aprecia con mayor claridad cuando, en seis párrafos¹ del fallo de condena, se destruye la base fáctica que la Fiscalía expresó para realizar su juicio de adecuación típica en el delito de interés indebido en la celebración de contratos. Por su puesto que comparto el contenido de esos seis párrafos, por cuanto no solo se asemejan a mi tesis de absolucón, sino que además la fortalecen.

No comparto es el distanciamiento de la base fáctica de la acusación para plantear una propia, como cimentar la tipicidad en la no realización de licitación pública para celebrar los tres contratos y un presunto fraccionamiento en los dos últimos.

Considero oportuno citar textualmente los mencionados párrafos:

“...Sin embargo, no comparte la Sala lo referente a que en los estudios previos no se hizo referencia al presupuesto para la contratación; ni a la cuantificación de los aportes de cada parte; ni a las condiciones que se exigirían al proponente; ni a los criterios de evaluación habilitantes que debieran ser

¹ Páginas 142 a 144 de la sentencia.

cumplidos por los oferentes frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad, pese a haber suscrito contratos de concesión, como lo alega la fiscalía.

Lo anterior por cuanto en cada uno de los estudios previos números 0095, 498 y 791 (elaborados con el mismo formato y cuyo contenido en muchos aspectos es casi idéntico), desde el preámbulo y a lo largo de los mismos de manera clara y expresa la gobernación de Huila manifestó que no aplicaba el ítem de “presupuesto asignado”, “teniendo en cuenta que este proceso tiene por objeto la contratación para la producción, comercialización, distribución y venta a todo costo de (...) unidades de Aguardiente Doble Anís de 30 grados alcoholimétricos, en presentación de 375 ml, que no genera para el departamento erogación presupuestal alguna”, aserción que encuentra asiento en la realidad contractual, dado que el bien que habría de aportar el departamento del Huila a la fábrica contratista² a través de su experto, era la receta para la elaboración del aguardiente doble anís, junto con la autorización ante las autoridades competentes para el uso y la explotación de la marca, con el fin de obtener recursos que reportarían utilidades para ambas partes³.

Por lo demás, la fiscalía no introdujo al proceso el presupuesto del departamento del Huila para demostrar si el valor de este bien, en principio intangible, figura en alguno de sus rubros, como para que la endilgada tuviera la obligación de mencionarlo en los estudios analizados como parte del

² Cualquiera que fuese.

³ Recuérdese que se trataba de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y sinalagmático, en los términos de los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil.

presupuesto a comprometer con la celebración de los contratos.

Otro tanto ocurre con la presunta ausencia de la cuantificación de los aportes -aspecto íntimamente relacionado con el anterior-, habida consideración que, como se señaló en el texto de los estudios previos, la producción, comercialización, distribución y venta del plurimencionado aguardiente no generaba para el departamento del Huila ninguna erogación presupuestal que debiera ser cuantificada -dada la naturaleza del bien a concesionar, esto es, el uso de una marca-, mientras que era la fábrica contratada la que debía asumir por su cuenta y riesgo todos los costos de producción y comercialización de la bebida alcohólica a cambio de percibir una utilidad, luego a ésta correspondía hacer sus propios análisis para determinar si la firma de los contratos le convenía o no, examen que, por ende, no debía figurar en los estudios previos de la gobernación del Huila sino en los de la gobernación de Antioquia.

*Tampoco acertó el ente persecutor al sostener que los estudios previos no contienen las condiciones que se exigirían al proponente, cuando allí se habla de las condiciones económicas del nuevo contrato, de la obligación de hacer un aporte publicitario del 4% sobre el valor del precio oficial y en el acápite denominado “CONDICIONES TÉCNICAS DEL OFERENTE” se dejó expresamente plasmado que la gobernación les demandaba contar con el “**REGISTRO SANITARIO** vigente que lo autorice para la producción, distribución del Aguardiente Doble Anís, expedidas (sic) por el INVIMA, con una vigencia establecida igual o superior a la*

duración del contrato”; “contar con maquinaria propia para realizar la producción objeto del contrato” y “acreditar una experiencia igual o superior a cinco (5) años en la producción, distribución de Aguardientes, de mínimo dos millones de unidades convertidas a 375 cc”, entre otros requisitos.

Finalmente, en cuanto a los criterios de evaluación habilitantes que debían ser cumplidos por el contratista, la gobernación del Huila los señaló de manera expresa, al aludir a la capacidad financiera, la experiencia específica (la cual, acota la Sala, como lo indicó la contraloría departamental del Huila en el oficio 378 de 5 de junio de 2012⁴, puede establecerse a partir de la “experticia y el recorrido que el contratista demuestre en la ejecución de contratos con objeto idéntico o similar”), las condiciones económicas y contractuales y precisó que por tratarse de contratos “interadministrativos” en los cuales la contraparte era una entidad pública, no era necesario que la misma se encontrara inscrita en el registro único de proponentes -RUP-.”

En cuanto al fraccionamiento del contrato, se dice:

“...Ese fraccionamiento al que alude la fiscalía al relatar los hechos jurídicamente relevantes constituye una prueba irrefutable del manifiesto interés indebido que tenía la encausada para celebrar los contratos de concesión con la FLA...”

El fraccionamiento de contratos también corresponde a un argumento para sostener el delito de contrato sin cumplimiento

⁴ Folios 82 a 103 del cuaderno de pruebas de la fiscalía.
Página 5 de 78

de requisitos legales que la Fiscalía jamás insinuó en los hechos de la acusación. Por manera que, este aserto surge de una interpretación personal de la Sala Mayoritaria respecto de los hechos que el ente acusador se comprometió a probar.

Otro aspecto que considero relevante hacer notar, consiste en que, así como la Corte ha sostenido que para el delito de peculado por apropiación a favor de terceros éstos deben ser particulares⁵, similar conclusión debe aplicarse en el análisis dogmático del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

En efecto, la Sala Mayoritaria concluye que no hay prueba que demuestre que la acusada obró en provecho propio, por lo que se ocupó solo en sostener que fue en favor de un tercero. Y ese tercero no es otro más que la FLA⁶, una empresa pública cuya finalidad, al igual que la de la acusada, es la de garantizar y proteger el interés general. Me pregunto:

¿es posible tener a la FLA como un **tercero**?

¿la FLA obtuvo **provecho** delictivo en la celebración de los contratos?

Mi respuesta es absolutamente negativa, pues, tanto la Gobernación de Antioquia como la del Huila, deben cumplir los fines del Estado, entre ellos, la garantía de preservar el interés general y la contratación llevaba consigo la materialización de sus deberes, que corresponden a obtener recursos para los Antioqueños y Huilense. Por lo tanto, no fue indebido el interés, de contera, la FLA no es un tercero favorecido y como tal, se trata de una entidad de derecho público que participó lícitamente en un negocio jurídico propio de su objeto social.

⁵ SP20262 de 2017 CSJ

⁶ Página 179 de la sentencia

A mi juicio los terceros favorecidos fueron los huilenses, quienes no vieron menoscabados los ingresos para sostener servicios de salud y de educación mediante el recaudo de dineros producto de los contratos en que se fundamenta el fallo de condena.

Así mismo, lo que en este caso ocurrió, es que se celebraron **contratos interadministrativos** y respecto de ellos, la ley y la jurisprudencia han sostenido que admiten la contratación directa que en el presente caso era jurídicamente viable para el momento de los hechos en vista que para ese entonces, aún no existía ley que regulara la contratación en materia de monopolio de licores.

En síntesis, la Sala Mayoritaria incurrió en una contradicción al indicar inicialmente que se afectaba el principio de congruencia si se llegara a condenar por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales porque la Fiscalía no consideró fácticamente sus elementos estructurales, pero, en últimas, se condena a la acusada con argumentos propios de dicha conducta punible.

De los delitos de falsedad ideológica en documento público:

En lo que tiene que ver con la condena por los dos delitos de falsedad ideológica en documento público respecto de las resoluciones 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto de 2012, la Sala Mayoritaria afirma que la mendacidad en estos documentos corresponde a:

- i)** Que en dichas resoluciones se dice haberse librado invitaciones para cotizar la producción del aguardiente en el mes de enero de 2012, lo cual es considerado falso porque las misivas de ese mes de enero se enviaron para

la creación del contrato 069, no para los numerados 302 y 537 que son los que se justifican con las aludidas resoluciones 039 y 213.

- ii)** Que en las resoluciones 039 y 213 se indica haberse enviado invitaciones en abril, las cuales no existieron, solo aparecieron unas en el mes de marzo de 2012.

Nuevamente se afecta parcialmente el principio de congruencia, en lo que tiene que ver con lo dicho en el numeral **i)**, si se tiene en cuenta que la Fiscalía jamás propuso como hipótesis fáctica de falsedad, que las invitaciones de enero constituían un acto de falsedad ideológica por corresponder al contrato 069, se trata de una construcción oficiosa del fallo de condena.

En efecto, en cuanto a estas dos resoluciones (039 y 213), la Fiscalía propuso cuatro componentes fácticos en que se consideraba la existencia del delito de falsedad ideológica en documento público:

1. Se omitió hacer referencia en los referidos actos administrativos al presupuesto para la contratación.

Respecto de este punto la Sala Mayoritaria se refirió contra de la tesis de la Fiscalía en los seis párrafos que cité textualmente, pues, esto no era necesario en la medida que la FLA asumió a todo costo el objeto contractual, de donde queda desvirtuada cualquier mendacidad que se quiera atribuir en este aspecto.

2. Las condiciones que se exigían para el proponente.

Al respecto, no se dice nada en el fallo de condena pese a que en mi ponencia inicial hice referencia a que esta

exigencia es propia de un proceso licitatorio y no dentro de una contratación directa.

3. Se omitió explicar por qué no se continuó con la licitación iniciada en el año 2011.

Esta supuesta omisión la usó la Fiscalía también para estructurar falsedad ideológica en la Resolución 03 de 14 de febrero de 2012 que precedió el contrato 069 del mismo año para indicar que de ella derivaba igualmente una falsedad ideológica en documento público. Sin embargo, mi propuesta de absolución respecto de este acto administrativo fue aprobada unánimemente.

Se contradice entonces la Sala Mayoritaria al condenar en cuanto a las resoluciones 039 y 213, cuando estaban en las mismas condiciones que propuso la fiscalía para estructurar los delitos de falsedad ideológica en documento público. Dijo la Fiscalía:

*“...Las resoluciones **N° 003** del 14 de febrero, **0039** del 7 de mayo y **0213** del 24 de agosto de 2012, por medio de las cuales se justificó el haber acudido a la contratación directa para los contratos interadministrativos de concesión 0069, 0302 y 0537 de 2012, elaboradas en la ciudad de Neiva, suscritas por la entonces Gobernadora Cielo González, **no hicieron referencia al presupuesto para la contratación, ni a las condiciones que se exigirían al proponente**, tal como lo ordenaba el art. 77 del decreto 2474 de 2008, que regía la suscripción del contrato interadministrativo 0069, y el art. 3.4.1.1. del decreto 734 de 2012, que regulaba la materia frente a los contratos interadministrativos 0302 y 0537 de 2012.*”

En las resoluciones N° 003 del 14 de febrero, 0039 del 7 de mayo y 0213 del 24 de agosto de 2012, por medio de las cuales se justificó el haber acudido a la contratación directa para los contratos interadministrativos de concesión 0069, 0302 y 0537 de 2012, elaboradas en la ciudad de Neiva, suscritas por la entonces Gobernadora Cielo González, se omitió hacer mención a los motivos por los cuales no se avanzó en el trámite de la licitación pública No. SHLPCO 015-2011 la cual se encontraba en etapa de pre pliegos desde el 7 de octubre de 2011...”

4. Se mencionó en las pluricitadas resoluciones 039 y 203 que en los meses de enero y abril se hicieron invitaciones para emitir cotizaciones en la producción del aguardiente a las licoreras de Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle, pero la invitación de abril no existe.

Es en lo único que se diferencian las resoluciones 039 y 203 de la 003 y además lo que resulta parcialmente congruente entre la decisión mayoritaria y la postulación de la Fiscalía.

Parcialmente porque la acusada nunca pudo defenderse de lo que hoy propone la decisión mayoritaria, esto es, que se estructura el delito de falsedad ideológica en documento público en las resoluciones 039 y 213 por haberse mencionado en ellas las invitaciones a cotizar que se enviaron en febrero de 2012 por pertenecer a la resolución que dio origen al primer contrato y no a los dos últimos, lo cual no fue postulado en la acusación.

No obstante, como pasaré a explicar, disiento de la conclusión de condena por tales aspectos:

En efecto, de lo dicho en la sentencia de condena, en primer lugar, se admite que se emitieron invitaciones a cotizar la maquila del aguardiente Doble Anís en el mes de enero.

En segundo lugar, que esas invitaciones fueron enviadas a las cuatro licoreras más importantes del país (todas de derecho público).

En tercer lugar, que en el mes de marzo se enviaron invitaciones a las mismas licoreras para que cotizaran producción de Aguardiente Doble Anís por un período de 10 años.

Hasta aquí, la Sala Mayoritaria reconoce que no es mentira ninguno de tales asertos. La mendacidad la asume porque la invitación de enero fue para un contrato independiente del 302 y 537, lo cual, como lo precisé, desconoce el principio de congruencia, dado que esta no fue una de las hipótesis delictivas planteada por la Fiscalía. Corresponde a una conclusión del conocimiento privado de los falladores.

Si fuera admisible la valoración probatoria con íntima convicción, la lectura pausada de las dos resoluciones, puede llevar a conclusión distinta, como afirmar que el departamento del Huila lo que pretendía era mostrar que desde enero de 2012 se pidieron cotizaciones a las mismas cuatro compañías licoreras y que la FLA revelaba mejores condiciones para satisfacer la necesidad del ente territorial. Es decir, la invitación del mes de enero no fue fundamento de la contratación 302 y 537, se citó como antecedente para justificar las razones de escoger a la FLA.

El segundo aspecto que la Sala Mayoritaria considera mendaz, consiste en que no es cierto que se hayan enviado invitaciones en el mes de abril a las cuatro licoreras para realizar cotizaciones, pues, solo aparecen unas del mes de marzo

proponiendo una proyección de producción, comercialización y venta por 10 años del aguardiente Doble Anís, luego, para los falladores, estas cotizaciones no tenían el propósito de los contratos 302 y 537 que fueron por periodos cortos.

