



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

República de Colombia
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala Especial de Primera Instancia

Magistrado Ponente:
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

SEP: 00065-2019
Radicado N° 41817
Aprobado Acta N° 045

Bogotá D.C, mayo treinta de dos mil diecinueve (2019).

Después de finiquitado el juicio dentro de la presente causa adelantada en contra de William Hernán Pérez Espinel, exgobernador del Departamento del Casanare, por las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, se apresta esta Sala Especial a dictar la sentencia de rigor.

Lo anterior, en consideración a la competencia que se adquirió, a partir de la vigencia e implementación del acto legislativo 01 de 2018.



FILIACIÓN DEL PROCESADO

William Hernán Pérez Espinel, hijo de Aristipo (fallecido) y Emma, natural de Bogotá, nacido el 12 de agosto de 1957, estudió periodismo en la Universidad Jorge Tadeo Lozano, unión libre con Gladis Agudelo, ganadero y comerciante de profesión e identificado con la cédula 9.520.708 expedida en Sogamoso-Boyacá.

RECUESTO FÁCTICO

En Auditoría Gubernamental con enfoque integral, realizada por la Contraloría General de la República, se registró el hallazgo fiscal 2004-F-20-04-60¹ del día 7 de diciembre del año 2004, al ente territorial Gobernación del Casanare, por las irregularidades y sobrecostos en que se incurrió en la celebración de los contratos 481 de octubre 9, 533 de octubre 21 y 582 de noviembre 5 del año 2002, suscritos entre el señor Gobernador de entonces, William Hernán Pérez Espinel, y la contratista Karol Emilce Cano Garzón; producto de los cuales se evidenció un detrimento patrimonial en disfavor de dicho departamento, por valor de ciento siete millones doscientos mil quinientos cuarenta (\$ 107.200.540) pesos.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

¹ Fls. 87 a 92 Cuaderno anexo original N° 6.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía General de la Nación dispuso, en principio, la apertura de investigación previa² el 28 de diciembre del año 2006, motivo por el cual se escuchó en versión libre al mandatario que para la época del hallazgo fungía como gobernador del departamento del Casanare, esto es, William Hernán Pérez Espinel, la cual tuvo lugar el día 27 de diciembre del año 2007³.

Luego de practicados otros medios de prueba, el ente acusador ordenó la apertura de instrucción el 11 de enero de 2008⁴, momento en el cual se dispuso escuchar en indagatoria al hoy acusado, para que respondiera por las irregularidades y sobrecostos, en la suscripción de los tres contratos referenciados en el informe de la Contraloría General de la República.

La diligencia de descargos, en efecto, se cumplió el día 7 de febrero del año 2008⁵; generándose, a partir de ese entonces, sucesivas ampliaciones en febrero 22 de 2008⁶, agosto 25 de 2009⁷, septiembre 16 de 2009⁸ y marzo 2 de 2010⁹.

Con posterioridad, se definió la situación jurídica de Pérez Espinel, concretamente el 28 de septiembre del año 2013, momento en el cual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, como presunto autor de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de

² Fls. 3-5 Cuaderno original N° 1

³ Fls. 134-138 Cuaderno original N° 1

⁴ Fls. 140-145 Cuaderno original N° 1

⁵ Fls. 183-198 Cuaderno original N° 1

⁶ Fls. 204-201 Cuaderno original N° 1

⁷ Fls. 273-280 Cuaderno original N° 2

⁸ Fls. 287-296 Cuaderno original N° 2

⁹ Fls. 30-35 Cuaderno original N° 3

requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo y peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso heterogéneo¹⁰.

Proferido el cierre de la investigación el 4 de enero de 2013¹¹, y su no reposición ante solicitud de la defensa del investigado¹², se calificó el mérito sumarial mediante decisión interlocutoria de abril 30 del año 2013¹³, por medio de la cual se acusó a William Hernán Pérez Espinel, exgobernador del departamento del Casanare, como probable autor de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía, en concurso heterogéneo, determinación contra la cual la defensa interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera adversa mediante resolución de junio 20 del mismo año¹⁴.

Los contratos tramitados y celebrados sin observar y verificar previamente el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, por los cuales se concretó la acusación fueron los siguientes: i) el distinguido con el N° 481 de octubre 9 de 2002, cuyo objeto era el suministro de víveres para los restaurantes escolares (frijoles y espaguetis) del Departamento del Casanare, por \$ 29.946.240, el valor real de la compra fue de \$ 19.086.200, generándose una diferencia de \$ 10.860.040; ii) en el contrato 533 de octubre 21 de 2002, para la adquisición de material didáctico, suscrito por \$ 146.763.000, el valor real de la compra fue de \$ 125.662.500, con una diferencia de \$ 21.100.500, y iii) en el contrato 582 de noviembre 5 de 2002, cuyo objeto era el suministro de cuatro mil

¹⁰ Fls. 192-238 Cuaderno original N° 3

¹¹ Fl. 259 Cuaderno original 3

¹² Fls. 274-282 Cuaderno original 3

¹³ Fls. 53-103 Cuaderno original 4

¹⁴ Fls. 136-151 Cuaderno original 4

(4000) textos escolares, suscrito por \$ 131.240.000, el precio de la compra fue por \$ 56.000.000, presentándose una diferencia de \$ 75.240.000 (fls. 6-11 c.a.o.5).

Esa contratación así detallada, suscrita entre el señor Gobernador de entonces, William Hernán Pérez Espinel y la contratista seleccionada, Karol Emilce Cano Garzón, generó un detrimento patrimonial en disfavor del Departamento de Casanare por valor de ciento siete millones doscientos mil quinientos cuarenta (\$ 107.200.540) pesos, por el sobrecosto en que se incurrió.

Frente a ello, la ganancia ilícita neta obtenida y cancelada a la contratista seleccionada, fue de nueve millones cuatrocientos treinta y un mil quinientos noventa y cuatro (\$ 9.431.594) pesos, en relación con el primer contrato; de catorce millones ciento veintitrés mil doscientos cincuenta y siete (\$ 14.123.257) pesos, para el segundo convenio y, de sesenta y nueve millones cien (\$ 69.000.100) pesos, para el tercer contrato, para un gran total de beneficio económico realmente pagado a Karol Emilce Cano Garzón, de noventa y dos millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y uno (\$ 92.554.951) pesos (fl. 205 c.a.o.6).

Esos comportamientos así detallados, conforme con la acusación, encuadran en los artículos 410, del Código Penal, que alude al contrato tramitado y celebrado sin observar y verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, en concurso homogéneo y sucesivo, según lo dispuesto en el artículo 31 *idem*;

de la misma manera, dentro del artículo 397 inciso 2° *ibidem*, que se refiere al peculado por apropiación, en concurso heterogéneo.

Se lee en la pieza acusatoria, que en efecto la misma alude a las dos primeras modalidades previstas en el artículo 410 del Código Sustantivo Penal, referidas a la tramitación y celebración de los contratos sin observar y verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, tal como puede verse a continuación: *“La conducta del doctor William Hernán Pérez Espinel, pudo ser antijurídica porque sin justificación atendible **suscribió**¹⁵ los contratos 481, 533 y 582 de 2002, a sabiendas de que había seleccionado una persona que no reunía los requisitos establecidos en los términos de referencia, comportamiento a través del cual vulneró de manera consciente y voluntaria el bien jurídico tutelado de la administración pública, por afectación del principio de legalidad de la contratación administrativa, que está regida también por los principios de economía y responsabilidad, y el deber de selección objetiva del contratista, todos estos consagrados en la ley 80 de 1993”¹⁶.*

Pero previamente, en la misma pieza acusatoria se había indicado: *“Todo lo anterior reseña una grave cadena de irregularidades por parte de quien seleccionó a la señora Karol Emilce Cano Garzón para ejecutar los contratos 481, 533 y 582 de 2002, no siendo otra persona que el propio gobernador William Hernán Pérez Espinel, quien no tuvo en cuenta que además de la falta absoluta de capacidad y experiencia técnica, económica y de infraestructura de la proponente aludida, tampoco contaba con el inventario de los elementos objeto de los suministros (espaguetis,*

¹⁵ Negrilla ajena al texto.

¹⁶ Fls. 95-96 Cuaderno original fiscalía N° 4

fríjol, balones y libros didácticos) y por ende, tenía que obtenerlos a través de la compra a terceros, con lo cual su labor correspondía a una intermediación, proceder que no fue incluido en las minutas de los contratos en los que se ofreció el suministro” (fls. 93-94 C.O.4 Fiscalía). Es decir, la selección de la contratista obedeció a la tramitación, mientras que, en la suscripción de los convenios, parece indicar que lo hizo sin verificar previamente que en su trámite se incumplieron los requisitos legales esenciales.

De esa manera, en la resolución acusatoria quedó claro que el procesamiento en contra de Pérez Espinel, se concretó por las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso heterogéneo con peculado por apropiación en favor de terceros.

Lo anterior se desprende, en primer lugar, de lo consignado en el acápite 6.2 de la mencionada decisión, relativo a las consideraciones que se tuvieron en cuenta para sustentar la existencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, momento en el cual se dijo puntualmente: “*Por lo anterior, la Fiscalía encuentra mérito suficiente para acusar al doctor William Hernán Pérez Espinel, exgobernador del departamento de Casanare, como presunto autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, consagrado en el artículo 410 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo, artículo 31 ibídem, como consecuencia de la tramitación y celebración de los contratos Nos. 481, 533 y 582 de 2002, con absoluto desconocimiento de los principios de economía y responsabilidad que orientan la contratación estatal, previstos en los artículos 25, numeral 1° y 26, numeral 5° de la Ley 80 de 1993, que condujo al deber de selección objetiva previsto en el artículo 29 ibídem, actualmente en la Ley 1150 de 2007, artículo 5°* (fl. 96 C.O. 4 Fiscalía).

Y, en el apartado 6.3, de la misma pieza acusatoria, relativo a las consideraciones frente al delito de peculado por apropiación, se dijo: *“La forma como en el capítulo anterior se describió la tramitación y celebración de los referidos contratos con desconocimiento de los principios de economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva que rigen la contratación estatal, conforme a las previsiones del artículo 31 del Código Penal, o “Concurso de conductas punibles”, constituye sustento razonable para formular acusación contra el doctor William Hernán Pérez Espinel, como presunto autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, en concurso heterogéneo con peculado por apropiación en favor de terceros, en calidad de presunto autor, agravado por la cuantía como lo prevé el inciso 2° del artículo 397 del C. Penal, en relación con el materializado a través del contrato 582 de 2002, por cuanto lo apropiado (\$ 75.240.000) excede los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes para dicho año”* (fl. 101 C.O.4 Fiscalía).

La referencia que se hace en el capítulo 6.3 al artículo 31 del Código Penal, simplemente reitera el concurso homogéneo y sucesivo de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previstos en el artículo 410 *idem*, pero cuando se aborda el delito de peculado por apropiación no se invoca ese mismo concurso homogéneo y sucesivo, sino el concurso heterogéneo de un único delito de peculado agravado por razón de la cuantía (artículo 397 inciso 2° *ibídem*).

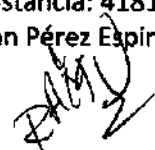
No obstante, en los apartados 6.3.1, 6.3.2 y 6.3.3 de la acusación¹⁷, se habla de la apropiación por cada uno de los contratos, lo cual sugiere una referencia a tres delitos de peculado, no a uno como se hace posteriormente.

¹⁷ Fls. 97 y 98 Cuaderno original 4 de la Fiscalía.

Frente a esa aparente ambigüedad de la acusación, específicamente en la imputación jurídica del peculado, la Sala advierte que es –de todas maneras- razonable la conclusión de delito unitario de peculado, en atención a la unidad de propósito, el contexto espacio temporal y modal, visto el favorecimiento direccionado a la misma contratista y exactamente con las mismas irregularidades en cada uno de los contratos, lo cual se compadece con la forma como aparece tipificada la conducta en el artículo 397 del Código Penal, es decir, con la gradualidad de la pena dependiente de la cuantía de lo apropiado.

Y se advierte que no es absurda la imputación única del delito de peculado por apropiación, porque, a diferencia de la vida que es un bien jurídico personalísimo, la administración pública –concretamente el patrimonio público- finalmente puede unificarse por un resultado que se deja ligar cuantitativamente, lo cual sería impensable para varios resultados de muerte –así sea una sola la acción-, por ejemplo, pues en tal caso es ineludible la solución del concurso material de delitos.

De modo que la cuestión de la unidad o pluralidad de delitos está estrechamente vinculada con las descripciones conductuales, la interpretación de los tipos penales de la parte especial del respectivo código y la relación entre los tipos penales. En este caso, el artículo 397 del Código Penal está estructurado por tres incisos, el primero de los cuales se refiere al tipo básico o fundamental de peculado por apropiación, mientras que el segundo y el tercero atañen a tipos circunstanciados por la cuantía de lo apropiado, agravado y atenuado, en su orden; de modo que la interpretación de la norma tolera la unificación comportamental por la apropiación total.



Adicionalmente, además de la discusión de orden sustancial ya referida (unidad o pluralidad de imputaciones), tampoco puede soslayarse que la acusación se hizo por un único delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, de modo que ningún cambio sustancial puede introducirse en esta sentencia, sin llegar a transgredir el principio de congruencia y las derivaciones de él que constituyen las garantías de contradicción y defensa.

En esas condiciones, la actuación fue remitida ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, competente para ese entonces para conocer de la fase del juzgamiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 75 de la Ley 600 de 2000; disponiéndose, en primer lugar, por parte de esa Corporación el traslado de 15 días a que se contrae el artículo 400 ibidem, término dentro del cual, el señor defensor del procesado solicitó una nulidad y la práctica de unos medios de prueba¹⁸.

En ese orden de ideas, el 28 de enero de 2014, se da inicio a la audiencia preparatoria, oportunidad en la cual la Corte resuelve negativamente la solicitud de nulidad impetrada, ordena la práctica de varios medios de prueba, pero igualmente negó por improcedente la realización de unas pruebas invocadas por la defensa del acusado, quien impugnó dicha determinación¹⁹.

¹⁸ Fls. 15-41 Cuaderno original 1 Corte

¹⁹ Fls. 102-134 Cuaderno original 1 Corte

El 26 de febrero del año 2014, se continúa la audiencia preparatoria, momento en el cual la Corte decide reponer la decisión del 28 de enero pasado, en relación con la ampliación del testimonio de Héctor Orlando Piragauta Rodríguez, quien entonces fue citado para la audiencia pública²⁰.

Y antes de dicha fase procesal, la Corte dispuso no abrir incidente de objeción al dictamen que sobre valoración de perjuicios reclamara el acusado, pues no se determinó cuál era el yerro puntual que podría dar lugar al mismo y porque, en todo caso, esa valoración y contradicción quedarían diferidas para el momento de una eventual sentencia de condena²¹.

Finalmente, en sesiones llevadas a cabo los días 12 y 13 de noviembre de 2014, mayo 11 y octubre 13 del 2015, se celebró la audiencia pública de juzgamiento, en cuyo desarrollo los sujetos procesales tuvieron la oportunidad de realizar sus exposiciones y esa la razón por la cual, con la emisión y desarrollo del acto legislativo 01 de 2018, se activó la competencia de esta Sala especial para finiquitar el presente asunto, por lo que a ello se procede.

DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

1. Interrogatorio del acusado.

²⁰ Fls. 144-155 Cuaderno original 1 Corte

²¹ Fls. 267-275 Cuaderno original 1 Corte

El señor Pérez Espinel, al responder el cuestionario al que fue inducido, hace un relato detallado de las modalidades contractuales sobre las cuales ha recaído el cuestionamiento en su contra, para indicar que por la cuantía de las mismas no se precisaba de licitación pública, en cuanto ésta solamente cobija actuaciones de esa naturaleza, cuyo monto fuera de trescientos nueve millones un peso en adelante (\$ 309.000.001), como claramente lo establece la Ley 80 de 1993, en su artículo 30.

Que, precisamente, los contratos identificados con los números 533 y 582 se encuentran dentro del rango de \$ 30.901.000 a \$ 154.500.000, esto es, superior al 10% e inferior al 50% de la menor cuantía; mientras que el contrato 481, se encuentra dentro del margen de \$ 15.450.001 y \$ 30.900.000, vale decir, el 10% de la menor cuantía.

Lo anterior, para resaltar que se trataba de procedimientos de selección diferentes, que no implicaban el cumplimiento de las plenas formalidades, en la medida en que para los primeramente mencionados, solamente se requería de por lo menos dos (2) ofertas y la invitación pública por un término no inferior a dos (2) días, conforme lo disponía el inciso 5° del artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

Mientras que en relación con el 481, ubicado dentro del rango no superior al 10% de la menor cuantía, esto es, entre \$ 15.450.001 a 30.900.000, se precisaba de solicitud de oferta verbal o escrita, de conformidad con el inciso 4° del artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

Pero que, además de lo anterior, los procedimientos adoptados en la Gobernación del Casanare durante el año 2002, estuvieron ceñidos a los mandatos constitucionales y legales que posibilitaban la delegación de funciones para la fase contractual, de conformidad con los artículos 209 y 211 incisos 2° y 3° de la Constitución Política, 12, 23, 24, 25, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993, 7° del Decreto 679 de 1994, 37 del Decreto 2150 de 1995, 10° de la Ley 489 de 1998 y la resolución 2045 de 2001; por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 211 de la norma superior, *“La delegación exime de responsabilidad al delegante”*.