Es decir, en criterio de la mayoría, no existen las invitaciones de abril porque no fueron aportadas a la actuación, pues, recuérdese que la Fiscalía jamás cuestionó su existencia más allá de la interpretación que le dio al contenido de las resoluciones.

En mi ponencia inicial expliqué acerca de la existencia de misivas adicionales en el mes de abril de 2012 a partir de las respuestas a las solicitudes de cotización de marzo, que de haber ocurrido las cosas como lo comprendió la Sala Mayoritaria, éstas habrían sido extemporáneas frente al plazo que otorgó el departamento en las invitaciones del mes de marzo como lo explicaré más adelante y, de otro lado, una de las respuestas que cité, la de la Licorera del Cauca, dejan en claro que en el mes de abril se hicieron unas adiciones a las solicitudes de marzo:

*«...en atención a su escrito **calendado 19 de abril de 2012**, con radicación DAC078 mediante el cual ustedes aclaran que la invitación a cotizar enviada en días pasados no se efectúa dentro de un procedimiento formal de contratación, sino que es requerida por ustedes para la elaboración de los estudios previos...»⁷*

Si la Fiscalía contaba con dicho documento, se encontraba en el deber de verificar qué contenía esa misiva del 19 de abril de 2012, auscultar por qué se mencionó invitación de ese mes, en fin; NO obstante haber omitido la verificación aludida, no reparó en realizar afirmaciones indefinidas como la inexistencia del documento del mes de abril simplemente porque no estaban en

⁷ Cuaderno soportes de estipulaciones, folio 113

su carpeta de investigación, generando una inversión en la carga de la prueba para que fuera la defensa quien la aportara. A pesar de esto, tal planteamiento de la Fiscalía hizo eco en la Sala Mayoritaria al punto que la llevó, en mi parecer, a construir aquello que se conoce como un falso juicio de existencia por suposición.

No obstante, la Sala Mayoritaria afirma que “...en los contratos 302 y 537 no se hicieron invitaciones a contratar...”, con lo cual incurrió en errónea aplicación de las reglas de la sana crítica y la valoración de la prueba en conjunto, en el entendido que como la misma mayoría lo refiere, en el mes de marzo se hicieron unas invitaciones para cotizar la producción para un período de 10 años, luego, la inferencia lógica consiste en que, si tres de las licoreras cotizaron precios e hicieron ofertas por el uso de la marca para ese tiempo, las mismas servían de base para construir contratos por periodos más cortos.

En ese orden de ideas, mantengo mi postura de absolución a favor de CIELO GONZÁLEZ VILLA por todos los cargos a ella atribuidos en este caso, en particular, respecto de las conclusiones de la Sala Mayoritaria en la medida que las resoluciones por las cuales se emite sentencia de condena, no contienen afirmaciones falsas y que los delitos de interés indebido en la celebración de contratos no fueron debidamente probados, por el contrario, es clara y diversa la prueba que demuestra la existencia de unos contratos interadministrativos que por su naturaleza, no era imperativa la licitación pública como medio para su creación.

Lo anterior constituye la base principal de mi oposición al fallo de condena, la cual profundizaré en el salvamento parcial de voto definitivo que acompañará la sentencia e igualmente, me reservo

el derecho de adicionar, para entonces, los argumentos que puedan surgir para fortalecer los ya expuestos.

A continuación, explicaré de manera más detallada las razones que me llevaron a proponer absolución ante la Sala y que ahora se convierten en argumentos para salvar mi voto:

1. DE LA ACUSACIÓN

Conforme se expuso en el escrito de acusación, para el año 2011, El Departamento del Huila dio inicio al trámite de la Licitación Pública N° SHLPCO 015-2011 a través de la etapa de prepliegos de fecha 7 de octubre de la misma anualidad, con el objeto de seleccionar una fábrica de licores para celebrar contrato de concesión respecto de *“producción, distribución, comercialización y venta del Aguardiente Doble Anís”*.

En el año 2012, una vez la ciudadana **CIELO GONZALÉZ VILLA** toma posesión como Gobernadora del Departamento del Huila, para el cual fue elegida por el periodo comprendido de 2012-2015, decidió no dar continuidad al trámite de la licitación pública aludida.

No obstante, para continuar con el objeto de la cancelada licitación, la representante del ente territorial, bajo la modalidad de contratación directa, extendió invitación a varias licoreras departamentales cuyo resultado fue la creación del vínculo con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, mediante la celebración de tres (03) contratos con el objeto de realizar la *“producción, distribución, comercialización y venta de*

Aguardiente Doble Anís con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia -FLA-” discriminados de la siguiente manera:

- Contrato interadministrativo de concesión 0069 del 14 de febrero de 2012, con el objeto de *“la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de setecientas mil (700.000) unidades de Aguardiente Doble Anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml”*, duración de un (01) mes.
- El contrato interadministrativo de concesión 0302 del 10 de mayo de 2012, con el objeto de *“la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el Departamento del Huila de un millón quinientas mil (1'500.000) unidades de Aguardiente Doble Anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml”*, duración que se pactó hasta el 31 de octubre de 2012, y
- El contrato interadministrativo de concesión 0537 del 24 de agosto de 2012, con el objeto de *“la producción a todo costo con la maquinaria del concesionario, así como la distribución, comercialización y venta en el departamento del Huila de dos millones (2'000.000) de unidades de Aguardiente Doble Anís de 30° alcoholímetros, en presentación de 375 ml, o su equivalente en las otras presentaciones comerciales”*, duración que se pactó hasta el 31 de enero de 2013.

A juicio de la Fiscalía, la representante del ente territorial no contaba con la autorización vigente expedida por la

Asamblea Departamental del Huila, para celebrar los contratos referidos, en tanto que:

- La Ordenanza 06 del 10 de mayo de 1994, citada en los contratos interadministrativos N° 0069, 0302 y 0537 de 2012, perdió fuerza ejecutoria de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.
- La Ordenanza 079 del 22 de diciembre de 2005, invocada como sustento para suscribir los contratos precitados confería una autorización general al Gobernador del Huila para celebrar contratos, sin hacer referencia al monopolio de licores.
- la Ordenanza 003 de 2010, aludida en el contrato interadministrativo 0537 de 2012, autorizaba al representante del ente departamental para contratar solamente bajo la modalidad de concesión *“la producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís”* y no para celebrar contratos interadministrativos.

Indicó la Fiscalía que en los estudios previos correspondiente a los contratos interadministrativos precitados se incurrieron en varias omisiones y algunos comportamientos de ventaja, por los siguientes aspectos:

- No se plasmó un análisis de la opción más favorable para resolver la necesidad desde los puntos de vista técnico, jurídico y económico.

- No se establecieron criterios de verificación habilitantes que debieran ser cumplidos por los proponentes.
- No se hizo referencia a factores de comparación para determinar la oferta más favorable de acuerdo a las necesidades de la entidad, como tampoco a los valores agregados ni la cuantificación de los aportes de cada parte.
- Al incluirse como condición que el contratista debía contar con registro INVIMA para la producción y distribución del Aguardiente Doble Anís, la única fábrica que cumplía con las exigencias era la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia -FLA-, además de haber celebrado con anterioridad otros procesos contractuales con el Departamento.
- Inclusión de cláusulas que evidenciaron la intención y decisión que tenía la Gobernadora del Huila de suscribir los precitados contratos con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia -FLA-.
- Realización de reuniones previas entre los funcionarios de la Gobernación del ente territorial y la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia -FLA-, antes de la elaboración de los formatos de estudios previos que soportaron la celebración de los contratos mencionados.

Así mismo, el ente acusador enfatizó que en las resoluciones por medio de las cuales se justificó la modalidad

de selección al contratista, esto es, por contratación directa, se incurrió en las siguientes omisiones:

- No hicieron referencia al presupuesto para la contratación ni a las condiciones exigibles al proponente, según lo previsto por el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 3.4.1.1 del Decreto 734 de 2012.
- Falta de motivación en los argumentos por los cuales no se avanzó en el trámite de la licitación pública N° SHLPCO 015-2011, que se encontraba en la etapa de prepliegos desde el 7 de octubre de 2011.

Afirmó que la entonces Gobernadora del Huila tenía interés en contratar con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia -FLA-, según se refleja de las actuaciones precontractuales que se presentaron durante los trámites de los contratos 069, 0302 y 0537 de 2012.

Adujo además, que en los procesos contractuales de los contratos referidos fueron elaborados documentos públicos a través de los cuales se afirmaron hechos contrarios a la verdad, consignados en: los formatos de estudios previos, las resoluciones de justificación y en los contratos interadministrativos.

Finalmente indicó, que CIELO GONZÁLEZ VILLA, en su condición de Gobernadora del Huila, omitió verificar la supervisión relacionada con la inversión en aportes publicitarios respecto de los contratos 0069 y 0537 del 2012, establecida en un 4% del precio oficial de la venta, facilitando

a la Fábrica de Licores de Antioquia -FLA-, la apropiación de doscientos once millones ciento noventa y un mil ochocientos noventa y cinco pesos (\$211.191.895.00).

Con fundamento en estos hechos, la Fiscalía acusó formalmente a la Doctora **CIELO GONZÁLEZ VILLA** como autora de las siguientes conductas delictivas:

- Tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo y sucesivo de que trata el artículo 409 de la Ley 599 de 2000,
- Diez de falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo, prevista en el artículo 286 (*ibídem*),
- Dos de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo de que trata el artículo 397 (*ibídem*), modificado por la Ley 890 de 2004, incisos 1° y 2°.

Con la circunstancia genérica de menor punibilidad prevista en el artículo 55-1 (*ibídem*) relativa a la carencia de antecedentes penales y la circunstancia genérica de mayor punibilidad descrita en el artículo 58-1(*ibídem*) alusiva a ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a las actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

1.1. Del delito de interés indebido en la celebración

de contratos

Está consagrado en el artículo 409 del Código Penal con penas de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en algún tipo de contrato u operación. Textualmente, lo define en los siguientes términos:

«El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años».

La estructura formal del delito, se encuentra enmarcada en la verificación del **sujeto activo** cualificado jurídicamente, esto es, la de *servidor público*, quien dentro de sus competencias funcionales deba intervenir ya sea por razón de su cargo o de sus funciones.

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 123⁸ prevé quiénes son servidores públicos, recayendo esa condición en los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

⁸ **“ART. 123.-**Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Adicional a ello, también ha descrito la función que deben tener los servidores públicos, aclarando que deben estar al servicio del Estado y de la comunidad, para ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

Sobre el particular, resulta importante resaltar lo previsto en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, toda vez que hace alusión al interés por el cual debe propender el servidor público, principio de rango constitucional, en el sentido que la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

Para lo que interesa en este caso, el sujeto activo corresponde a quien en su calidad de servidor público está encargado de cumplir los fines esenciales de la contratación estatal para escoger al contratista a través del principio de selección objetiva, en cumplimiento de los presupuestos de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad⁹. Sin embargo, decide privilegiar su interés personal o el de un tercero, sobre el interés general, inherente a la función pública, especialmente respecto de los trámites de contratación y manejo del presupuesto estatal.

Adicionalmente, la conducta reprochable está determinada por el verbo rector *interesarse*, bien sea en beneficio personal o en provecho de un tercero, comportamiento que se configura a partir de un propósito indebido, mediante actuaciones enmarcadas por fuera de los fines previstos por el ordenamiento legal.

⁹ Artículo 209, Constitución Política de Colombia.

Esta descripción ha sido analizada por la Corte Constitucional, en la sentencia C-128 de 2003 de 18 de febrero de 2003¹⁰, en la cual estableció:

«...3.4.1 El sujeto activo del delito es el servidor público, sometido como ya se dijo a precisas obligaciones en relación con el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y a quien corresponde en sus actuaciones en materia contractual asegurar exclusivamente la realización del interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos deba perseguirse de manera específica por la actividad contractual en el que interviene.

[...]

Ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del servidor, las cuales en la medida en que traducen el abandono por el servidor de sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidencian la configuración de la conducta reprochada penalmente...»

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional, este delito se desdibuja con el interés que muestra el servidor bajo el cumplimiento de los fines del Estado, pues, lo que es objeto de reproche es precisamente el desconocimiento de dicho deber para que en actos contrarios a aquello que le impone la Constitución y la ley opte por favorecer sus propios intereses o los de terceros en un trámite contractual.

Otro elemento que describe el delito analizado es que la conducta (interés) se enmarque en *cualquier clase de contrato u operación administrativa*, objeto material que debe requerir la intervención del agente *por razón de su cargo o sus funciones*, ello significa que para la configuración del delito, el servidor público se separa de su obligación de hacer prevalecer el

¹⁰ Sentencia C-128, febrero 18 de 2003

interés general en el proceso de formación, ejecución y liquidación del contrato¹¹, en últimas, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

«para acusar o condenar a una persona por el delito previsto en el artículo 409, a la par de la demostración de la calidad de servidor público y de su relación con la actividad contractual (en la que debe intervenir en razón de su cargo o de sus funciones), el fiscal y el juez, respectivamente, tienen la carga de precisar, entre otras cosas: (i) en qué consistió el interés del servidor público –aspecto fáctico-, (ii) por qué el mismo puede catalogarse como indebido –juicio valorativo-; y (iii) cuáles fueron las actuaciones a través de las cuales se exteriorizó el interés (bajo el entendido de que no puede penalizarse la simple ideación, que no trascienda el fuero interno del sujeto)»¹²

En este orden de ideas, es de precisar que el bien jurídico tutelado es la administración pública, cuyo titular es el Estado, sujeto pasivo, y por consiguiente, la finalidad establecida por el legislador ha sido preservar los postulados constitucionales que orientan la función administrativa, es decir, de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; así como también la prevalencia de los principios generales de la contratación, especialmente los de transparencia, imparcialidad y selección objetiva¹³.

Los temas a examinar en el contexto del caudal probatorio, están delimitados por los principios de congruencia y coherencia ofrecidos por la Fiscalía General de la Nación desde la imputación, pasando por la acusación, para culminar en la presentación de la teoría del caso en la instalación del juicio oral y los alegatos de clausura.

¹¹ CSJ AP1938-2017, marzo 23 de 2017, Rad. 34282A.

¹² CSJ SP16891-2017, octubre 11 de 2017, Rad. 44609.

¹³ CSJ AP 2071-2020, agosto 26 de 2020. Radicado 54929.

En esa línea, la Fiscalía fue reiterativa en cuanto al delito analizado, que el interés indebido de la exgobernadora en dichos contratos a todo costo para la producción, comercialización y venta de Aguardiente Doble Anís en el Departamento del Huila, surgió de los siguientes aspectos:

- a. Los contratos se basaron en tres ordenanzas de la Asamblea Departamental del Huila, la primera fue la número 06 de 10 de mayo de 1994, la segunda con número 079 de 22 de diciembre de 2005 y la última identificada con el número 003 de 2010.

Adujo la Fiscalía que la Ordenanza 06 de 10 de mayo de 1994, la que autorizaba a la Gobernación del Huila celebrar contratos o convenios con entidades de derecho público o privado, nacionales o extranjeros, para la producción, distribución o comercialización de licores, había perdido fuerza ejecutoria conforme los postulados del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a la Ordenanza 079 de 2005, indica el ente acusador que esta autorizaba en forma general a la gobernación para celebrar contratos pero no en específico respecto del monopolio de licores.

Por último, en lo que tiene que ver con la Ordenanza 003 de 2010, refirió que esta faculta al ente territorial para celebrar contratos de concesión para producción,

comercialización, distribución y venta de Aguardiente Doble Anís, pero no interadministrativos.

- b. Se afirmó que solo la FLA mostró interés en cumplir las condiciones, lo que no era cierto ya que otras licoreras solicitaron más tiempo para presentar sus propuestas, pero se omitió otorgarles más plazo.
- c. De igual manera, en los requisitos para las cotizaciones, se exigió a las licoreras invitadas tener registro INVIMA, que solo la FLA poseía.

Lo anterior constituye, en resumen, los tres criterios que usa la Fiscalía como soporte para determinar el interés indebido que tenía la acusada para direccionar el contrato exclusivamente a la Fábrica de Licores de Antioquia, a partir de los cuales se construirá la decisión final.

Al respecto, antes de abordar el estudio individual de cada contrato en cuanto a su proceso de formación, es oportuno iniciar con la revisión de los medios de conocimiento frente al primer criterio de la Fiscalía (ordenanzas que no aplicaban para los contratos).

1.1.1. La vigencia de las Ordenanzas del Departamento del Huila que se usaron como justificación para contratar

La exgobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA se aferró a tres ordenanzas de la Asamblea Departamental del Huila para realizar contratación directa en punto del monopolio de arbitrio

rentístico que posee la autoridad territorial respecto de la producción, comercialización, distribución y venta de Aguardiente Doble Anís.

Se comprometió entonces la Fiscalía a probar este hecho y al respecto, a título de estipulación probatoria las partes consideraron probada la existencia, autenticidad y contenido de las referidas ordenanzas. Concretamente, esto fue lo que resultó materia de estipulación:

«25.1. La ordenanza 06 fue expedida el 10 de mayo de 1994 por la Asamblea Departamental del Huila.

25.2. Mediante la ordenanza 06 de 1994, la Asamblea Departamental del Huila facultó al gobernador del Departamento, para que en cumplimiento de los artículos 61, 62, 63 y s.s. de la Ley 14 de 1983 y demás normas concordantes, celebrara con entidades de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, convenios y contratos sobre producción, distribución o comercialización de licores.

25.3. La ordenanza 079 fue expedida el 13 de diciembre de 2005 por la Asamblea Departamental del Huila.

25.4. Mediante la ordenanza 079 de 2005, la Asamblea Departamental del Huila autorizó al gobernador del departamento, para que en representación del ente territorial, celebrara los contratos y/o convenios en los que hiciera parte el departamento bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y escogencia objetiva, en los cuales se comprometiera el presupuesto del departamento del Huila y con el fin de cumplir los fines y competencias del departamento del Huila, a excepción de los contratos de empréstitos de enajenación de bienes inmuebles y demás contratos sujetos a lo estipulado por el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política.

25.5. La ordenanza 003 fue expedida el 26 de marzo de 2010 por la Asamblea Departamental del Huila.

25.6. Mediante la ordenanza 003 de 2010, la Asamblea Departamental del Huila autorizó al gobernador del Departamento, para que en representación de la entidad, contratara con otra entidad territorial, con una licorera del país o con personas jurídicas o naturales particulares con experiencia en esta actividad, bajo la modalidad de concesión, la producción, comercialización, distribución y venta de Aguardiente Doble Anís de que es titular el departamento del Huila.»

Ahora, como la Fiscalía aduce que la ordenanza 06 de 10 de mayo de 1994 había perdido fuerza ejecutoria, se esperaba la incorporación de prueba al juicio oral que así lo demostrara y, al respecto, se refirió inicialmente el ciudadano Orlando Ibagón Sánchez, quien figura en el caso como la persona signataria de la denuncia en contra de CIELO GONZÁLEZ VILLA.

El señor Ibagón Sánchez manifestó que para este año (2023) cumple veintitrés años ejerciendo como Diputado de la Asamblea Departamental del Huila, que aproximadamente desde el año 2011 desempeña esta función y respecto de los hechos de este caso, refirió que participó en un debate cumpliendo la misión de un control político por la contratación respecto de la producción, comercialización, distribución y venta de Aguardiente Doble Anís que celebró la entonces Gobernadora Cielo González Villa.

Ese debate se originó en las inquietudes que tenía acerca de la vigencia de las ordenanzas en que se apoyaba la gobernación para contratar, inquietudes, que según su dicho, aún se mantienen.

Las siguientes fueron sus expresiones al respecto:

“Sobre el tema de dos aspectos fundamentales es sobre el aspecto de las autorizaciones y sobre el aspecto de las facultades, yo decía en ese entonces y sigo pensando que una facultad debe ser por lo temporal y es de 6 meses (facultad) y hay jurisprudencia al respecto (facultad) y la autorización que ahí es donde entro en ese momento la duda, la autorización es abierta, a pesar que en el artículo 300 nos da la facultad a nosotros para autorizar contratos, etcétera, etcétera pro tēpore. Pro tēpore quiere decir un tiempo determinado, un tiempo determinado, 5 meses, 6 meses, 1 año, 2 años, 3 años.

Desafortunadamente el constituyente no estableció un término de la autorización, no lo determinó desafortunadamente y dejó un vacío. ahí viene mi duda y yo, mi duda era esa autorización es indefinida?, es infinita? O esa autorización es de 6 meses tomamos por analogía lo que dice el artículo 150 de la Constitución, creo que numeral, numeral 10 que dice para facultades extraordinarias al señor presidente son 6 meses. ¿Una duda? ¿O es indefinida o es Válida solamente por el período constitucional de cada mandatario, que tiene un plan de desarrollo, tiene un presupuesto, tiene unos planes operativos anuales?

Señor Orlando. Precísele a la sala por qué hace referencia a una autorización y a una facultad. ¿Cuál es el motivo de esa referencia? Claro, porque si era, si usted ve las autorizaciones, muchas autoriza..., perdón, autorizaciones no establecen tiempo. No establece el tiempo. las autorizaciones no establecen tiempo y la ley y la Constitución establece solamente el artículo noveno del del del perdón, el artículo 300 numeral noveno, que nosotros damos las autorizaciones al Ejecutivo para contratar, dice pro tēmpore. Pero uno se hace la pregunta yo como diputado decía la pregunta, bueno. ¿Por qué tiempo? Si la ley no me dice en la autorización, ese artículo, ese artículo y ese numeral no me dice a mí si se autoriza pro tēmpore, sí por un tiempo, pero no.

Señor Orlando, usted se hizo referencia a que presentó una denuncia y realizó un debate. ¿Cuál fue el motivo de la denuncia? La duda.... Vuelvo y vuelvo y reitero, señora fiscal, con el mayor de los gustos: la duda en Orlando, Ibagón era si esa, esa autorización servía para próximos gobernantes, porque la autorización era abierta, no tenía terminó y me asaltaba la duda y yo decía, oiga puede ser eso o no puede ser eso, entonces yo dije, mire, aquí hay una presunta violación a una autorización que para mí, para mi concepto de Orlando Ibagón puede ser el periodo del del Ejecutivo de turno o puede ser mucho más allá entonces para mí presuntamente, Podría haber violado, digamos, esa palabra pro tēmpore porque para mí era de 4 años, no más.¹⁴

Como puede observarse, esta prueba muy poco le aporta a la tesis acusatoria en cuanto a la pérdida de fuerza ejecutoria de la Ordenanza 06 de 10 de mayo de 1994, pues, el testigo, en sus propias palabras, aún le persiste la duda si las autorizaciones para contratar son indefinidas o no y pone en conocimiento de las autoridades judiciales la situación a través de su denuncia, en su sentir, precisamente para que sea un

¹⁴ Récord 02:49:15 Sesión del juicio oral de 3 de noviembre de 2021,
Página 28 de 78

juez quien aclare la situación de temporalidad en cuanto a la vigencia de la autorización para contratar.

De otro lado, en los hechos jurídicamente relevantes se menciona a la Contraloría Departamental con la finalidad de sustentar afirmaciones, en criterio de la Fiscalía, contrarias a la verdad como el hecho de indicarse en los estudios previos 791 de **23 de agosto de 2012** que el Aguardiente Doble Anís «*venía recuperando posicionamiento en el mercado interno*», pues, el ente de control estableció que esto era contrario a la verdad conforme estudio que se realizó y cuyo resultado fue remitido con oficio **368 de 5 de junio de 2012**.¹⁵

No obstante, el único testigo adscrito a la Contraloría Departamental del Huila que acudió al juicio oral fue el ciudadano Anselmo Perdomo Leyva, quien en su relato frente a los hechos, precisó que hizo parte de un grupo auditor para los dos primeros contratos. Se entiende que fueron los números 0069 de 14 de febrero de 2012 y 0302 de 10 de mayo de 2012, pues, para el momento de la auditoría no se había construido el tercero, el cual se suscribió en agosto del mismo año.

Adujo el testigo que una de las irregularidades que se halló en el trámite de auditoría, fue la ausencia de autorización por parte de la Asamblea Departamental a la Gobernación para contratar y sustenta haciendo referencia a la Ordenanza 003 de 2010, que otorga facultades para hacerlo a mediano y largo plazo, es decir, no para tiempos cortos como aparece en los contratos.

¹⁵ Folio 82 C. de pruebas de la Fiscalía

En síntesis, los únicos medios cognoscitivos a examinar y que aportó la fiscalía conforme al argumento analizado, corresponden a los contratos, los estudios previos de los mismos, las resoluciones de justificación, el oficio 378 de 5 de junio de 2012 de la Contraloría Departamental del Huila en el que se da respuesta a una solicitud de acompañamiento que presentó al órgano de control la exgobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA para el trámite contractual. Todos estos documentos corresponden a hechos y circunstancias que las partes consideraron probadas a través del mecanismo de estipulaciones probatorias. Y, directamente en el juicio oral, los testimonios de Orlando Ibagón Sánchez y de Anselmo Perdomo Leyva.

En vista que el material probatorio no arroja el resultado que se esperaba, es decir, la llamada pérdida de ejecutoria de la ordenanza 06 de 10 de mayo de 1994, me dispuse a revisar del artículo 66 del extinto Código Contencioso Administrativo regulado en el Decreto 1 de 1984, modificado por el Decreto 2304 de 1989. Dicha norma reglamentaba textualmente:

Artículo 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

- 1) Por suspensión provisional;*
- 2) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho;*
- 3) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos;***
- 4) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto;*
- 5) Cuando pierdan su vigencia."*

El numeral resaltado es el que usa la Fiscalía para sostener la ausencia de autorización de la exgobernadora

CIELO GONZÁLEZ VILLA para contratar en punto de la producción, comercialización, distribución y venta de Aguardiente Doble Anís, por encontrarse con pérdida de fuerza ejecutoria la Ordenanza 06 de 10 de mayo de 1994.

Dicho numeral fue examinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-069 de 1995:

“...La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada, y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos....”

La Fiscalía no aportó elemento de conocimiento alguno que demuestre que la presunción de legalidad de la Ordenanza 06 de 1994 haya sido desvirtuada.

Ahora; específicamente respecto del numeral tercero de esta norma, el órgano de cierre constitucional precisó:

El criterio según el cual los casos mencionados de pérdida de fuerza ejecutoria no son adoptados la mayoría de las veces, por quien tiene la potestad de suspender o anular el acto respectivo, como lo es la jurisdicción de lo contencioso administrativa no implica que con ello se infrinja precepto constitucional alguno, ya que por el contrario el título al cual corresponde la norma demandada se refiere a la conclusión de los procedimientos administrativos, lo que da lugar a considerar que dichas causales legales son procedentes dentro de la actuación administrativa.

A lo anterior resulta importante agregar que la decisión adoptada por la administración en aplicación de cualquiera de las causales de que trata la norma acusada, es susceptible de ser demandada ante la misma jurisdicción contencioso administrativa dentro de la oportunidad legal correspondiente, lo que garantiza la tutela del orden jurídico y el restablecimiento de los derechos de los particulares que puedan ser lesionados en virtud de la expedición del

acto sobre pérdida de fuerza ejecutoria por parte de la administración, cuando este se haga necesario.

En cuanto a una de las inquietudes del testigo Ibagón, al examinar el contenido del numeral 9° del artículo 300 de la Constitución Política, se logra comprender, como lo explicó el testigo de la defensa Jorge Pino Ricci¹⁶, que la expresión “*pro tempore*” se refiere a la delimitación de tiempo cuando alguna de las funciones de la Asamblea Departamental es trasladada a los Gobernadores de Departamento; la norma constitucional no hace referencia a la autorización para contratar, la cual, expresamente prevé:

“ARTICULO 300. <Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 1 de 1996. El nuevo texto es el siguiente:> Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

1...

(...)

*9. Autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes **y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales.***

(...)”