Pero se suma a lo anterior el hecho de que eran cientos de contratos a los que debían realizarle estudios de conveniencia, establecer los términos de referencia, análisis y evaluación de los estudios técnicos, económicos y jurídicos de las propuestas, por lo que era humanamente imposible pretender que él pudiera tener control sobre la actividad contractual, pues que debía cumplir igualmente con múltiples obligaciones derivadas de su cargo.

Que con esa delegación, precisamente lo que se pretendió fue cumplir cabalmente con los principios de economía y celeridad en beneficio de la comunidad, porque además se adelantaba por personal idóneo.

En esa medida, el acusado reafirma que el direccionamiento lo realizaba la Secretaría General, pero que cada Secretaría, de acuerdo con su especialidad, se ocupaba del respectivo tema.

Que igualmente, para el caso en particular, los estudios de mercado estaban delegados en la Secretaría de Educación, el ejercicio de la vigilancia de los contratos en cabeza de la oficina jurídica, mientras que la interventoría y liquidación era responsabilidad de cada Secretaría, porque así estaba definido en la delegación.

Por ello, reafirma el hecho de la inexistencia de la unidad paralela de contratación en la Gobernación del Casanare, para la época en la cual fungió como tal, contrario a lo manifestado por el jefe de la oficina jurídica de entonces, Jorge Cortés Colmenares, conforme lo ratificó Héctor Orlando Piragauta Rodríguez, Secretario de Educación de ese momento.

Reitera, en consecuencia, que en su calidad de gobernador solamente suscribió los contratos, motivo por el cual no participó en la elección y selección de la contratista Cano Garzón, a quien ni siquiera conoce, la cual fue escogida por la junta de compras y licitaciones creada por medio de la Resolución 2045 de 2001.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

En virtud del principio de permanencia de prueba, la delegada del ente acusador, de entrada, pide la expedición de sentencia condenatoria en contra del acusado Pérez Espinel, como autor penalmente responsable de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso heterogéneo, según lo previsto en los artículos 410 y 397 inciso

2° del Código Penal, respectivamente, todo en armonía con los hechos y conceptos de violación de normas y bienes jurídicos expuestos en la resolución acusatoria.

Advierte que, frente al primer comportamiento delictivo, se cumple con los estándares de la teoría del delito, así como los requisitos del tipo penal en sus aspectos objetivo y subjetivo; además de que la exigencia, en cuanto a la cualificación del sujeto activo, se encuentra establecida la calidad de servidor público del procesado, como gobernador del departamento del Casanare para el año 2002.

Que como gobernador suscribió los contratos 481 para el suministro de víveres, por valor de \$ 29.946.240; 533 para la adquisición de material didáctico, por valor de \$ 146.763.000 y 582 para la dotación de instituciones educativas, por un precio de \$ 131.240.000; los que desde el punto de vista formal aparentaban estar debidamente suscritos, pero que fue evidente la violación a los principios de transparencia, selección objetiva y economía, parte esencial de los mismos, por lo que resultan vulnerados los mandatos previstos en los artículos 209, 339 y 341 de la Carta Política, 25, 26 y 30 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 01 de 1984, en su artículo 2°.

Y, para fundamentar esa pretensión condenatoria, la representante del ente acusador se refiere a la declaración que rindiera Jorge Cortés Colmenares, jefe de la oficina jurídica de la gobernación del Casanare para la época, quien fue claro en aseverar que el contratista era escogido por el ordenador del gasto, es decir, por el acusado, en una especie de unidad

“paralela” que funcionaba en esa dependencia, después de lo cual se realizaba la correspondiente minuta.

De la misma manera, se refirió al testimonio de Jair Antonio Agudelo Chaparro, profesional universitario adscrito a la Secretaría de Educación de la Gobernación del Casanare para el año 2002, quien fue enfático en señalar que esa dependencia se regía por los parámetros de instancias superiores provenientes del despacho del señor gobernador, mientras que la labor que ellos desempeñaban era solo de forma, pues los contratistas eran seleccionados en la oficina jurídica del ente departamental, para disponer de los dineros del erario público.

Debe tenerse en cuenta, aduce igualmente la Fiscalía, la primera declaración que rindió Héctor Orlando Piragauta Rodríguez, quien, en aquella oportunidad, hizo saber que en el proceso de contratación todo le correspondía al grupo que para esos efectos existía en la Gobernación, no obstante su cambio de versión en la vista pública, donde trató de retractarse para justificar al gobernador, endilgándose esa escogencia; de donde se desprende el ánimo de favorecer a su amigo, lo que puede parecer entendible, pero no aceptable.

Agrega la representante fiscal que estos testimonios no aparecen aislados, por cuanto también obra prueba documental que señala la responsabilidad del acusado. Sobre el particular, empieza por indicar que en relación con los términos de referencia elaborados para estos contratos, la señora Karol Emilce, contratista escogida, ni siquiera tenía experiencia,

mucho menos capacidad económica para contratar (hora 2:20:15 del registro de la sesión de noviembre 13/14).

Que en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Yopal -Casanare-, se evidencia que tan solo 21 días antes de iniciarse los contratos cuestionados, aparece inscrita Karol Emilce Cano Garzón como comerciante, lo que demuestra cómo no cumplía con los términos de referencia, pues no se acreditó su capacidad económica, referida a sus activos y pasivos, con los cuales pudiera garantizar la entrega de los anticipos.

Según el criterio de la Fiscalía, la situación anterior demuestra que a una contratista con apenas 20 años de edad, que fue escogida con desconocimiento de los principios de selección objetiva, le entregaron más de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000).

Agrega, cómo muy sencillo hubiese resultado para la Gobernación de ese entonces, verificar si en efecto la contratista en mención había realizado los suministros que supuestamente le certificaron “Didácticos G y G” y “Comunicación Total”, para establecer si de verdad aquella contaba con la experiencia previa requerida.

Le parece a la Fiscalía sumamente sospechosa, además, la declaración rendida por Cano Garzón, pues niquiera recordaba que a sus 20 años había contratado por una suma superior a los trescientos millones de pesos y tampoco el tipo de suministros que le había entregado a la Gobernación. Por este motivo, se

pregunta si será que solamente este tema se quedó en el papel y nunca pasó por las manos de la contratista ese dinero, quedando en manos de terceros?

A partir de los hallazgos de la Contraloría, observa la fiscal, se evidenciaron unos mayores valores en la contratación, puntualmente en el contrato 481 suscrito por \$ 29.946.240, finalmente se materializó en \$ 19.086.200, evidenciándose un sobrecosto de \$ 10.860.040; en el contrato 533 suscrito por \$ 146.763.000, que tuvo un costo final de \$ 125.662.500, generándose un sobrecosto de \$ 21.100.500 y, finalmente, el contrato 582, al que se le asignó un presupuesto de \$ 131.240.000 y el valor de la compra asendió a \$ 56.000.000, se generó un mayor valor de \$ 75.240.000. Agrega a renglón seguido, que todas estas irregularidades tuvieron que haber sido conocidas por el Gobernador del momento, en consideración a que se estaba contratando con la misma persona, lo que conllevó a la falta de transparencia en el proceso de selección objetiva de la contratista.

Hace especial énfasis en el hecho de que a partir de las constancias aportadas por la contratista para acreditar la supuesta experiencia, las mismas no podían ser ciertas, en atención a que aquella se había iniciado en la actividad comercial tan sólo unos días antes, tal como se desprende de la certificación expedida por la Cámara de Comercio de Yopal.

De acuerdo con la apreciación fiscal, se obró en contravía de los fines de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, pues que sin justificación alguna se

suscribieron los contratos, a sabiendas de que se había seleccionado a una persona que no cumplía con los requisitos previstos en los términos de referencia, vulnerándose de esa manera de forma consciente y voluntaria el bien jurídico de la administración pública.

Considera, igualmente, que la actuación del exgobernador Pérez Espinel fue dolosa, pues conocía la naturaleza delictual de los comportamientos y sin reparos los llevó a cabo, como quiera que ideó el mecanismo para burlar las consecuencias jurídicas de su actuación, al delegar formalmente los actos contractuales para la selección de la contratista en un funcionario del orden directivo pero subordinado de su despacho.