De este modo, lo que el señor Ibagón entiende como analogía frente a las facultades *pro tempore* que otorga el Congreso de la República al presidente para que en forma similar ocurra entre las Asambleas Departamentales y los gobernadores, es con relación a la posibilidad de que el gobernador pueda emitir decretos-ordenanzas, luego, la temporalidad en materia de autorización para contratar, se

¹⁶ Sesión del juicio oral de 15 de febrero de 2023, Récord 01:05:00

ciñe a los presupuestos del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Retomando entonces, la misma prueba de la Fiscalía, al contrario de la pérdida de fuerza ejecutoria de la Ordenanza 06 de 1994, da a entender que para el momento en que se celebraron los tres contratos, dicho acto administrativo se encontraba vigente tal como lo admite la Sala Mayoritaria, pues, la ordenanza establece:

Facúltase al señor Gobernador del Departamento del Huila, para que en cumplimiento de los Artículos 61, 62, 63 y s.s. de la Ley 14 de 1983 y demás normas concordantes, celebre con entidades de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, convenios y contratos sobre producción, distribución o comercialización de licores.

Con prueba legalmente aducida al juicio oral, se conoció que la Asamblea Departamental del Huila, mediante la Ordenanza 013 de 17 de febrero de 1997, ordenó suprimir la Industria Licorera del Huila (2 años y 8 meses después de emitida la Ordenanza 06 de 1994), lo cual se materializó con el acta de liquidación de 15 de agosto de 1997.

Esta información la suministra la defensa, mediante el aporte del *“Análisis del funcionamiento del monopolio de los licores en el Huila y diseño de una propuesta para mejorar su gestión”*, en cuyo anexo menciona¹⁷:

¹⁷ Folio 67 Cuaderno prueba documental de la defensa
Página 33 de 78

Marco jurídico	Mediante Ordenanza 013 de 17 de febrero de 1997, la Asamblea del Departamento del Huila ordena suprimir la Industria Licorera del Huila. Acta de liquidación de la Industria Licorera del Huila del 15 de Agosto de 1997 Contrato de concesión 001 de 1997 con la Industria de Licores Global S.A. Contrato 1107 de 2008, celebrado con la Industria de Licores Global S.A.
-----------------------	--

Y como puede apreciarse en la imagen, en el mismo año 1997 se celebró el contrato de concesión 001 con la Industria de Licores Global S.A. y si bien no se conoció en el juicio oral el contenido de la Ordenanza que dispuso suprimir o liquidar la Industria de Licores del Huila para verificar si el acto administrativo que daba facultad para esta clase de contratos había sido derogado o si se facultó nuevamente a la gobernación para celebrarlos, lo cierto es que se materializó contratación con una Sociedad Anónima, lo cual lleva a reflexionar que si su fundamento legal fue la ordenanza 06 de 1994, su ejecución se realizó dentro de los cinco años que establece la norma del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora; de la misma imagen se aprecia que el contrato 001 de 1997 se fijó por un término de vigencia de 10 años, pues, en el 2008, se suscribe uno nuevo con número 1107 también con la Industria de Licores Global S.A. y a partir de 2009, ingresa la Fábrica de Licores de Antioquia como contratista del Departamento del Huila para la producción, comercialización, distribución y venta del licor.

En efecto, basta con revisar el contenido del oficio 378 de 5 de junio de 2012 emitido por la Contraloría Departamental del Huila el que responde a una solicitud de la exgobernadora CIELO GONZALEZ VILLA para que el ente de control realice acompañamiento en el proceso contractual.

Allí se indicaron las razones por las que no es viable esa figura del acompañamiento pero sí se realizó una auditoría al trámite contractual y, en la consulta que se hizo al historial de contrataciones de la Gobernación acerca de la producción, comercialización, distribución y venta de Aguardiente Doble Anís, encontró que la Gobernación del Huila viene contratando desde el año 1997 con empresas de derecho público y privado¹⁸. Así se explicó:

En el siguiente gráfico se observa el comportamiento de las ventas durante los años 1998 a 2011, notándose que al inicio de la concesión en el año 1998, se tenía un mercado potencial de 2.0 millones de unidades de aguardiente Doble Anís reducidas a 750 c.c., cuantía aceptada por el concesionario al suscribir el contrato (diciembre de 1997); luego en los años 2000 y 2001, se observa un incremento en las ventas declaradas del 10.4% y 18.6% respecto del año 1999. A partir del año 2005 se pacta en Otrosí una reducción del 15% equivalente a 300.000 unidades para una nueva cuota mínima de 1.7 millones anuales que permanece hasta el año 2007.

Esto permite inferir razonablemente que los Gobernadores del Departamento del Huila han venido aplicando la aludida Ordenanza 06, más de catorce años atrás de la fecha de los contratos ligados a este asunto con mínimas interrupciones que no han logrado llegar al término de los cinco años que exige el CPACA, por manera que, difícilmente puede la Fiscalía sostener la tesis de la pérdida de fuerza ejecutoria.

¹⁸ Folios 94 Cuaderno de Pruebas Fiscalía

Al margen de lo anterior, para abundar en argumentos, en un caso similar a este, en el que la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, al decidir en segunda instancia en acción de nulidad promovida contra una ordenanza emitida por la Asamblea Departamental del Cauca, explicó:

«Autorizaciones de las asambleas departamentales al gobernador para contratar

El artículo 300.9 CN y el artículo 60.10 del Decreto-Ley 1222 de 1986 establecen que corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, autorizar al gobernador del departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer transitoriamente [pro tempore] funciones de las asambleas departamentales.

El Consejo de Estado ha señalado que la autorización general para contratar, en el caso de los departamentos, está contenida en la Ley 80 de 1993 (art. 11), en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (art. 110) y en la aprobación anual que hacen asambleas departamentales del presupuesto general de la entidad territorial (art. 300.5). La autorización a que alude el artículo 300-9 de la Constitución solamente puede tener carácter excepcional y para los casos en que la ley lo exija expresamente. En el caso particular de los departamentos no existe una facultad legal similar a la que en el nivel municipal se establece en favor de los concejos municipales para, excepcionalmente, someter a su autorización previa otros Contratos adicionales a los señalados en la ley (art. 32 Ley 136 de 1994)¹.

8. Según la demanda, la Ordenanza n.º 633 de 2011 es nula, porque pretendió prorrogar la «autorización pro tempore» concedida al gobernador del Putumayo para que celebrara un contrato de concesión para la producción y comercialización de sus licores destilados, cuando esta «autorización» ya se había vencido.

La Ley 14 de 1983 y el Decreto Ley 1222 de 1986 (arts. 121 y 123), fundamento de las Ordenanzas n.º 613 y n.º 633 de 2011, no exigían la autorización de la asamblea departamental para la suscripción de contratos. El artículo 61 dispuso que las asambleas regularían el monopolio o gravarían esas industrias o actividades, en caso de que el monopolio no conviniera. A su vez, el artículo 63 establecía la posibilidad de que el departamento celebrara contratos de intercambio y «todo tipo de convenio» que, dentro de las normas de contratación vigentes, permitiera agilizar el comercio de estos productos, pero no exigió una autorización previa de la asamblea al gobernador para la suscripción de esos convenios o contratos

La Sala constata, entonces, que no existe una disposición legal que exija la autorización de la Asamblea para que el gobernador pueda suscribir contratos en ejercicio del monopolio de licores. Por ello, el gobernador del Putumayo, para celebrar el contrato de concesión, no necesitaba de una autorización previa de la asamblea dispuesta por la Ordenanza n.º 613 y la n.º 633 de 2011, que la prorrogó.

Si el gobernador del Putumayo no necesitaba la autorización de la Asamblea Departamental para la celebración del contrato de concesión para la producción y comercialización del aguardiente del Putumayo, tampoco necesitaba la prórroga que dispuso la Ordenanza n.º 633 de 2011. De modo que, ante la ausencia de exigencia legal de autorización de la asamblea, se torna irrelevante la determinación del momento en que entró en vigencia la Ordenanza n.º 633 de 2011, pues las facultades que pretendió prorrogar no estaban sujetas a su autorización. No existe, entonces, norma legal que obligara que la «prórroga» de las facultades entrara en vigencia antes de que estas se vencieran, pues dicha autorización no se necesitaba

Como el gobernador no necesitaba la autorización de la asamblea para suscribir el contrato de concesión para la producción y comercialización de los licores destilados del departamento, se revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negará la pretensión de nulidad.»¹⁹

Es así como, del aparte jurisprudencial citado, cuya conclusión se soporta en normatividad vigente para la temporada de los hechos materia de este asunto, específicamente aquellas fechas en que se celebraron los tres contratos cuestionados, puede igualmente afirmarse que la Gobernación del Huila tampoco requería de la autorización de la Asamblea Departamental para contratar la producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís y menos aún, tenía facultad el cuerpo colegiado para ordenarle la modalidad de contratación.

No obstante, la Sala Mayoritaria menciona que a través de la ordenanza 03 “...la дума dispuso que la “modalidad” de

¹⁹ Consejo de Estado, radicado 52012333000201200133-01. Sentencia de 8 de agosto de 2023

contratación debía ser la de ‘concesión’, motivo por el cual durante su vigencia los gobernantes del Huila no tenían la libertad para escoger otro tipo de contrato y, contrario sensu, debían acudir al de concesión...”

En conclusión, el argumento presentado por la Fiscalía para considerar el interés indebido en la celebración de contratos como es la pérdida de fuerza ejecutoria de la Ordenanza 06 de 1994, se encuentra debidamente sustentado; por el contrario, al parecer, para el momento en que fueron suscritos los contratos de concesión que originaron esta acción penal, tal acto administrativo se encontraba en vigor, por lo mismo, su uso por parte de la exgobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA no puede reprocharse como elemento del indebido interés para orientar el trámite con propósito de favorecer a la FLA, alejándose del interés general, más aún, cuando el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, concluye que para esta clase de contratos no se requiere autorización por cuenta de la Asamblea Departamental.

Hubo la necesidad de extenderse en el análisis de la vigencia o no de la Ordenanza 06 de 1994, en la medida que es el acto administrativo que específicamente contiene la autorización para contratar de cualquier manera con empresas públicas o privadas en relación con el monopolio rentístico que ostenta el Departamento del Huila en la producción, comercialización y venta de Aguardiente Doble Anís, pues, las demás tienen contenido distinto aun cuando se relacionan con la bebida alcohólica.

Recuérdese que el testigo Anselmo Perdomo Leyva, adujo que la Ordenanza 03 de 2010 establecía autorización para contratar por periodos largos y no como lo establecían los contratos que examinó en su trámite de auditoría.

Al revisar el contenido de dicha ordenanza, no aparece un límite temporal para la autorización, solo en el numeral 3° del artículo 1° se indica que el término de la concesión autorizada es de cinco a diez años, contenido ligado a que la modalidad de convocatoria para contratar era la licitación pública como se menciona en el numeral 1° del mismo artículo.

Al respecto, es la misma Contraloría Departamental la que en su informe de auditoría cita la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, mencionada por el testigo Jorge Pino Ricci, para dejar en claro que en la temporada de los hechos los efectos de los numerales 1 a 15 del artículo 1° de la mentada ordenanza fueron suspendidos, entre ellos el que fijaba los tiempos de duración de la concesión.

Esto se dice en el referido informe:

«A pesar de estar más que demostrado que en la decisión del Tribunal no se suspendió provisionalmente el inciso del Artículo Primero de la referida Ordenanza, y que por lo tanto el Gobernador del Departamento está autorizado para contratar, bajo la categoría del contrato de concesión, con otra entidad territorial, etc.; no se entiende ni de la lectura de la ordenanza, ni del pronunciamiento del Tribunal, que dicha autorización tenga un carácter de permanente, o que la vigencia de la autorización tenga validez hasta la derogatoria de la Ordenanza o hasta el pronunciamiento definitivo del Tribunal.

El Tribunal con la determinación de suspender provisionalmente los numerales 1 a 15 y el parágrafo del artículo 1° de la Ordenanza 003 de 2010, no declara, ni de su pronunciamiento se puede inferir, que la autorización tenga un término indefinido.

Para efectos de significar tal declaración, se transcribe la parte motiva de tal decisión que estipula:

"Como se puede advertir prima fase (sic), la Asamblea desbordó el marco de las atribuciones que le confiere el artículo 300-2° de la Carta Política; porque amén de autorizar la concesión de un monopolio departamental, invadió el ámbito de competencias que el legislador le confirió al ejecutivo departamental, a quien en los términos consagrados en los artículos 11 (numeral 3° literal b) y 26 (numeral 5°) de la ley 80 de 1993 le corresponde dirigir la actividad contractual; en particular, los procesos licitatorios y trazar las reglas para la selección de contratistas (circunscribiéndose dentro del marco legal). Incluso, en la última preceptiva mencionada, se prohíbe expresamente la Injerencia de "las corporaciones de elección popular"»²⁰

Si bien la Contraloría Departamental da un alcance distinto a lo dispuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, lo cierto es que no pasa de ser una apreciación que como quedó analizado en líneas atrás, no correspondería a lo que ofrece el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cuanto a la pérdida de fuerza ejecutoria de la ordenanza.

Así, le doy una lectura diferente a la que le otorgó la Fiscalía cuando afirma en su alegación conclusiva que conforme la Ordenanza 003 de 2010 en sus artículos 2° y 4°, la exgobernadora no tenía una autorización ilimitada, pues, así como el ente acusador admite que los numerales 1 a 15 del artículo 1° del mismo acto administrativo fueron suspendidos y posteriormente anulados mediante decisión judicial, los artículos segundo y cuarto estaban ligados a ellos, es decir, se otorgaba un límite de producción para el Aguardiente Doble Anís y un tiempo determinado mientras se adelantaba el proceso licitatorio a que se referían dichos numerales. Tales artículos expresamente dicen:

²⁰ Cuaderno pruebas documentales de la defensa, folio 624

*“ARTÍCULO SEGUNDO; Autorízase al Gobernador del Departamento del Huila para que en representación del mismo contrate con entidades públicas o privadas la producción, comercialización, distribución y venta de hasta 200.000 (DOSCIENTAS MIL) unidades convertidas a 750 ml. necesarias para garantizar el abastecimiento del mercado mientras dura el proceso contractual resultante de la presente ordenanza.
(...)*

ARTÍCULO CUARTO: La autorización que se otorga en el artículo segundo de la presente Ordenanza será por el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la sanción y publicación de la presente ordenanza

De la lectura en contexto de estas dos normas con el contenido de los numerales suspendidos y luego anulados, se comprende que las mismas, si bien tuvieron vida jurídica en el momento de la sanción y publicación de la ordenanza, lo cierto es que decayó con la eliminación de los referidos numerales, los cuales, a no dudarlo, constituían su base normativa. Es decir, al haber desaparecido del tráfico jurídico los aludidos numerales, de contera pierde objeto la delimitación de tiempo y cantidad de producción de aguardiente, pues eran normas administrativas transitorias supeditadas a la culminación de un proceso licitatorio.

Ahora, como lo explicó claramente el testigo Jorge Pino Ricci, la Ordenanza 079 de 2005, cuenta con una autorización general a los gobernadores del Departamento del Huila para realizar contratos interadministrativos, la cual, al igual que las anteriores, su presunción de legalidad no había sido objeto de cuestionamientos para el momento de los hechos.

Por manera que, en cuanto al primero de los criterios sentados por la Fiscalía como soporte de la comisión del delito de interés indebido en la celebración de contratos, aún cuando

podría entenderse dirigido a acreditar un delito distinto como podría ser el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tal como lo destacó la Procuraduría en sus alegatos finales, no cuenta con soporte probatorio que permita estructurar una u otra conducta delictiva.

1.1.2. Contrato 0069 de 14 de febrero de 2012

Siguiendo con el estudio del caso, respecto del interés indebido en este contrato, el ente acusador resaltó como uno de los componente fácticos que hacían mostrar ese comportamiento delictivo de la exgobernadora, que omitió dar respuesta a solicitudes de más tiempo a las fábricas de licores que se lo solicitaron para satisfacer las exigencias de la contratación, al punto que -insiste la Fiscalía- la acusada afirmó falsamente que la Fábrica de Licores de Antioquia fue la única que mostró interés en contratar.

Acerca de este particular aspecto y de cara al Contrato 0069 de 2012, mediante estipulaciones probatorias, la Fiscalía aceptó dar por probado que se emitieron invitaciones a las licoreras de los Departamentos de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca, cuyo contenido es el siguiente:

“Con el fin de iniciar un nuevo proceso para cubrir el mercado interno de nuestro producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS”, a través de la figura de maquila, de manera atenta solicitamos cotización de su Fábrica, para una producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, la cual se recibirá hasta el día martes 31 de enero de! presente año, hasta las 6:00 PM.

En dicha cotización se requiere como un requisito indispensable que se nos garantice la producción antes del 15 de febrero de 2012, al igual, que incluir el detalle del costo del producto puesto en la ciudad de Neiva -Huila, teniendo en cuenta las siguientes características generales de nuestro producto, así:

- a) Graduación alcoholimétrica, 30°
- b) Presentación con tapa guala, que costa de tapa, sobre lapa y cuerpo
- c) Etiquetas de acuerdo con la presentación actual del producto, la cual podrá ser objeto de modificaciones según se requieran, acordes con las exigencias de Ley.

Por su atención les quedaré altamente agradecida”

El texto fue idéntico para todas las licoreras invitadas y sus respuestas fueron las siguientes:

Industria de Licores del Valle:

“...En respuesta a lo solicitud de presentar cotización para la producción a todo costo de 7000 unidades en presentación de 375 ml del AGUARDIENTE DOBLE ANIS, que usted nos hizo llegar el pasado 26 de enero, debo decirle que por la brevedad del tiempo en que usted necesita el producto terminado, la Industria de Licores del Valle no podría cumplir con ese objetivo.

Sea esta la oportunidad para ofrecer nuestros servicios de Maquilas pues contamos con la experiencia necesaria no solamente en la producción de nuestras marcas propias sino también de los productos de otros departamentos.

Para futuras solicitudes y con el periodo de tiempo adecuado estamos a su completa disposición...”

Industria Licorera de Caldas:

“...Dando alcance a su comunicación DG 0032 del 26 de enero de 2012, en la cual nos solicita cotizar la maquila de su producto "AGUARDIENTE DOBLE ANIS", respetuosamente nos permitimos realizar las siguientes consideraciones:

- 1.** *Que su comunicación fue recibida en las instalaciones de la Industria Licorera de Caldas solo hasta el pasado viernes 27 de enero de 2.012 y otorga un plazo máximo de respuesta hasta el próximo 31 de enero de 2.012. Dada la importancia que reviste para nuestra empresa una respuesta oportuna y ajustada a las realidades del mercado, es necesario que amplíe el plazo para presentar nuestra propuesta, en virtud de que es necesario validar los insumos que participan en la producción de producto "AGUARDIENTE DOBLE ANIS", donde desconocemos aspectos relevantes como las esencias, materiales de las etiquetas, calibre de sus cajas de embalaje y referencia del envase en vidrio, los*

cuales es necesario conocer para determinar un eventual costo de materias primas y demás.

- 2. Que su comunicación exige que se garantice la producción para antes del 15 de febrero de 2.012. La Industria Licorera de Caldas podría comprometerse antes del 15 de febrero de 2.012 con un cronograma de entregas para los meses siguientes del citado producto, sin embargo, es necesario que se aclare si con la expresión "garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012" exige que las 700.000 unidades se encuentren ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012, caso en el cual sería imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas, tardarían cerca de 28 días calendario.*
- 3. igualmente solicitamos informar los datos y/o códigos de los insumos utilizados por la Gobernación del Huila en la elaboración de su producto "AGUARDIENTE DOBLE ANIS" y los nombres de los proveedores a fin de establecer el proyecto de abastecimiento para los siguientes insumos:*
 - a. Esencias*
 - b. Etiquetas*
 - c. Cajas en cartón corrugado*
 - d. Envases*

Es necesario aclarar que en el mercado de las esencias, los tiempos de entrega se encuentran estimados en 75 días calendario.

Reiteramos el elevado interés que le asiste la Industria Licorera de Caldas en realizar el envasado de un producto tan prestigioso y de tan amplia trayectoria y reconocimiento como es su producto "AGUARDIENTE DOBLE ANIS", pero es indispensable contar con la información solicitada y la extensión de al menos dos semanas a fin de preparar una cotización ajustada.

De antemano agradezco su atención a la presente.

Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia:

Ofreció propuesta acorde con el contenido de la invitación mediante escrito de 31 de enero de 2012²¹.

No se aportó información acerca de la respuesta de la Licorera de Cundinamarca.

²¹ Cuaderno soporte de estipulaciones, folio 88 y siguientes.

Como puede apreciarse, efectivamente la FLA fue la única de las fábricas invitadas que presentó oferta para la construcción del contrato 0069 de 2012, luego no es comprensible la afirmación de la Fiscalía, salvo que haya entrado en confusión con las respuestas a las invitaciones que se enviaron el 22 de marzo de 2012 y que fueron objeto de estipulación, pues allí la Licorera de Caldas y la Fábrica de Licores de Cundinamarca, presentaron sus cotizaciones, de lo cual se hablará en el momento de analizar el proceso de formación del contrato 302 de 2012.

Respecto de una solicitud de mayor plazo para presentar una oferta que no fue considerada por la Gobernación del Huila, solo lo hizo la Industria Licorera de Caldas, lo cual sustentó en el desconocimiento de componentes del licor como esencias y de los proveedores de otros insumos como envases y etiquetas. En todo caso, manifestó que *«es necesario que se aclare si con la expresión "garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012" exige que las 700.000 unidades se encuentren ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012, caso en el cual sería imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas, tardarían cerca de 28 días calendario»*.

Las inquietudes de la Industria de Licores del Departamento de Caldas no cuentan con soporte alguno que permitan afirmar si fueron planteadas por desinterés o desconocimiento del proceso contractual, en virtud a que tan solo se le pidió una cotización, cuya naturaleza permite, al momento de ser seleccionada, modificar, aclarar o adicionar

aquello que se requiera en la etapa precontractual, pues, la información sobre insumos, proveedores de estos y fórmula química del licor, necesariamente debía ser suministrada por el contratante en el contexto del contrato que es donde se precisan las cargas de las partes.

Es decir, no es posible tener esta manifestación de la licorera de Caldas como una observación a la invitación, dado que no se trataba de un pliego de condiciones su contenido, lo cual es propio de un proceso licitatorio.

Es más, las segundas invitaciones, las de 22 de marzo de 2012, que se hicieron a grandes licoreras del país, entre ellas la de Caldas, se les fijó un término igualmente reducido para presentar las cotizaciones, esto es, hasta el 10 de abril del mismo año y respecto de esta nueva invitación a realizar una producción mayor a la del contrato 0069, la Licorera de Caldas no reparó en presentar la suya, esta vez sin pedir plazos, aclaraciones o explicaciones, al punto que al ser confrontada con aquella propuesta por la FLA, como se verá más adelante, presentaba características atractivas para los intereses de la Gobernación del Huila.

Esa actitud de la Industria Licorera de Caldas frente a la segunda invitación, muestra con claridad que estaba en capacidad de presentar una cotización ante la invitación del mes de enero para la construcción del contrato 0069.

A lo anterior se suma que la misma Fiscalía pidió un informe a las diferentes fábricas de licores invitadas acerca de su capacidad para producir aguardiente en el año 2012 en

presentaciones de 750 y 375 mililitros, el resultado fue el siguiente:



62

Bogotá mayo 13 de 2015

LA SUBGERENCIA TECNICA DE LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA

CERTIFICA QUE:

Para el año 2012, a capacidad de producción en unidades de aguardiente de la referencia de 375 ml, fue: -

1. Turno de 8 horas,	17'010.000 unidades
2. Turno de 16 horas,	34'020.000 unidades
3. Turno de 24 horas,	51'030.000 unidades

Utilizando 225 días hábiles para producción, 15 días hábiles de mantenimiento programado y los días sábados para rutinas de inspección, lubricación y limpieza, en la línea de envasado.

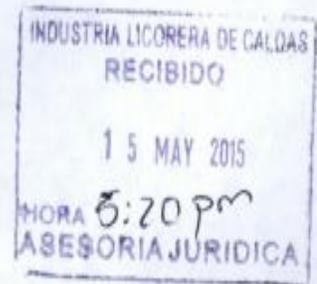
Dando cumplimiento a las necesidades de nuestros distribuidores, la producción envasada de la referencia 375 ml, para todos nuestros aguardientes, del año en mención, fue de 14'342.488 unidades, para un total de 7'171.244 convertido en 750 ml.

Astrid Marcela Zamora Espejo
ASTRID MARCELA ZAMORA ESPEJO
Subgerente Técnico

24

SALA ESPECIAL

MEMORANDO



GT -1370

Manizales, 15 de mayo de 2015

PARA: SILVIA MARCELA VASQUEZ SEPULVEDA - Asesor Jurídico

DE: Gerente Técnico

ASUNTO: Aguardiente Doble Anís 750 ml

Respondiendo a la solicitud de la fiscalía, según oficio número 570 del 11 de mayo de 2015, le informo que para el año 2012 la Industria Licorera de Caldas tenía la capacidad para producir Cuatro Millones Doscientos Mil (4,200.000) Unidades de Aguardiente Doble Anís de 750 ml.

Atentamente,

RAMIRO GONZALEZ RESTREPO

Copia
Anexo
Proyecto Bibiana R.

HARBEY ALFREDO CALVACHE RENGFO
Profesional Universitario I- I.L.V.
Tel.6836300 ext.6431

De : Carmenza Zuniga Borja
<cazuniga@ilvalle.com.co>

vie, 22 de may de 2015 12:16

Asunto : Re: Solicitud URGENTE FISCALIA BOGOTA
D.C.C

Para : Harbey Alfredo Calvache Rengifo
<hacalvache@ilvalle.com.co>

CORDIAL SALUDO.

CON LA PRESENTE LE INFORMO QUE LA CAPACIDAD INSTALADA DE PLANTA DE LA INDUSTRIA D ELICORES DEL VALLE ES MUY SUPERIOR A 4.200.000 UNIDADES.

ACLARAMOS QUE LA INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE, NO PRODUCE AGUARDIENTE DOBLE ANIS. NUESTROS PRODUCTOS SON AGUARDIENTE BLANCO DEL VALLE, AGUARDIENTE SIN AZUCAR BLANCO DEL VALLE, AGUARDIENTE ORIGEN.

ATENTAMENTE,

CARMENZA ZUÑIGA B.

Las respuestas que presentaron estas empresas, demuestran que efectivamente se encontraban en igualdad de condiciones y capacidades para llenar las expectativas de las invitaciones que se les hicieron tanto en el mes de enero como en marzo de 2012, al punto que, respecto de la segunda invitación, la Empresa de Licores de Cundinamarca, también presentó una cotización, pero con propuesta alejada del contexto de la invitación.

La invitación, que fue igual para las cuatro licoreras, la contestó la FLA distinto de la forma como lo hizo la Industria Licorera de Caldas, a quien se le otorgó el mismo término.

En su cotización, la FLA fijó sus compromisos y exigió otros al Departamento del Huila, al punto que se comprometió a cumplir para el 15 de septiembre con la producción de 200 mil botellas de 350 ml y las 500 mil restantes para el 20 del mismo mes. Dijo la FLA:

“Se garantiza el inicio de la producción antes del 15 de febrero de 2012, teniendo disponibilidad de entregar 200.000 unidades de 375 ml. en la misma fecha y 500.000 unidades de 375 ml. el 20 de febrero de 2012, siempre y cuando se acepte nuestra propuesta antes del 1 de febrero de 2012. Lo anterior para realizar todas las compras de los suministros necesarios para garantizar la producción solicitada.”²²

La Fábrica de Licores de Antioquia envió su cotización el 31 de enero (tiempo máximo fijado por la invitación para la respuesta) y para cumplir lo exigido por el Departamento del Huila respecto de la producción, dejó en claro que la única manera era que se les aceptara al día siguiente (1 de febrero de 2012).