Advierte que el acusado actuó en calidad de autor frente al delito previsto en el artículo 410 del Código Penal, no obstante pretender ampararse en la figura de la delegación, conforme con la Resolución 0612 de 2001, artículos 12 de la Ley 80 de 1993 y 37 del Decreto-Ley 2150 de 1995, olvidando que la figura de la delegación no es absoluta, pues no puede quebrantar la ley y que, de conformidad con la C-372 de 2002, el delegante no queda desligado de las actuaciones del delegatario; porque además, él era el ordenador del gasto, actuación que no podía delegar y, por consiguiente, le correspondía vigilar a quién le entregarían esos dineros.

Agrega, a renglón seguido, que los principios de confianza y buena fe tampoco eximen de responsabilidad al acusado, pues se exige de su actuación la máxima diligencia y cuidado, haciéndose responsable del riesgo, y cita como soporte de su afirmación el

referente jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, distinguido con el radicado 25495 de mayo 6 del año 2009.

Solicita, en consecuencia, sentencia condenatoria por este comportamiento delictivo, en la medida en que se desconocieron los principios de economía, responsabilidad y selección objetiva, previstos en los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política y 25, 26 y 30 de la Ley 80 de 1993.

Frente a la conducta punible de peculado, advierte en primer lugar la representante del ente acusador, que igualmente se encuentra establecida la condición de servidor público del acusado, además de los sobrecostos advertidos, con la exclusiva finalidad de incrementar el patrimonio de terceras personas.

Reitera el indebido favorecimiento del exgobernador hacia la selección de la contratista Cano Garzón, para la asignación de los tres contratos objeto de cuestionamiento, lo que permitió que de manera subsiguiente se generaran sobrecostos que incrementaron indebidamente el valor de los contratos, dineros del erario departamental que terminaron en el patrimonio de la contratista. Este detrimento patrimonial advertido inicialmente por la Contraloría y corroborado posteriormente por el CTI en su labor investigativa, fue estimado en un principio en la suma de ciento siete millones trescientos mil quinientos cuarenta (\$ 107.300.540) pesos.

En ese orden de ideas, considera que el actuar del exgobernador William Hernán Pérez Espinel fue doloso, en la medida en que coexisten los componentes cognitivo y volitivo, pues tenía conciencia de sus actos, en consideración a su experiencia laboral y formación profesional, lo que permite inferir que conocía el proceso de contratación pública, enrutando su comportamiento al favorecimiento de Karol Emilce Cano Garzón.

Por todo lo anterior, considera que se encuentran reunidos todos los requisitos para que se condene al procesado William Hernán Pérez Espinel, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previsto en el artículo 410 del Código Penal, en concurso homogéneo, y en concurso heterogéneo con el de peculado, consagrado en el artículo 397 del mismo estatuto punitivo, agravado en consideración a la cuantía.

3. Intervención del Ministerio Público.

Empieza por indicar el representante del Ministerio Público, que en el presente caso debe emitirse sentencia de condena en contra del procesado, porque en su criterio obran las dos certezas que exige la ley 600 2000, en concordancia con la Constitución Política y el Estado de derecho que nos rige.

Recrimina con vehemencia la actitud del exgobernador, quien tan pronto llega a su cargo le da la espalda a su comunidad, no obstante que la política educativa y las ayudas gratuitas a los estudiantes de las instituciones educativas oficiales figuraban entre los planes de su administración.

AMU
2

Por ello le parece inverosímil creer que durante tres años haya delegado el tema contractual, para convertirse en un simple firmante, a sabiendas de que el delegatario puede subdelegar y así sucesivamente, para que a la hora de rendir cuentas no aparezca ningún responsable. Además, en la declaración ante la Corte, ha evidenciado que sabe bastante de contratación administrativa, es un sociólogo y un político que conoce las necesidades cotidianas.

Que el ejercicio de una mediana diligencia lo pudo llevar a que, por ejemplo, camino a su despacho, averiguara por el valor de los frijoles y espaguetis, porque sobre eso versaba el primer contrato y, al llegar a su oficina y ver que la propuesta recomendada estaba desfasada, advertir que había un sobrecosto evidente.

Y que en relación con los subsiguientes contratos, el segundo tenía por objeto el suministro de balones y elementos deportivos, mientras que el tercero se refería a un libro de texto, de modo que no eran elementos abstrusos; razón por la cual, en su sentir, no puede ser verosímil tamaña negligencia.

Por otro lado, cuando se refiere al testimonio del señor Héctor Eduardo Piragauta Rodríguez, a quien sitúa en actitud de malabarista en esa fecha²², por cuanto en su primera declaración - junio de 2009 - indica que no tuvo conocimiento de la contratación de la señora Karol Emilce Cano Garzón, ya que ellos

²² Se refiere al testimonio que en la mañana del 13 de noviembre del año 2014 rindiera ante la Corte Suprema de Justicia.

no tenían la potestad de invitar a nadie, pues que ese proceso estaba en cabeza de la Secretaría General y de la Unidad de Contratación de la Gobernación, dado que su único interés era cumplir los compromisos frente a la calidad de la educación, para responderle a las instituciones educativas; pero que al ser indagado cómo era la selección de los proponentes, señala que ello no le correspondía, pues el tema estaba centrado en los integrantes del Grupo de Contratación de la Gobernación, quienes eran los que revisaban las propuestas, agregando que en últimas el gobernador era quien decidía; que no solamente tenía un grupo de abogados, sino otro de profesionales diversos en el despacho, y que a ellos –como secretaria de educación- les llegaba todo listo y el secretario sabía la metodología y el trámite que se le daba a las propuestas.

En cuanto a la declaración del abogado Jairo Antonio Agudelo Chaparro, adscrito a la Secretaría de Educación de la Gobernación del Casanare para la fecha de los hechos como profesional universitario, y aunque tenía un rol más relacionado con temas docentes, reconoce que visó los contratos 481, 533 y 582, luego de constatar que se ajustaban a las normas aplicables, aunque indica que ello obedecía a órdenes expedidas directamente por el despacho, tanto del Gobernador, como de las dependencias centrales de la gobernación; es decir, que el trabajo que ellos realizaban era meramente mecánico, esto es, revisar que las minutas se elaboraran en debida forma, pero que ninguna ingerencia tenían en la elección del contratista finalmente escogido. Resalta lo manifestado por el testigo, en el sentido de que los contratistas eran seleccionados en las oficinas centrales de la gobernación, lo que era vox populi en ese ente territorial.

Trae a colación, igualmente, el testimonio de Jorge Cortés Colmenares, de junio 19 de 2009, quien frente a la pregunta de qué oficina, según su conocimiento, se encargaba del proceso de selección del contratista, de la verificación de precios de las propuestas elegidas, de los estudios de mercado y de los análisis de las ofertas dentro de los contratos en mención, afirma que en últimas quien seleccionaba al contratista era el gobernador, que esa era la realidad, conjuntamente con su equipo o la unidad de contratación de facto que funcionaba en el último piso en el despacho del gobernador.

Y, según el pensamiento del Ministerio Público, esto si es verosímil y también tiene lógica, pues de esa manera se podría explicar lo que ocurrió en la sesión de esa mañana de 13 de noviembre del año 2014, cuando el señor Piragauta Rodríguez rindió su declaración ante la Corte, pues al correlacionarlo con su primera intervención, se genera una especie de dilema humano, pues si se mantiene en su primera declaración, en palabras del representante de la sociedad, condenarían a su amigo, pero si la cambia, lo condenarían a él; por lo que, según lo refiere la Procuraduría, el declarante acude a un término medio que él cree audaz, como decir que seleccionó la propuesta porque objetivamente le pareció muy buena, pero intenta que pase inadvertida, sin mencionar el nombre de la contratista, porque sabía muy bien que era absolutamente inidónea para obtener tal contrato. En razón de estas maniobras, repone el interviniente oficial, en el evento de una sentencia condenatoria, será la Fiscalía General de la Nación la que determine si inicia investigación penal por falso testimonio en su contra.

Por otro lado, en relación con la actitud asumida por el procesado, cuando afirma que para la vigilancia del desarrollo contractual estaban los interventores, si bien no se le interrogó sobre quién controlaba a los interventores, porque por supuesto no podían ser ruedas sueltas en la administración departamental, considera que el exgobernador no puede eximirse de los deberes de vigilancia y control, que no pueden confundirse con las recomendaciones morales que nos dice pregonaba todos los lunes en sus consejos de gobierno.

Sobre el particular, cita puntualmente el siguiente aparte de la C-693 de 2008: *“La delegación implica la permanencia de un vínculo entre el delegante y el delegatario, que se manifiesta en las atribuciones de orientación, vigilancia y control que el primero mantiene sobre el segundo. El delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de este tipo de atribuciones”*.

Y agrega que no fueron pocos, ni pequeños los sobrecostos en los tres contratos, ni pueden explicarse porque haya habido que pagar muchos impuestos o el AIU, que es la sigla del pago de un 15 % que se reconoce al contratista por los gastos de administración, imprevistos y utilidad.

Que al sumar los tres excedentes -y se habla de cifras de hace 12 años²³-, da un total de \$ 107.300.000 y al aplicar el descuento por costos contractuales, administrativos y el AIU del 15%, o sea de 16.095.000, se concluiría en todo caso un sobrecosto mínimo

²³ Su intervención se produjo el 13 de noviembre del año 2014.

y una apropiación delictiva por parte de la contratista de más de noventa millones de (\$ 90.000.000) pesos.

No apropiarse de los bienes públicos, ni permitir que otro lo haga, es una ley elemental de la administración pública y de la justicia, es la frase de cierre del representante del Ministerio Público, para reiterar su pedimento de condena en contra del procesado, en consideración a las pruebas obrantes en su contra.

4. Intervención de la parte civil.

El representante de la parte civil, muy coherente con su posición, de manera puntual planteó que si se llegare a establecer la responsabilidad penal del acusado, así como los perjuicios que se hubiesen podido generar con estas conductas punibles, que los mismos sean pagados de manera actualizada, en favor de la Gobernación del Departamento del Casanare, para que regresen al patrimonio y sean aplicados y destinados esos recursos, conforme a los principios de transparencia, economía y moralidad.

5. Intervención de la vocera del acusado.

La profesional del derecho que actúa como vocera del acusado, comienza por explicar de manera detallada la estructura orgánica de la administración departamental que en su momento lideró el señor William Hernán Pérez Espinel, para seguidamente aludir a las competencias de cada dependencia y a las funciones

específicas de cada funcionario, y de esa manera, concurre que los procesos contractuales estuvieron en cabeza de otras personas, en virtud de la figura de la delegación, derivado ello del artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias.

Aduce que para el momento de los hechos no podría hablarse de deberes de vigilancia y control en cabeza del hoy acusado, pues que solamente con la expedición de la Ley 1150 de 2007, que empezó a regir en enero del 2008, se podía endilgar tal responsabilidad, porque tampoco resultaba aplicable, para ese entonces, lo indicado en la sentencia C-693 de 2008, en materia de responsabilidad por parte del delegante; ni la C-372 de 2002, por referirse a un tema de responsabilidad contractual en materia de repetición y no a la actividad contractual, por el fenómeno de la delegación.

Que el exgobernador Pérez Espinel delegó solamente la etapa precontractual, motivado por la celeridad en el proceso de selección, porque además le resultaba humanamente imposible adelantar todos los trámites inherentes a ese proceso de selección, en virtud de las múltiples ocupaciones que como gobernador tenía que afrontar, pues que, de no haber delegado, todas las necesidades de la comunidad jamás se hubiesen cumplido oportunamente.

Se refiere después a las modalidades contractuales, conforme con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que implicaron la elaboración de los tres contratos objeto de cuestionamiento, para indicar que por tratarse de contratos de menor cuantía, no

requerían de licitación pública, pero que, inclusive, en aras de la transparencia, en los distinguidos con los números 533 y 582 se acudió al mecanismo de la publicidad, aunque la ley no lo exigía, dando oportunidad de esa manera a la participación ciudadana; todo lo cual en su sentir demuestra que el Gobernador no tenía ningún interés en que Karol Emilce Cano Garzón suscribiera dichos contratos, pues que suficiente hubiese sido con las invitaciones a los proponentes.

En ese orden de ideas, se refiere seguidamente al contrato distinguido con el número 481, para indicar que el mismo se enmarcaba en la cuarta modalidad, esto es, inferior al 10% de la menor cuantía, que estaba por debajo de los treinta millones novecientos mil (\$ 30.900.000) pesos y el contrato era por valor de veintinueve millones novecientos cuarenta y seis mil doscientos cuarenta (\$ 29.946.240) pesos, el cual se podía celebrar realizando una sola invitación y, pese a que tampoco requería de aviso público, el mismo se hizo con el fin de que en la oferta se seleccionara al mejor oferente, entre todos los que estuviesen interesados en participar en dicho proceso.

Así las cosas, considera que los tres contratos cumplieron con la normatividad vigente para el momento, garantizaron los principios de publicidad, de selección objetiva, de responsabilidad y de transparencia, además de que, reitera, fueron contratos que no se adelantaron en el despacho del señor Gobernador, por cuanto la delegación implicaba que cada Secretaría se encargaba en su integridad de ese trámite, de acuerdo con la especialidad, mientras que el señor Pérez Espinel se limitaba a suscribirlos.

RAMO
2

Hace especial énfasis en los costos indirectos involucrados en cada contrato, que en su sentir fueron desconocidos por los funcionarios de la Fiscalía que se encargaron de elaborar los informes donde se establecieron los sobre costos, pues que en ellos no se tuvieron en cuenta: i) los costos que implica elaborar la propuesta, ii) los costos que implican para un proponente comprar los términos de referencia, iii) Los costos que implica suscribir un contrato (El estatuto de rentas departamentales establece la firma del contrato y un impuesto de deporte), iv) los costos que por descuento hace el Estado, como la retención en la fuente, la retención de industria y comercio del Departamento, el IVA, todos los impuestos nacionales, los costos de publicar el contrato en la Gaceta Departamental, v) costos de acarreo, que implican el cargue y el descargue y vi) el costo de utilidad que se le debe dar al contratista.

Plantea, igualmente, que el presupuesto oficial fue definido previamente para cada modalidad contractual, luego de lo cual se realizaron los estudios previos de conveniencia y oportunidad, para determinar que lo que se iba a comprar se enmarcaba en el plan de desarrollo; posteriormente, se solicitaba el CDP, para seguidamente elaborar los términos de referencia de cada uno de los contratos, que se constituía en la ruta o guía para saber qué es lo que se iba a contratar, así como lo máximo que se tendría que pagar de acuerdo con la propuesta; se realizaron igualmente los factores de evaluación, para que los proponentes pudiesen participar en el proceso, pero solamente los que obtuviesen 45 puntos como mínimo; se les realizó igualmente el análisis jurídico, técnico y financiero; se suscribía el acto administrativo para dar inicio al proceso de selección; luego se fijaba el aviso

público en las carteleras de la entidad (sin que la ley lo estableciera); se recibían las propuestas que eran presentadas en la Secretaría General; después seguía la evaluación de las propuestas en relación con los términos de referencia, para finalmente seleccionar la que reuniera las mejores condiciones; luego se pasaba a la oficina jurídica para la elaboración de la minuta; finalmente el Gobernador firmaba la minuta; pero resaltando nuevamente que el proceso de selección no se llevó a cabo en el despacho del Gobernador, sino en otras dependencias, como todo el proceso contractual.

Por otro lado, pero concatenado con lo anterior, se refiere a la fase de vigilancia y control que correspondió, según ella, al interventor asignado, luego se hace la liquidación por el valor ejecutado y la Secretaría de Hacienda le paga al contratista, para significar que en ninguna de esas fases precontractual y poscontractual intervino el señor gobernador del momento.

Y para establecer lo que considera de especial importancia en punto a la transparencia que se le quiso dar a estos tres procesos contractuales, en el trámite de su perfeccionamiento, se apoya en el testimonio de Juan Manuel Urrego, otro de los proponentes, quien hizo saber que se enteró mediante publicación en la cartelera de la Gobernación.

Cuestiona por otro lado, la declaración de Jorge Cortés Colmenares, al considerar que no fue coherente con lo que le correspondió realizar como jefe de la oficina jurídica, que era hacer el acompañamiento a todo el proceso de selección, pues nunca se le apartó del mismo.

RAMO
2

Que no es cierto, como lo afirma el testimoniante, que hubiese existido una unidad de facto o paralela en el despacho del Gobernador, que se encargaba de seleccionar los contratistas.

De la misma manera, considera que aquél faltó a la verdad cuando indica que no tenía acceso a la oficina del Gobernador, como quiera que según sus palabras, existía una puerta de seguridad, la que solamente podían franquear las personas autorizadas, pues que de conformidad con la Circular 55 de diciembre 17 del año 2002, estaba prohibido bloquear las puertas de acceso a las diferentes dependencias.

Al retomar el tema sobre los eventuales sobrecostos en que se incurrió, advierte que el valor ideal no es el de la factura de compra, sino el de la cotización que en su momento realizó el profesional de la Secretaría de Educación y que, cuando se firma el contrato, se tienen en cuenta los costos del mercado, mas no los precios que el contratista logra al final, por los descuentos que obtiene de los proveedores.