²² Cuaderno de Estipulaciones Probatorias, folio 91
Página 50 de 78

De lo dicho surge el siguiente cuestionamiento: ¿Por qué las demás licoreras no adoptaron actitud similar?, en especial la Industria Licorera de Caldas ante el presunto elevado interés por producir el aguardiente del Huila? No se halló en la actuación, elemento de conocimiento alguno que pueda explicar claramente estos interrogantes para poder afirmar que fue por desinterés, por desestimulo al estar en desventaja frente a la FLA, porque no estaban en capacidad de cumplir, simplemente porque no era atractivo el negocio, en fin, son múltiples las hipótesis que por su naturaleza, realizar cualquiera de estas afirmaciones se abordaría el campo de la especulación.

Las respuestas a la invitación, lejos de mostrar o soportar un interés indebido en la actuación de la exgobernadora, lo que denota es respeto por los principios de igualdad y transparencia en la contratación, en la medida que la invitación fue idéntica en su contenido para todas las fábricas de licores, el término para dar respuesta fue igual, obteniendo una propuesta, dos declinaciones y una solicitud de más plazo a partir de criterios que de acuerdo con lo indicado por la Fábrica de Licores de Antioquia, eran superables sin necesidad de más tiempo.

La exgobernadora enfrentaba una situación apremiante, luego su obligación era la de buscar solución inmediata junto a su grupo de asesores, para decidir si elegía a la FLA o aclaraba las inquietudes de la Industria Licorera de Caldas. Optó por la primera solución debido a la necesidad de abastecer el mercado de su producto para eludir la afectación a los recursos que recibe el Departamento por la producción,

distribución, comercialización y venta del Aguardiente Doble Anís, lo mismo que evitar el detrimento para la imagen de la marca.

La necesidad de abastecimiento del mercado no solo se acreditó con la resolución que justificó el presente contrato y con los estudios previos, dado que, además, esta particular situación la ratifica el Diputado a la Asamblea Orlando Ibagón Sánchez, quien es reiterativo en afirmar que era necesario y urgente contratar, pues, se verían menguados los recursos para la salud y la educación.

En aquello que tiene que ver con el requisito del registro INVIMA como un argumento más de la Fiscalía para considerar el indebido interés de la exgobernadora en el contrato 0069 de 2012, el que consiste en afirmar que la FLA era la única licorera que lo tenía, de la prueba aducida al juicio oral se obtiene lo siguiente:

Las invitaciones a las cuatro licoreras para que presentaran una cotización, no contenían este requisito como presupuesto de la oferta. Al parecer, se generó confusión a la hora de analizar la hipótesis delictiva, debido a que en el estudio previo 095 de 7 de febrero de 2012, elaborado para el contrato que aquí se analiza (el 069), se anota:

*“...es indispensable que la **empresa contratante** cuente con el registro sanitario expedido por el INVIMA para la producción del Aguardiente Doble Anís, de propiedad del Departamento del Huila...”²³*

²³ Cuaderno soporte de estipulaciones, folio 41

Más adelante se dice:

“CONDICIONES TECNICAS DEL OFERENTE: El proponente, que desarrolle el objeto de que trata el presente proceso contractual, deberá garantizar al Departamento, las siguientes condiciones técnicas:

1. Contar con el REGISTRO SANITARIO vigente que lo autoricen para la producción, distribución del Aguardiente Doble Anís, expedidas por el INVIMA, con una vigencia establecida igual o superior a la duración del contrato”²⁴

Si se lee desprevenidamente, podría entenderse, como al parecer le ocurrió a la Fiscalía, que el oferente debía tener, previamente a la contratación, es decir, para presentar una oferta o cotización, un registro sanitario INVIMA para **producir y comercializar Aguardiente Doble Anís**.

Esta reflexión que inicialmente pudo considerarse plausible, debió generar en el ente investigador varias inquietudes para descartar, una de ellas correspondiente al siguiente cuestionamiento: ¿Es posible que, sin ser la propietaria de la marca, una fábrica de licores pueda obtener registro sanitario INVIMA para su producción y comercialización? La respuesta la ofrece el análisis en contexto de la prueba allegada a la actuación.

Frente a la primera regla del estudio previo 095, cuando se usa la expresión **«la empresa contratante»** debe entenderse que se refiere al Departamento del Huila o a la Gobernación del Huila, pues este ente territorial es quien acudiría en esa condición.

²⁴ Cuaderno soporte de estipulaciones, folio 42

Ahora, cuando se anota en el mismo estudio previo 095 como condición técnica del oferente, contar con registro INVIMA para la producción de Aguardiente Doble Anís con vigencia igual a la del contrato o superior, hace referencia a la autorización que otorgaría el propietario de la marca ante el INVIMA pues, sin duda alguna, el registro sanitario es de éste.

No se trata lo anterior de una afirmación producto de íntima convicción, está soportada en prueba que la misma Fiscalía aporta:

Obsérvese que en la cotización que envía la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia para este contrato, afirmó:

*«La Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia iniciará la producción el segundo día calendario, contado a partir de la fecha en que el Departamento del Huila **entregue a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, el registro del INVIMA** y cuente con la totalidad de los inventarios de materias primas e insumos requeridos para la producción»²⁵ (negrilla fuera del texto)*

Aquí empieza a aclararse que el registro sanitario INVIMA para la producción y distribución de Aguardiente Doble Anís, lo tiene la Gobernación del Huila, entonces cómo pensar que para la oferta los potenciales contratistas ya lo debían tener?

El suministro del registro INVIMA para fabricar el Aguardiente Doble Anís se hacía una vez nacía la relación contractual, por eso en la cláusula 7^a del contrato 0069 se señaló:

«SEPTIMA. OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA: 1) Suministrar al Departamento de Antioquia - Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, de acuerdo con las etapas del proceso

²⁵ Cuaderno de Estipulaciones probatorias, folio 91
Página 54 de 78

señaladas en la cláusula tercera, la autorización del INVIMA, para la fabricación por parte de la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, del licor»²⁶

Se refuerza lo dicho con la resolución 0003 de 2012, en la que expresamente se menciona que el Departamento del Huila es titular del monopolio de arbitrio rentístico en la marca Doble Anís, «*amparado debidamente en los registros que para tal efecto posee en el INVIMA*».

En efecto, dentro de los hechos y circunstancias estipulados, consistió en que «*El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA-, mediante la resolución número 2009013009 del 12 de mayo de 2009 emitida por la Subdirección de Registros Sanitarios, concedió a la Fábrica de licores y alcoholes de Antioquia el registro que la autorizaba como fabricante del Aguardiente Doble Anís*»²⁷

El contenido del hecho estipulado, es lo único con lo que se cuenta para verificar aquello que insistentemente ha planteado el ente acusador en cuanto al registro INVIMA, sin embargo, de ese aspecto fáctico se deduce que la FLA fue autorizada en 2006 para fabricar el aguardiente huilense mas no adquirió registro sanitario INVIMA.

De dicha autorización es claro comprender que lo era para efectos de los contratos celebrados en la fecha de la resolución del aludido Instituto, dado que, de otro modo, en la respuesta de la FLA a la invitación, no hubiese exigido a la Gobernación del Huila el registro sanitario para empezar a operar tal como se citó textualmente en precedencia.

²⁶ Cuaderno de Estipulaciones probatorias, folio 22

²⁷ Cuaderno Soportes de Estipulaciones probatorias, folio 12

Las anteriores reflexiones son reforzadas por testigos de la defensa que hicieron parte del grupo de asesores que acompañó a la exgobernadora en el proceso de formación de este y los demás contratos.

En efecto, Héctor Galindo Yustres, estuvo vinculado a la Secretaría de Hacienda del Departamento del Huila para la temporada de los hechos, fue quien brindó apoyo técnico para la elaboración de los estudios previos, por lo mismo, conocedor de los pormenores de la contratación.

Dicho testigo, respecto de la exigencia del registro INVIMA para las Licoreras invitadas, hizo referencia al reducido tiempo con el que se contaba para la producción del aguardiente y aclara que *«...de todas maneras para usted poder tener el registro Doble Anís, pues usted precisamente tiene que tener el permiso para el caso del Doble Anís, tiene que tener el permiso del titular del producto para poder hacer el registro ante el INVIMA y cambiar de productor...»*²⁸, y en este caso el titular del producto es el Departamento del Huila.

También aseguró este testigo que la premura del tiempo no permitía entrar en un acompañamiento por cuenta del Departamento a una fábrica de licores diferente de la FLA, para el registro INVIMA como nuevo productor del Doble Anís, afirmación que lleva a un cuestionamiento lógico y es por qué si la FLA tampoco lo tenía, ¿cuál era la razón para elegirla?

Encuentro dos respuestas a este interrogante: la primera que respecto de este contrato las demás fábricas de licores

²⁸ Sesión del juicio oral de 29 de junio de 2022, jornada tarde, récord 01:18:18

invitadas no presentaron cotización y la segunda, que de acuerdo con el análisis histórico contenido en los estudios previos, desde la desaparición de la fábrica de licores del Huila, se ha venido contratando con la FLA a partir del año 2009, lo que quiere decir que el registro sanitario se le refrenda cada vez que se suscribe un contrato y dicho trámite, se entiende que es de menor tiempo que el de realizar el registro de un nuevo productor. Esta última respuesta al interrogante, surge de lo aclarado sobre el punto por cuenta de José Nelson Polanía Tamayo, quien explicó:

«...es que nosotros estábamos en la urgencia y ante la situación apremiante que nos veíamos avocados a un desabastecimiento del Aguardiente Doble Anís, ahora, además de todo el trámite administrativo de los estudios y el tema de la contratación directa pues nos íbamos a encontrar con que no había un registro INVIMA y eso nos tomaba un tiempo largo mientras hacia todos los temas de la solicitud y los temas administrativos, que en este país son demasiados engorrosos. Obviamente esa situación con la que nos encontramos que la Gobernación de Antioquia, la FLA ya contaba con un registro pues nos facilitó y nos dio la posibilidad de que se solucionara de manera mucho más rápida la situación apremiante que teníamos de producir el Aguardiente Doble Anís...»²⁹

Por manera que este argumento para considerar el interés indebido en la celebración del contrato 0069, decae con la prueba documental y testimonial legalmente incorporada al juicio oral.

En síntesis, los medios de prueba no ofrecen la sensación de tranquilidad para afirmar con criterio irrefutable, que la exgobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, en el proceso de construcción del contrato 069 de 2012, se haya alejado de su deber de preservar el interés general para pasarlo indebidamente a uno de carácter particular, de donde se

²⁹ Sesión del juicio oral de 1 de noviembre de 2022, récord 03:20:02

concluye que no es posible llegar al conocimiento más allá de duda razonable acerca de la comisión del delito estudiado en este acápite.

Por lo indicado, se hace inoficioso un análisis de antijuridicidad o culpabilidad, en la medida que el caso no resiste una tesis de tipicidad subjetiva, luego, respecto de este contrato el resultado final debió ser la absolución a favor de CIELO GONZÁLEZ VILLA.

1.1.3. Contratos 00302 de 10 de mayo de 2012 y 00537 de 24 de agosto de 2012

Para estos contratos, la Fiscalía igualmente soportó su tesis acusatoria en las ordenanzas que lo sustentaron, no obstante, aplica el mismo análisis que se hizo respecto del contrato 069 de 2012, pues, allí se dejó claro que tales actos administrativos correspondían a soporte jurídico adecuado acerca de la autorización de la exgobernadora para celebrar contratos interadministrativos.

Ahora; se refiere el ente acusador en su descripción fáctica como soporte para identificar el interés indebido de la acusada en la contratación que:

- a) *«En los estudios previos N° 0095 del 7 de febrero, 498 del 4 de marzo y 791 del 23 de agosto de 2012, correspondientes a los contratos interadministrativos No. 0069, 0302 y 0537 del mismo año, respectivamente, elaborados en la ciudad de Neiva, se omitió hacer referencia a las opciones con las que contaba el Departamento para superar la necesidad del momento»*

- b) No se realizó análisis sobre la mejor opción desde los puntos de vista técnico, jurídico y económico.
- c) «no se establecieron criterios de verificación habilitantes que debieran ser cumplidos por los proponentes, frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad»
- d) No se refirieron a los factores de comparación para determinar la mejor opción.
- e) No se cuantificaron los aportes de cada parte.
- f) Se incluyó la condición de estar registrado el proponente en el INVIMA para la producción y distribución de Aguardiente Doble Anís, la cual solo podía cumplir la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia.
- g) En los estudios previos 498 de 4 de mayo de 2012, dentro de la justificación y la forma de solventar la necesidad, se incluyó que solo la FLA aparecía con registro sanitario vigente en el INVIMA para producir Aguardiente Doble Anís y de las etiquetas
- h) No se hizo referencia al presupuesto para la contratación, según el artículo “3.4.1.1. del Decreto 734 de 2012...”

Se responderá a cada uno de los citados criterios, en los cuales habrá de retomar aspectos analizados en cuanto al contrato 069 de 2012 y me anticiparé en el análisis del 0537 de 2012, dado que tales postulados de la Fiscalía, los aplica para los tres instrumentos jurídicos junto con sus resoluciones de justificación y estudios previos.

Al revisar los estudios previos 095, 498 y 791, elaborados para los tres contratos, si bien no se dice expresamente con qué otras opciones contaba la Gobernación del Huila para superar la necesidad del momento, lo cierto es que el contexto del contenido de estos estudios permite inferir que, de una parte, se optó por la contratación interadministrativa acudiendo a otra entidad de derecho público y no privado, como ocurrió en el pasado y, precisamente, es por ello que el grupo multidisciplinario que se conformó para orientar a la exgobernadora, consideró prudente acudir a las cuatro fábricas de licores más grandes del país.

De otra parte, se contaba con la opción de una licitación pública para lograr una contratación a mediano o largo plazo, lo que llevaba un tiempo prolongado que incrementaría el riesgo para el abastecimiento del licor con el consecuente detrimento de los recursos del Departamento y de igual manera la afectación a la imagen de la marca, lo cual es explicado por el testigo Jorge Pino Ricci, quien expuso que como los contratos anteriores habían vencido, la urgencia impuso acudir a la contratación directa.