Para el efecto, realiza un ejercicio que, desde su muy particular punto de vista, la llevan a considerar que las utilidades que finalmente obtuvo la contratista Karol Emilce Cano Garzón, resultan razonables, en consideración a los costos indirectos que implican la contratación con el Estado, porque, por ejemplo, si se tiene como referencia el contrato de los textos escolares, donde se evidencia el mayor sobrecosto, aduce que se estableció cómo el precio de los libros fue el valor total de la oferta por ciento

treinta y un millones doscientos cuarenta mil (\$ 131.240.000) pesos, sumados los costos indirectos.

6. Intervención del acusado.

No obstante haberle dado poder a una vocera para que interviniera en su representación, también se le concedió la palabra al acusado, quien puntualmente concluyó que había quedado claro que estuvo ausente en todo el proceso contractual, que en el evento de haber existido sobre costos, no es responsabilidad de William Pérez Espinel, por la delegación de funciones y por el cúmulo de trabajo que tenía como gobernador; que la delegación no fue una fachada como la calificó la Fiscalía, sino que por el contrario tiene fundamento constitucional en los artículos 209 y 211 de la Carta Política; que el doctor Cortés Colmenares miente y por ende lo califica como un testigo sospechoso, quien extrañamente estaba actuando como defensor de la contratista Cano Garzón, en el proceso que le adelantaba la Fiscalía; por el contrario, considera que el testimonio del señor Piragauta Rodríguez debe ser digno de crédito, no se advierte mendaz y quedó claro que fue él quien seleccionó la propuesta conjuntamente con Edgar Rincón Vela, el Secretario General.

7. Intervención del defensor.

Finalmente, el profesional del derecho que representa los intereses del acusado empieza por referirse a cada una de las modalidades contractuales objeto de cuestionamiento, para indicar que para el contrato 481/02 no eran necesarias varias

ofertas, por lo que se podía invitar directamente y de manera verbal a cualquier persona natural o jurídica, en consideración a su cuantía.

Que lo mismo aconteció en relación con los contratos 533 y 582, para cuya modalidad, de acuerdo con la cuantía, requerían por lo menos dos ofertas, lo cual se cumplió; además de que se hizo invitación pública a través de aviso en cartelera fijado en las instalaciones de la Gobernación. Esto, en su sentir, demuestra que en ningún momento se pretendió favorecer a Karol Emilce Cano. Que fue tan transparente ese trámite, que no se limitó la participación de oferentes dentro de ese proceso de selección para los referidos contratos.

Frente al aspecto subjetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, advirtió que no está probado el dolo y tampoco que su prohijado haya sido quien determinó a que supuestamente se violaran los principios de la contratación, para que se escogiera a la contratista finalmente seleccionada.

Cuestiona por otro lado, la insistencia de la Fiscalía en la afirmación relativa a que el Gobernador creó una unidad paralela de contratación, para manipular la selección de los contratistas, con fundamento en el testimonio de Jorge Cortés Colmenares, el cual fue desmentido en juicio por Héctor Orlando Piragauta, pues dicha unidad paralela nunca existió, en consideración a que los contratos cuestionados fueron adelantados por la Secretaría de Educación y la Secretaría General, previa delegación del Gobernador, a través de la junta de compras y licitaciones.

Por ello, considera que la Fiscalía tergiversa lo manifestado por Piragauta Rodríguez en su primera intervención, pues, de acuerdo con su criterio, aquél nunca se refirió a una unidad paralela, cuando hizo mención a la unidad de contratación de la Gobernación, pues resultaba ser la misma junta de compras y licitaciones, reglamentada con la Resolución 2045 de octubre 29 de 2001.

Pero, además, el mencionado testimonio se encuentra respaldado con documentos que fueron aportados al proceso, donde se concretó la delegación, pues aparecen las firmas de los funcionarios que intervinieron y que en ningún momento fueron contratistas, sino personas vinculadas a la administración departamental, calificadas e idóneas para desarrollar los procesos contractuales.

En ese orden de ideas, reitera, en consecuencia, la falta de responsabilidad por parte del delegante, pues que la misma se encuentra soportada constitucional y legalmente, mientras que además quedó claro que su patrocinado simplemente se limitó a suscribir los contratos.

A renglón seguido, hace una cita jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 26061 de junio 18 de 2008, cuando en un caso similar, el exgobernador del departamento del Putumayo fue absuelto, quien igualmente había delegado toda la actividad contractual en funcionarios de otras dependencias y ningún medio de prueba deja entrever que el acusado hubiese controlado la etapa previa.

En relación con los elementos subjetivos frente al delito de peculado, indica que ninguno de los informes del CTI realizó evaluación de los contratos, incluyendo los costos directos e indirectos, y dentro de éstos, el AIU, donde se establecen las implicaciones para un particular contratar con el Estado, toda vez que aquellos se redujeron a una simple operación aritmética y, de acuerdo con su percepción, al no existir sobrecostos, no se configura el peculado.

Agrega que, en el evento de que se hubiesen generado sobrecostos, los mismos no estuvieron bajo el rango de dominio de su defendido, pues no fue él quien elaboró los términos de referencia.

Considera que tampoco hay prueba que demuestre que la contratista seleccionada se apropió de noventa y un millones de pesos (\$ 91.000.000), porque la utilidad de los contratos fue ajustada a la realidad de los precios del mercado, cuando un ciudadano contrata con el Estado.

Se pregunta el señor defensor, de dónde saca la Fiscalía el dolo, pues el mismo nunca se ha probado, en consideración a que no existe prueba tangible que demuestre que Pérez Espinel conocía y sabía que estaba cometiendo los delitos que se le atribuyen; mucho menos por actos subjetivos, pues tampoco hay evidencias de que el gobernador hubiese manipulado a quienes intervinieron en la etapa precontractual y, finalmente, el testigo estrella de la Fiscalía, Jorge Cortés Colmenares, según su particular punto de

vista, fue desvirtuado en juicio por las manifestaciones realizadas por Héctor Orlando Piragauta Rodríguez.

Refiere el profesional, igualmente, que tampoco se ha demostrado por ningún medio, que el acusado dentro de su fuero interno, supiera que debía favorecer a Karol Emilce Cano Garzón y que condujo su voluntad en ese sentido, además de saber que obrar de esa específica manera era delito (fl. 117 C.O.2).

Por ello se permite reafirmar que en el presente caso no hay ni certeza del hecho, ni certeza sobre la responsabilidad del acusado, y que si eventualmente se generó un sobrecosto, como tampoco se supo a cuánto ascendió la utilidad de la contratista, esa duda debe favorecer a su defendido (fl. 117 C.O.2).

En relación con las pruebas incorporadas, el defensor realiza las siguientes consideraciones:

En primer lugar, califica el testimonio de Jorge Cortés Colmenares como mentiroso, lo que infiere a partir del testimonio de Héctor Orlando Piragauta. Y que la razón de su mendacidad puede obedecer al hecho de haber participado en los tres contratos y, frente al temor de ser investigado, faltó a la verdad (fl. 119 C.O.2).

En relación con el testimonio de Jairo Antonio Agudelo, por medio del cual la Fiscalía pretende corroborar lo dicho por Cortés

Colmenares, dice que fue tergiversado por el ente acusador, porque cuando aquél aludió a las instancias superiores, no se refería a la supuesta unidad paralela.

Y con respecto al testigo Piragauta Rodríguez, reitera que su declaración ha sido distorsionada, pues nunca dijo él que finalmente quien escogía a los contratistas era el señor Gobernador, y que de acuerdo con lo narrado en juicio, no es cierto como lo afirma La Fiscalía que hubo retractación, sino una aclaración en relación con su primer testimonio.

Frente a que todo se hubiese aclarado con una simple llamada, al decir de la Fiscalía, para corroborar el tema de los precios, responde la defensa para indicar que esa no era labor del Gobernador, pues obraba bajo la figura de la delegación, que es un asunto de competencia de quienes actuaban como delegatarios.

En relación con el hecho de que la contratista no tenía inventario, indica que la capacidad económica de los oferentes fue determinada por quienes realizaron los términos de referencia y después evaluada por el grupo de selección, lo cual está debidamente documentado, pero, por supuesto, pone al margen de todo este actuar a su defendido.

Como la Fiscalía indica que todas las irregularidades pasaron por las manos del Gobernador, contrapone el hecho de que eso es cierto, pero previamente pasaron por el visto bueno y revisión de

quienes intervinieron en etapas precontractuales y del Jefe de la Oficina Jurídica.

Que lo único que se logra probar es que William Hernán Pérez Espinel firmó los tres contratos objeto de cuestionamiento, pues todas las etapas de la contratación fueron realizadas por otras personas.

Y frente al señalamiento que hace la Fiscalía, en cuanto al comportamiento doloso de su patrocinado, advierte que: *"...el Gobernador estuvo ajeno al conocimiento (sic) que los contratos tenían sobrecostos, ni se le puede atribuir que seleccionó irregularmente a la contratista ya que no fue quien lo hizo."* (fl. 123 C.O.2). Además de que la responsabilidad para el delegante solamente se puede atribuir a partir de la expedición de la C-693 de 2008, que revisó la constitucionalidad del artículo 21 inciso 2° de la Ley 1150 de 2007, que se refiere de manera general a la no exención de responsabilidad.

Que como la Fiscalía indica que el exgobernador debió haber desplegado la máxima diligencia, el señor defensor advierte que ante el gran número de contratos realizados en esa época, era humanamente imposible que aquél se dedicara a verificar detalles, pues ello hubiese paralizado la actividad contractual en esa administración.

En relación con la intervención del Ministerio Público, el señor defensor plantea lo siguiente:

PAGE 2

Como el señor Procurador empieza por indicar que en este caso se da la certeza necesaria para condenar (fls. 126-126 c.o.2), el señor defensor repara que en este caso en manera alguna existe prueba tangible y perceptible por los sentidos que lleven a demostrar que Pérez Espinel utilizó la delegación como instrumento distractor o como una “fachada”, como lo indica la fiscalía, para manipular los procesos de contratación de su gobernación. Para ello se apoya nuevamente en el testimonio de Piragauta Rodríguez, quien de manera categórica descartó la existencia de la supuesta unidad paralela.

Que no se probó, ni el señor Procurador hizo mención (fls. 136-137 c.c.2) a la prueba del supuesto interés que se ha debido demostrar, para establecer el dolo frente a la voluntad encaminada a que se le adjudicaran los contratos a Karen Emilce, pues ni siquiera se estableció el conocimiento entre ellos. Que si ello no se ha demostrado, mucho menos ha ocurrido con la culpabilidad frente a la conducta, pues no se estructura el concepto de hecho punible.

En cuanto a las críticas que el señor Procurador hace al testigo Piragauta Rodríguez, el señor defensor advierte que no existen razones para desvirtuar el testimonio de aquél, pues no se trató de una retractación de su intervención inicial, sino que, de acuerdo con los criterios de la sana crítica, el testigo dijo la verdad en ambas intervenciones, en la medida en que simplemente aclaró y ratificó que nunca habló de unidad paralela, por lo que no se le puede calificar de mentiroso, pues se

mantuvo firme al sostener que fue uno de los que seleccionó a la contratista, en razón de sus funciones para aquél entonces y de acuerdo con la resolución que delegó esa fase de contratación en la junta de compras y licitaciones.

Y, contrario a las virtudes que destaca el señor Procurador frente al testimonio de Jorge Cortés Colmenares, de inmediato el señor defensor lo pone en tela de juicio, al recordar que el testigo es el actual defensor de la contratista Karol Emilce, en el proceso penal que se le sigue a la mencionada ante un Juzgado de Yopal, pues queda en cuestión como mínimo su ética de abogado, quien primero denuncia unos supuestos hechos de corrupción, en los que interviene aquella persona como protagonista de los mismos, pero que luego se convierte en su defensor de confianza por meros intereses de índole económico.

Para finalizar su intervención, reitera entonces la inocencia de su patrocinado, motivo por el cual reclama la absolución, por no encontrarlo culpable de los delitos por los cuales fue legalmente acusado, pues no existe certeza, más allá de duda razonable, de que los haya cometido.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. Competencia.

Tal como se indicó al inicio de este proveído, esta Sala Especial es competente para emitir el pronunciamiento de rigor, de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018; en virtud además de que el procesado fue legalmente acusado por la Fiscalía General de la Nación, como probable autor responsable de las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso, cuando desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento del Casanare²⁴.

Debe recordarse entonces que, de conformidad con lo previsto en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, sólo resulta posible dictar sentencia condenatoria, cuando obre en el proceso prueba que conduzca no solamente a la certeza sobre la realización de la conducta punible definida legalmente como ilícita, sino igualmente sobre la responsabilidad del acusado, para lo cual deberán apreciarse de manera conjunta los diferentes medios de prueba debidamente incorporados a la luz de la sana crítica, tal como lo dispone el precepto 238 *idem*.

Esa tarea entonces es la que asumirá esta Sala Especial para determinar si en el presente caso se cumplen o no dichos presupuestos, tras realizar el estudio en el mismo orden asumido por la Fiscalía General de la Nación, cuando decide acusar formalmente al exgobernador Pérez Espinel, como quiera que de esa manera resulta más lógico y coherente el análisis del caso, pues si se logra evidenciar que en efecto se tramitaron y celebraron los tres contratos cuestionados, sin observar y

²⁴ Ffs. 30 a 32 cuaderno anexo original 2.

verificar previamente el cumplimiento de los requisitos legales esenciales y, a partir de esa situación, determinar el eventual sobrecosto en que se incurrió en los mismos, podría estructurarse el otro atentado en contra igualmente de la administración pública, tipificado como peculado por apropiación, en la modalidad de provecho para un tercero.

2. Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En ese orden de ideas, la primera conducta punible endilgada al acusado William Hernán Pérez Espinel, fue la de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, prevista en el artículo 410 de la Codificación Sustantiva Penal, que se estructura de la siguiente manera:

- i) Que se ostente la calidad servidor público y éste sea el titular de la competencia funcional,
- ii) Que el servidor actúe de manera alternativa, así:
 - Tramite el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o
 - Celebre o liquide un contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Así pues, los contratos 481 de octubre 9 de 2002, 533 de octubre 21 de 2002 y 582 de noviembre 5 de 2002, celebrados entre Karol Emilce Cano Garzón y el departamento del Casanare, fueron tramitados y suscritos por William Hernán Pérez Espinel, en

calidad de Gobernador del momento y representante de dicho ente territorial, tal como se acreditó en el proceso²⁵.

Lo anterior, por cuanto la Ley 80 de 1993, artículo 11, numeral 3, literal b), facultaba a los gobernadores para celebrar contratos en representación del ente territorial.

Como puede verse entonces, no basta, para efectos de establecer la tipicidad del comportamiento en mención, quedarse solamente con la descripción que se hace en el precepto penal, pues resulta evidente que nos encontramos frente a un tipo penal en blanco, que implica necesariamente acudir a otra norma del ordenamiento jurídico para poder complementarlo, en el caso concreto, como se indicó, a la Ley 80 de 1993, que se refiere precisamente al tema de la contratación estatal.

Y luego de esa integración normativa, podemos afirmar entonces que cuando de verificar la transgresión o no a dicho precepto se trata, es necesario referirse a los principios que orientan la contratación estatal, cuales son, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, como los de transparencia, selección objetiva, economía y responsabilidad, previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, que se entienden incorporados al tipo penal, porque este se refiere a los requisitos legales esenciales.

Sobre el particular, de tiempo atrás se ha dicho: *“La Sala de Casación Penal en reiterada jurisprudencia ha venido sosteniendo que los*

²⁵ Fls. 30 a 32 cuaderno anexo original 2.

principios constitucionales y legales que conforman el estandarte jurídico de la contratación administrativa se integran materialmente a los tipos penales que amparan la administración pública, como parte trascendental del bien jurídico protegido, para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado social, democrático y de derecho” (CSJ, Rdo. 25149 oct. 5/06, M.P. Javier Zapata Ortiz).

Justamente, cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia abordó el estudio del artículo 146 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal de entonces), referido al contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en sentencia del 19 de diciembre de 2000, dentro del radicado 17088, indicó:

“El análisis que hace la Sala del “Aspecto objetivo del delito” entraña, entonces, comparar la conducta imputada con el tipo penal, a partir de la Constitución Política y de lo pertinente de la Ley 80 de 1993, es decir, con fundamento en una concepción material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada de tipo penal, de acuerdo con la cual este comporta una definición que se extrae de los valores sustanciales que prevé la Carta. Dicho de otra forma, su estudio implica ubicarlo dentro del ordenamiento jurídico entero, que se mira en sus interrelaciones.

...

La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas.”

Y por supuesto, tenemos claro que en ese entonces se refería la alta Corporación a la norma anterior que regulaba tal

comportamiento delictivo, pero dicho pronunciamiento fue reproducido en lo pertinente y avalado además por la Corte Constitucional, en la sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, por medio de la cual se declaró la exequibilidad de los artículos 146 del Decreto 100 de 1980 y 410 de la Ley 599 de 2000, que tipifican el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los que habían sido demandados por considerarse normas penales en blanco. Así se pronunció el Tribunal Constitucional:

“Para lo que interesa en esta demanda, referida a la responsabilidad penal del servidor público, respecto de los delitos contra la administración pública, hay que recordar que su base constitucional se encuentra en los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta, así: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (...)”

Desde luego, para efectos de la imputación penal, los mencionados principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad –per se ambiguos- casi siempre se reflejan en reglas jurídicas de rango legal y reglamentario, por ello el juicio de tipicidad se concreta por la contravención de esas normas, por ejemplo, los términos de referencia cuales exigencias para cada caso.

Al respecto, téngase en cuenta entonces, que el procesado se desempeñaba como gobernador del Departamento del Casanare y, en su calidad de representante legal del referido ente territorial,

no solamente suscribió²⁶ de manera directa, sin comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales, los contratos 481, 533 y 582 del año 2002, para la adquisición de insumos y elementos para satisfacer las necesidades de las instituciones educativas, tal cual estaba previsto en el correspondiente plan de desarrollo, sino que igualmente participó en la selección de la contratista; por lo que de esta manera se cumple con ese primer presupuesto de la conducta punible objeto de análisis, vale decir, que ostentaba la calidad de servidor público y era por consiguiente el titular de la competencia funcional, tal como lo reclama la descripción del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Pero, además, se debe tener claridad sobre los restantes elementos estructurales del tipo, y para ello, resulta de suma importancia conocer cuáles fueron los términos de referencia que se establecieron por la administración departamental de Pérez Espinel, para efectos de que quienes tuvieran interés en contratar con dicho ente territorial, estuvieran prestos a cumplirlos, pero igualmente, si luego de presentadas las propuestas, aquellos en efecto satisfacían tales referentes.

Y no obstante tratarse de tres contratos de suministro de objetos diferentes, los términos de referencia para cada uno de ellos fueron completamente idénticos, pues que solamente se diferenciaron en la denominación del objeto contractual. Fue así como en el numeral cuarto, referido a los recursos requeridos, se indicó expresamente: *“El proponente debe contar con los recursos físicos,*

²⁶ Así lo admitió desde su versión libre (fls. 134 a 138 cuaderno original 1) y ratificado luego en la indagatoria rendida el día 7 de febrero de 2008 (fls. 183 a 198 cuaderno original 1).

*humanos y financieros necesarios para el cumplimiento del contrato de suministro si se le adjudicara. Además debe contar con la capacidad de contratación disponible debidamente soportada*²⁷.

Surge entonces de inmediato una pregunta: cuáles eran esos recursos que exigía la administración departamental y en qué consistía esa capacidad de contratación?. Ello por cuanto quedó evidenciado además, con prueba documental irrefutable que constituye el certificado de la cámara de comercio²⁸ expedido por la oficina de Yopal-Casanare, que Karol Emilce Cano Garzón apenas si contaba con activos por valor de quinientos mil (\$ 500.000,00) pesos; mientras que los recursos físicos y humanos brillaron por su ausencia, en la medida en que curiosamente, en relación con los contratos 533 y 582, en una hoja en blanco sin membrete (fl. 85 c.a.o.1) presentó un organigrama general, conformado por gerente, administrador, secretaria, auxiliar de archivo y mensajero; mientras que para el contrato 481, referido al suministro de víveres exhibió otro organigrama completamente diferente, también en una hoja en blanco, sin membrete, lo que no permite saber a qué concepto pertenece, con la siguiente estructura: representante legal (Karol Cano), asistente (Alejandro Granados), secretaria (Rubiela Garzón) y mensajero (Carlos Pérez) (fl. 183 c.a.o.1); sin que se pueda perder de vista que los tres convenios se realizaron en el término de un mes.

Por otra parte, en el numeral 5° de los términos de referencia que se vienen de mencionar, sobre el proceso de selección de las ofertas, se dijo: *“Para el estudio, evaluación, calificación y adjudicación de*

²⁷ Ver fls. 171-176 c.o.1, en relación con contrato 481; fls. 392-398 c.a.o. 1A, en relación con contrato 533 y fls. 73-79 c.a.o.1, en relación con el contrato 582.

²⁸ Ver fls. 88 cuaderno anexo original 1, fl. 187 ídem y 409 c.a.o. 1A.

cada propuesta, la Gobernación de Casanare adelantará el correspondiente análisis jurídico, técnico y financiero". En la evaluación jurídica, la calificación podría ser de inadmisión, cuando: "...la información suministrada no sea veraz o no cumpla los requisitos mínimos exigidos por la Gobernación de Casanare".

Sin embargo, en el presente caso, se estableció que la información suministrada por la señora Cano Garzón no fue veraz, porque recuérdese que las certificaciones expedidas supuestamente por "Didácticos G y G" (fl. 87 c.a.o.1), "Concotolima" (fl. 184 c.a.o.1) y "Comunicación Total" (fls. 406 c.a.o.1A), con las que se pretendía acreditar la experiencia en el tema de suministros, resultaron ser contrarias a la realidad, además, de acuerdo con su contenido tampoco se cumplía con los requisitos mínimos requeridos, como era la experiencia y la capacidad financiera. Los que fueron exigidos por la propia administración departamental de Casanare, al momento de configurar los términos de referencia para cada uno de los contratos en cuestión²⁹.

Sobre el punto, es importante reseñar de una vez que, en efecto, el tema fue aclarado de manera testimonial por las siguientes personas: María Gleidis Guzmán Mejía (fls. 290-294 c.o.1), quien indicó que tuvo una miniempresa denominada "Didácticos G y G" en el año 2000, pero que nunca celebró contratos con el Departamento del Casanare, que la última factura que emitió fue en octubre 10 del año 2000 y que en momento alguno expidió una constancia a nombre de Karol Emilce Cano Garzón, pues ni

²⁹ Ver fls. 171-176 c.o.1, en relación con contrato 481; fls. 392-398 c.a.o. 1A, en relación con contrato 533 y fls. 73-79 c.a.o.1, en relación con el contrato 582.

siquiera la conoce, además de que no firmaba como gerente sino como representante legal. Aclara la testigo, finalmente, que nunca vendió textos escolares, solamente *enciclopedias*.

De la misma manera, Erika María Sierra Echeverri (fls. 11-12 c.o.2), hizo saber que en efecto expidió una certificación a nombre de la mencionada Cano Garzón, por solicitud de un amigo de nombre Alex Burgos, quien le manifestó que aquella la necesitaba para acreditar un requisito ante una entidad crediticia. Dijo igualmente desconocer a la mencionada y que el documento lo expidió con el nombre de la razón social del pequeño negocio que tuvo en Ibagué, denominado "Comunicación Total", básicamente dedicado al alquiler de películas.

Pero es que además, conforme lo advirtió la representante de la Fiscalía, resulta bastante extraño y sospechoso a la vez lo manifestado por Karol Emilce Cano Garzón³⁰, cuando al ser escuchada en declaración juramentada sobre estos hechos, inquietantes fueron sus respuestas al indicar que no recordaba los contratos, que simplemente presentó las propuestas ante la Secretaría de Educación, pero que desconocía el proceso interno y las razones que se tuvieron para haber sido seleccionada.

Y cuando se le indagó por su experiencia para ese entonces en el tema contractual, indicó que: "...era bastante corta no tenía mucha experiencia...". Y aunque reconoce que para esa misma época había realizado otros suministros, no alcanza a precisar a qué entidades o dependencias. Tampoco puede recordar la

³⁰ Fls. 87-89 c.o.3.

declarante cuáles fueron los objetos contractuales para con la gobernación del Casanare, ni sabe dónde los adquirió.

La testigo, adicionalmente, tampoco pudo precisar cuál fue el margen de ganancia en esos tres contratos y, finalmente, cuando se le preguntó de qué manera obtuvo las cotizaciones para elaborar su propuesta, respondió: *“Básicamente llamando como repito no estoy segura con el tipo de elementos, pero siempre llamaba a los almacenes locales o a los establecimientos que tuvieran ese tipo de productos”*.

Por otra parte, el tema de la experiencia³¹ se constituye en basilar dentro de la presente actuación, de facilísima comprobación por demás con una mediana diligencia, pues si como se ha manifestado, el certificado de cámara de comercio indicaba que la mencionada contratista Cano Garzón apenas se había inscrito en el registro mercantil a partir de septiembre 11 de 2002 (fl. 408 c.a.o.1A), lógico resultaba inferir que ninguna experiencia en ese ramo podía tener, por cuanto