Se iniciará con el análisis del estudio previo 095 de 7 de febrero de 2012, del cual surgió el contrato 0069 de 2012; allí se parte de los antecedentes de la contratación para la producción, distribución, comercialización y venta de Aguardiente Doble Anís, ante la liquidación que sufrió la empresa de licores del Huila desde el año 1997, lo cual, pese a que el Departamento no tiene la logística para operar en la producción del producto, aún conserva la propiedad de la marca y el monopolio de la misma, por lo que tiene que recurrir

a terceros para lograr abastecer el mercado y además, lograr obtener recursos importantes para sus finanzas. Por esto se dijo en el estudio previo analizado:

«Como antecedentes fácticos podemos establecer que desde la Liquidación de la industria Licorera de Huila, en el año 1997, el Departamento del Huila ha contratado con particulares la explotación del monopolio, en cuanto a la Producción, comercialización y venta de su propia marca, el Aguardiente Doble Anís; se inició desde el 01 de enero de 1998 hasta diciembre 31 de 2007 con la Industria de Licores Global S.A, a través del contrato de concesión No. 001 de 1997; en el 2008 con el contrato No. 1107 de 2008, se contrató con la misma firma la Industria de Licores Global S.A, la producción, comercialización, distribución y venta de 600.000 unidades de Aguardiente Doble Anís convertidas a 750 c.c., producción esta que cubrió el mercado hasta abril de 2009; a partir de mayo de 2009 el Departamento del Huila, ha contratado en forma directa, para lo cual ha suscrito contratos interadministrativos con el Departamento de Antioquia - Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, para la producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís de 30 grados alcoholimétricos; en la vigencia inmediatamente anterior, con el contrato No. 341 del 11 de abril de 2011, por 2.000.000 de unidades en presentación de 375 ml, adicionado en 1.000.000 unidades más, vigente hasta el 30 de noviembre de 2011, y cuya producción alcanzó para cubrir el mercado hasta el mes de Diciembre de 2011, y el contrato No. 1056 del 27 de diciembre de 2011 para la producción, comercialización, distribución y venta de 300.000 unidades de Aguardiente Doble Anís en presentación de 375 ml, producción esta que se prevé, abastecerá el mercado interno hasta mediados del mes de febrero de la actual vigencia.»³⁰

Del extracto anterior, se concluye que efectivamente la Gobernación del Huila sí era consciente de varias opciones para suplir la necesidad del momento, como eran la contratación directa que venía aplicándose desde el año 2009 o la licitación pública, la cual tenía prevista para realizar en el futuro con el propósito de solucionar el riesgo de desabastecimiento a mediano plazo:

«Para cubrir esta necesidad de abastecimiento mientras se surte todo el proceso precontractual y contractual que busca solucionar a mediano plazo la explotación del monopolio del Aguardiente Doble

³⁰ Cuaderno de Prueba documental de la Fiscalía, folio 24

Anís en nuestro Departamento, y para recaudar estos recursos que genera este proceso contractual, de tanta importancia para las finanzas departamentales, así, como para lograr el posicionamiento de nuestra marca en el mercado, la administración departamental con su oficina de contratación, ha decidido adelantar un proceso de contratación directa, que conlleve a la celebración de un contrato interadministrativo con entidad pública, con amplia experiencia en la producción de este tipo de licores para la producción, comercialización, distribución y venta de 1.500.000 unidades de Aguardiente Doble Anís de 30 grados alcoholimétricos, convertidas a 375 ml., contratación esta, amparada en la ley 80 de 1993, Artículo 2 numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, Decreto 0734 del 13 de abril de 2012, Ordenanzas 06 de 1994, 014 de 1997, 079 de 2005 y adicionalmente que:»³¹

Este texto es repetido en los tres estudios previos, el cual sustenta desde los puntos de vista fáctico y jurídico la necesidad de la contratación directa, del cual se deduce lo pretendido por la Fiscalía, pues concretamente no se menciona a qué clase de opciones pudo haber acudido el ente territorial.

Si la Fiscalía se refiere es al deber que se tenía de analizar entre las licoreras invitadas cuál era la mejor opción, dentro de un contexto de «*criterios de verificación habilitantes que debieran ser cumplidos por los proponentes*», valoración técnica, jurídica y análisis de comparación, debe recordarse que las fábricas fueron invitadas a presentar una cotización en el marco de un trámite de contratación directa, más no se presentaron en una licitación pública en condición de proponentes, que es el mecanismo que corresponde para analizar aquello que cuestiona el ente acusador.

Esto fue explicado por el jefe de la oficina de contratación del Departamento del Huila José Nelson Polanía para la época de los hechos:

³¹ Id. Folios 25 y 26

«fue una cotización que solicitamos para que nos dijeran si estaban en condiciones de producir y a qué precio para tomar como referencia el estudio previo, a qué precio nos podían producir, comercializar y fabricar las unidades de aguardiente que nosotros como Gobernación del Huila se requerían. Entonces se hizo esa solicitud de cotización»

Eso no genera vínculo, lo que se hace en este medio, es solicitar al proveedor de ese bien y servicio, en cuanto estarían en condiciones de proveerle a la entidad, en este caso, al Departamento del Huila, la producción de un número detallado, pero eso no genera vínculo. Es que una cosa es yo solicitar o que la entidad solicite una cotización en el marco de auscultar los precios del mercado y otra cosa, es yo de hacer una invitación formal, en este caso, ya con un pliego de condiciones, con una invitación formal a presentar propuestas, que eso si genera un vínculo y que la entidad titular debe de cumplir porque es que en ese vínculo van es a desarrollar unos requisitos para que esa entidad me cumpla unos requisitos y yo poder de acuerdo a una evaluación técnica, financiera y jurídica evaluar si efectivamente es la mejor o no es la mejor. Pero, en este caso, una cotización para nada jurídicamente no genera ningún vínculo, para nada ningún vínculo con la entidad que solicita y con el señor que me provee la cotización.

Nunca, la administración de CIELO GONZÁLEZ VILLA invitó a contratar a las fábricas de licores del país, las invitó a presentar cotizaciones, que es muy diferente a invitación a presentar ofertas, que quede eso claro.»³²

Esta visión del jefe de contratación encuentra respaldo en el contenido del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007

«ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. <Artículo modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

*No se requerirá de este registro, **ni de clasificación, en los casos de contratación directa;** ... y los **contratos de concesión** de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.»*

³² Sesión del juicio oral de 1 de noviembre de 2022, jornada mañana, récord 03:14:43 y siguientes.

Los tres contratos tuvieron su origen y justificación en una contratación directa para realizar la contrato interadministrativo con la FLA derivado de la urgencia en el abastecimiento de Aguardiente Doble Anís y la escogencia de la fábrica de licores, obedeció no solo a sus capacidades técnicas y financieras, sino que además era antigua contratista del Departamento del Huila, luego, resultaba fácil hacer un pronóstico positivo para la producción, distribución y venta de la bebida, debido al crecimiento que se advirtió en las ventas y el posicionamiento de la marca en el mercado en tiempos en que dicha fábrica cumplía esta misión.

En consecuencia, es claro que para seleccionar a la fábrica que produciría el Aguardiente Doble Anís, no era necesario entrar en análisis comparativos en cuanto a idoneidad o capacidades técnicas, jurídicas y financieras, se trataba de invitaciones para que presentaran cotizaciones las cuatro empresas mejor posicionadas en su momento, de las que, para el primero de los contratos, solo presentó cotización la FLA y ante la nueva invitación que se realizó lo hicieron además la Licorera de Caldas y la Empresa de Licores de Cundinamarca, frente a las cuales no era impositivo analizar en los estudios previos o justificación, por qué no fueron elegidas.

Ahora bien; en cuanto al reproche que realiza la Fiscalía acerca de no haberse cuantificado los aportes de cada parte, recuérdese que fueron contratos a **todo costo**, es decir, el Departamento del Huila en los estudios previos, no tenía presupuestado dinero alguno para invertir en la operación, sus pretensiones consistían en abastecer el mercado en forma

inmediata y de allí obtener fortalecimiento en la imagen de la marca para finalmente tomar las utilidades que daba la concesión por su uso y la venta del licor, todo, por acción directa del concesionario, el que solo se escogería con los análisis de experiencias pasadas, propuestas concretas en las cotizaciones y todo aquello que fuera más conveniente para el Departamento, lo cual efectivamente ocurrió con la selección de la FLA.

Siguiendo con el análisis de las tesis planteadas por la Fiscalía, retomando la discusión respecto del registro INVIMA para la producción de Aguardiente Doble Anís, recuérdese que en los estudios previos 095, en el que se soportó el contrato 0069 de 2012, no se anotó que la FLA era la única que aparecía con el registro sanitario para la producción de Aguardiente Doble Anís.

Lo que se entiende es que para efectos de la suscripción del acta de inicio³³, la cual marcaba la pauta para la contabilización de la duración del contrato, la FLA ya debía contar con la autorización en el registro que poseía el Departamento del Huila, luego, la inferencia razonable en este punto es clara y consiste en que entre la firma del contrato y la suscripción del acta, se hizo el trámite para autorizar a la FLA ante el INVIMA para operar produciendo el Aguardiente Doble Anís.

³³ Contrato 0069: «SEGUNDA. DURACIÓN DE LA CONCESIÓN: El término de duración de la concesión será de un (1) mes, contado a partir de la suscripción del acta de inicio suscrita entre el DEPARTAMENTO DEL HUILA Y EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA - FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA, misma que se suscribirá cuando se reúnan la totalidad de los requisitos para iniciar la producción, término que podrá suspenderse por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o prorrogarse si se considera necesario; en ambos casos de común» Folio 3 Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

La anterior inferencia lógica se obtiene del análisis conjunto del estudio previo 095 y el contrato 069 de 2012, pues, siendo una carga de la Fiscalía, no aportó prueba alguna que pueda desvirtuar lo que aquí se concluye, es decir, el ente acusador no demostró que desde el mismo momento de las invitaciones que se enviaron en enero de 2012 a las licoreras para que presentaran cotizaciones, la FLA ya aparecía autorizada en el INVIMA para producir Aguardiente Doble Anís.

Para los otros contratos, ante la ausencia de prueba que respalde el fin constitucional y legal que persigue el ente acusador, en los estudios previos 498 de 4 de mayo de 2012 y 791 de 23 de agosto sí se anota aquello que menciona la Fiscalía, es decir, que:

«...el Departamento de Antioquia - Fabrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, es la única licorera oficial que aparece con registro vigente como productor en el registro sanitario INVIMA del Aguardiente Doble Anís de 30 grados alcoholimétricos, así como el registro de las etiquetas, que le permitirían de manera oportuna suplir las necesidades de producción y con el ello un oportuno abastecimiento del mercado en el departamento del Huila...»³⁴

Al respecto, es preciso abordar nuevamente el tema de las invitaciones:

Dentro de las estipulaciones probatorias se incluyeron las invitaciones que se enviaron el 22 de marzo de 2012 a las fábricas de licores de Cundinamarca, Cauca, Valle, Antioquia y Caldas, en las que se les solicitaba lo siguiente:

«El Departamento del Huila está interesado en recibir cotización que nos conduzca a celebrar el contrato interadministrativo cuyo objeto

³⁴ Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía, folios 37 y 51

es realizar la producción a todo costo con la maquinaria DEL CONTRATISTA, ASI COMO LA DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA DE TRES MILLONES QUINIETAS MIL (3.500.000) UNIDADES DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS DE 30° GRADOS ALCOHOLIMÉTRICOS Y PRODUCTOS DEL PORTAFOLIO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA SUPERIORES A 29 GRADOS ALCOHOLIMETRICOS, EN PRESENTACIÓN DE 375 C.C O SU EQUIVALENTE EN CUALQUIER PRESENTACION DURANTE UN TERMINO DE. DIEZ (10) AÑOS; para tal fin anexo documento que contiene los requerimientos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos mínimos que deberá contener la cotización, la cual se recibirá hasta el día martes 10 de Abril del presente año.»

El anexo con los requerimientos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos que se menciona en la invitación, no fue objeto de estipulación y tampoco fue aportado por la Fiscalía o la defensa.

A la fecha de tal invitación (22 de marzo de 2012) ya había culminado la ejecución del contrato 069, por lo tanto, al momento de la elaboración de los estudios previos 498 de 4 de mayo del mismo año en que se fundamentó el siguiente contrato (el 302), era lógico que la FLA aun contara con autorización ante el INVIMA para producir, comercializar, distribuir y vender Aguardiente Doble Anís, dado el registro que se hizo para la anterior contratación e igualmente lógico que esto le diera una ventaja frente a las demás licoreras, pero no como elemento originado en un interés indebido de la exgobernadora en la celebración del contrato 302, pues el primero fue adjudicado a la FLA, empresa que como ya se indicó, fue la única que presentó cotización atendiendo la invitación de enero de 2012.

Es claro que, respecto de las invitaciones del 22 de marzo de 2012, cualquiera de las demás fábricas de licores pudo haber superado a la FLA a pesar de su inscripción en el INVIMA

para producir el licor del Departamento del Huila presentando una cotización con contenido atractivo para los intereses del ente territorial, no obstante, las siguientes fueron las cotizaciones que se recibieron:

1. La Industria Licorera de Caldas, para la producción de las tres millones quinientas mil botellas de 375ml anuales **a)** un aporte de 500 pesos por unidad para publicidad, **b)** incremento anual mínimo del 1% en la cantidad a producir y comercializar y **c)** un reconocimiento mínimo por uso de la marca de 980 pesos por botella³⁵.



Industria Licorera de Caldas
MANIZALES - COLOMBIA

CONDICIONES ECONÓMICAS

CONCEPTO-AGUARDIENTE DOBLE ANIS DE 30° ALCOHOLIMÉTRICOS EN PRESENTACIÓN 375 CC O SUS EQUIVALENTES A CUALQUIER PRESENTACIÓN	VALORES UNITARIOS EN PRESENTACIÓN 375 CC O SU EQUIVALENTE EN CUALQUIER PRESENTACIÓN
Aporte publicitario cotizado mínimo \$500- (crecimiento anual IPC)	\$500
Incremento cotizado mínimo en la cantidad a producir y comercializar anual mínimo 1%	1%
Cantidad a producir y a comercializar año 1. Mínimo 3.500.000 unidades de 385 ml	3.500.000
Reconocimiento mínimo cotizado por uso de la marca para el Departamento de Huila. Precio base mínimo \$980	\$980

FRANCISCO EDUARDO QUINTERO DELGADO
Gerente General

CARLOS EDUARDO NEIRA ESTRADA
Gerente Administrativo

CARLOS ALBERTO ARISTIZÁBAL OSPINA
Gerente Financiero (e)

2. La Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia presentó los costos de producción y comercialización del

³⁵ Cuaderno de soporte de estipulaciones probatorias, folio 101
Página 68 de 78

producto año a año, empezando desde el 2012 hasta el 2021 así: para el año 2012 parte de un valor oficial de la botella con 375 ml por \$9.233,00, valor al que se le deduce el descuento del comercializador \$1.446,00 y el aporte publicitario equivalente al 5,42% del precio unitario, es decir, \$500,00. Estas deducciones arrojan un resultado parcial de \$7.287,00 por cada botella, de los cuales se toman \$4.080 para el pago de impuesto por consumo, \$2.227,00 a favor de la FLA y por el uso de la marca un total de 980 pesos a favor del Departamento del Huila, calculándose así un total de \$3.430'000.000,00 que recibiría el ente territorial en el año 2012 por la producción y venta de tres millones quinientas mil unidades³⁶. Este ejercicio como se indicó, fue realizado año a año haciendo incrementos al valor oficial de venta.

PROPUESTA FLA AÑO 2012

Unidades Totales	3.500.000
Grados Alcohólicos	30

Concepto Aguardiente Doble Anis de 30° EN PRESENTACIÓN 375 ML	%	Valores Unitarios en 375 ml	Valores Total 375 ml	Valores Total 750 ml
Precio Oficial de Ventas 2012		\$ 9.233	\$ 32.316.200.000	\$ 18.466
Descuento Comercializador	15,66%	\$ 1.446	\$ 5.061.000.000	\$ 2.892
Aporte Publicitario	5,42%	\$ 500	\$ 1.750.000.000	\$ 1.000
Subtotal		\$ 7.287	\$ 39.127.200.000	\$ 14.574
Valor Participación Porcentual Impuesto		\$ 4.080	\$ 14.280.000.000	\$ 8.160
Costo Maquila FLA		2.227	\$ 7.795.200.000	\$ 4.454
Reconocimiento por uso de la marca		\$ 980	\$ 3.430.000.000	\$ 1.960

Al comparar las cotizaciones citadas, la proyección por los diez años que planteaba la FLA, resultaba más favorable a los intereses del Departamento del Huila, si se tiene en cuenta que la Industria Licorera de Caldas proponía de manera genérica

³⁶ Cuaderno de soporte de estipulaciones, folio 93

un incremento anual del 1%, lo cual resultaba inferior a lo ofrecido por la fábrica antioqueña.

A título de ejemplo, las dos fábricas planteaban pagar \$980,00 de cada botella vendida por el uso de la marca en el año 2012, si como lo exponía la empresa Caldense, para el 2013 se le incrementa el 1%, la utilidad del Departamento del Huila sería \$989,8, luego, al venderse las tres millones quinientas mil botellas, recibiría \$3.464.300.000,00, mientras que la FLA, partiendo de un precio oficial de cada botella, pagaría por el mismo concepto \$1.009,00, lo cual arroja por el mismo número de botellas un total de \$3.531.500.000,00, es decir, \$67'200.000,00 más de lo ofrecido por la Industria Licorera de Caldas.

De haberse superado la propuesta de la FLA, la inscripción en el registro INVIMA pasaba a ser un trámite secundario.

3. También cotizó la Empresa de Licores de Cundinamarca y al parecer comprendió equivocadamente la invitación, pues inició por manifestar que no se comprometía a distribuir, comercializar y vender el producto, luego fija un monto total por los diez años de la producción que le cobraría a la Gobernación del Huila, correspondiente a más de nueve mil setecientos millones de pesos³⁷.

Esta cotización no cumplía con las expectativas del Departamento del Huila, pues la invitación se realizó no solo

³⁷ Cuaderno soportes de estipulaciones, folio 109

para cotizar la producción, sino también la comercialización, distribución y venta del aguardiente, por lo mismo, resulta fácil comprender por qué no se tuvo en cuenta.

4. Al parecer también cotizó la Industria Licorera del Cauca, no obstante, solo se aportó la carta de presentación y en el contenido de las estipulaciones probatorias no se incluyeron las cifras o utilidades ofrecidas al Departamento del Huila y siendo así, no es posible valorar su actuación.

5. La Industria de Licores del Valle no aparece como cotizante en relación con la invitación de 22 de marzo de 2012.

En conclusión, no era el registro INVIMA el factor determinante para que la FLA fuera elegida, pues presentó una propuesta que dejó satisfechas las pretensiones del Departamento del Huila en cuanto a la utilidad que percibiría, el abastecimiento oportuno del mercado, el posicionamiento de la marca y la tranquilidad de no hacer uso de su presupuesto, pues, los contratos se ejecutaron a costa del contratista.

Se afirma también por el ente instructor que el 27 de abril de 2012 se llevó una reunión privada solamente con funcionarios de la Fábrica de Licores de Antioquia como un argumento más para pretender demostrar el interés que tenía la exgobernadora Cielo González Villa de favorecerlos.

Al revisar nuevamente el contenido de los escritos que enviaron las compañías de licores, recuérdese que la invitación

se les envió el 22 de marzo de 2012 y se les otorgaba plazo de respuesta hasta el 10 de abril.

Pues bien; las cotizaciones se enviaron en estas fechas: **i)** la Fábrica de Licores de Antioquia el 23 de abril de 2012; **ii)** la Industria Licorera de Caldas el 12 de abril del mismo año; **iii)** la empresa de Licores de Cundinamarca el 25 de abril y **iv)** la Industria Licorera del Cauca el 20 de abril. Esto significaría que todas las cotizaciones fueron extemporáneas.

No obstante, al parecer en los días 16 y 19 de abril se enviaron adiciones a las invitaciones a cotizar, pues así lo menciona la respuesta de la FLA y especialmente lo refiere la Licorera del Cauca cuando aduce que «...en atención a su escrito calendado 19 de abril de 2012, con radicación DAC078 mediante el cual ustedes aclaran que la invitación a cotizar enviada en días pasados no se efectúa dentro de un procedimiento formal de contratación, sino que es requerida por ustedes para la elaboración de los estudios previos...»³⁸

Quiere decir entonces que, de una parte, las cotizaciones no fueron extemporáneas y, de otra, que el aspecto cronológico de sus presentaciones, muestran razonable la reunión del 27 de abril de 2012 con la FLA, pues a ese momento ya había sido elegida entre las demás, al punto que solo 13 días después (10 de mayo de 2012) se firmó el contrato 302, en cuyos estudios previos no se ocultó lo relacionado con la reunión aludida, pues de ella surgió que el Departamento del Huila lograra una reducción de la maquila e incremento en el valor por el uso de la marca Doble Anís.

³⁸ Cuaderno soportes de estipulaciones, folio 113

En lo que respecta al contrato 537, me surgió inquietud, dado que el mismo se firma el 24 de agosto de 2012 estando vigente el 302, que iba hasta el 31 de octubre del mismo año y que de acuerdo con los estudios previos 791 de 23 de agosto el que se sustenta también en la reunión de 27 de abril, se explica que un informe de Apoyo Técnico de la Secretaría de Hacienda Departamental, muestra que a julio de ese año las ventas reales son de 1'960.580 unidades de presentación de 375ml.

De la cifra que aporta la Secretaría de Hacienda se obtiene la justificación para celebrar un nuevo contrato que abasteciera el mercado, pues, entre el contrato 069 y el 302, se había acordado la producción, comercialización y venta de un total de 2'200.000 unidades de 375 ml., y si a julio de 2012 se habían vendido 1'960.580, para el mes de agosto quedaba un remanente en el mercado de 239.420 unidades, las que, muy seguramente, para el momento en que se firmó el contrato 537, ya se habían vendido.

En conclusión, **sí** hubo en el comportamiento de CIELO GONZALEZ VILLA un interés pero de naturaleza legítima de favorecer la educación y la salud de los huilenses, el cual la llevó, acompañada de su grupo de asesores, así como de las opiniones de la Contraloría y de la Procuraduría, a elegir a la FLA como la mejor opción, dentro del contexto de un, igualmente legítimo, contrato interadministrativo que para el momento de los hechos, por tratarse de la producción del monopolio de licores, no era exigible la licitación pública como un mecanismo de convocatoria para la contratación, luego, era apenas viable la contratación directa, tal como lo explicó el

Consejo de Estado en la jurisprudencia que cité en precedencia.

Y si bien, a pesar de tratarse de unos contratos interadministrativos por vía de contratación directa, en cuya construcción la acusada estaba obligada a garantizar los principios de transparencia, imparcialidad y selección objetiva, no encuentro fractura alguna a ellos, pues, como lo reconoce la Sala Mayoritaria, los estudios previos contienen análisis jurídico válido, las invitaciones a cotizar se enviaron a las cuatro licoreras más grandes del país, todas ellas en capacidad de producir el aguardiente que necesitaba el departamento del Huila, sin embargo, dadas las circunstancias que se presentaron, la FLA resultó ser la mejor opción.

Con fundamento en lo dicho, la Fiscalía no logró acreditar la comisión de los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos a que se refiere el artículo 409 del Código Penal, con ocasión de los contratos 069, 302 y 537 de 2012. En consecuencia, reitero mi postura de absolución a favor de CIELO GONZÁLEZ VILLA respecto de estos cargos.

2. Del delito de falsedad ideológica en documento público.

El artículo 286 del Capítulo Tercero (*“De la falsedad en documentos”*) del Título IX (*“Delitos contra la fe pública”*) del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 de 2000), se refiere al delito bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 286. Modificado art. 14, Ley 890 de 2004. Falsedad ideológica en documento público. El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) meses a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) meses a ciento ochenta (180) meses.

De acuerdo a la literalidad de la norma, los elementos constitutivos de la conducta punible corresponderían con: a) sujeto activo calificado –servidor público-, b) que la conducta se ejecute en ejercicio de sus funciones, c) se extienda documento público que pueda servir de prueba y d) se consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad.

En el presente caso, la Fiscalía consideró las conductas «consignar» y «callar», para afirmar que CIELO GONZÁLEZ VILLA incurrió en múltiples delitos de falsedad ideológica en documento público, los cuales se cometieron al interior de los estudios previos 095, 498 y 791, las resoluciones 003, 039 y 213, los contratos 069, 302 y 537, documentos expedidos en el año 2012.

Fueron tres los hechos falsos que según la Fiscalía, se consignaron en las resoluciones de justificación, estudios previos y contratos espurios la Fiscalía:

1. Haberse afirmado que la Fábrica de Licores de Antioquia fue la única que manifestó *«su interés para la producción de Aguardiente Doble Anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el Departamento del Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia, Valle y Caldas a las que se había cursado invitación»;*

hecho que el ente acusador refiere encontrarse en los contratos 0069, 0302 y 0537 de 2012.

Anticipé la respuesta a este cuestionamiento dentro del análisis de cada contrato, en el que se concluyó que efectivamente la Fábrica de Licores de Antioquia fue la única que se ajustó a los requerimientos, necesidades y urgencia que planteó el Departamento del Huila en las invitaciones.

Recuérdese que no obra la respuesta a la invitación por parte de la Empresa de Licores de Cundinamarca a la invitación de enero de 2012, solo se pronunció con ocasión de la invitación de 22 de marzo del mismo año, pero planteó sus propias condiciones afirmando que no estaba dispuesta a distribuir y vender el producto, en últimas, lo que ofreció fue fabricar el licor y vendérselo al Departamento del Huila.

Por su parte la Licorera del Valle informó que no estaba en capacidad de cumplir con el requerimiento y la de Caldas en igual sentido frente al tiempo estimado para la producción.

2. Se afirmó que en enero y abril de 2012 se extendieron invitaciones a las cuatro licoreras pero solo fueron las de enero. Esto afirma la Fiscalía haberse consignado en las resoluciones 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto de 2012.

Este punto también fue objeto de verificación en acápite anteriores y quedó claro que con las respuestas otorgadas por la Licorera del Cauca y la Fábrica de Licores de Antioquia, al parecer hubo un escrito en abril que les dirigió la Gobernación

del Huila como complemento o aclaración a la invitación que se les hizo el 22 de marzo de 2012.

Tales respuestas a la invitación correspondían a la necesidad de producir 3.500.000 unidades de 375ml de Aguardiente Doble Anís al año y con logística para hacerlo durante diez años.

Ahora, el contrato 302 fue firmado el 10 de mayo de 2012 con vigencia hasta el 31 de octubre del mismo año (algo menos de cinco meses) y debían producirse 1.500.000 unidades del aguardiente huilense, mientras que al contrato 0537 de 24 de agosto de 2012 se le fijó un tiempo límite hasta el 31 de enero de 2013 (seis meses de duración) y para producir 2.000.000 de unidades de 375ml, lo cual quiere decir que las 3.500.000 botellas que se mencionaban en la invitación de 22 de marzo de 2012, fueron divididas en estos dos contratos, por lo que es razonable que en abril se haya adicionado o aclarado esta solicitud de cotizaciones.

Así, no es posible afirmar que por haberse anotado en las resoluciones 039 y 213 de 2012 que en el mes de abril se enviaron invitaciones, pueda traducirse indefectiblemente en un hecho falso que traduzca en el delito de falsedad ideológica en documento público.

Tampoco podría considerarse que al haberse mencionado las invitaciones a cotizar en el mes de enero en las resoluciones 039 y 213 de 2012, se está ante delitos de falsedad ideológica en documento público porque fueron enviadas con el propósito de construir un contrato distinto al que pertenecían estos actos

administrativos, pues, lo que se observa es una mención que hacía parte de solicitudes que desde el mes de enero se solicitaron a las mismas fábricas de licores, que le permitía a la Gobernación del Huila analizar lo más conveniente para la población huilense desde su función de garantizar la prevalencia del interés general.

Tales son los argumentos que me llevan salvar parcialmente el voto en esta sentencia, pues mi postura se mantiene en que la ex gobernadora CIELO GONZALEZ VILLA debe ser absuelta de todos los cargos que se le atribuyeron en este caso.

Fecha ut supra

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado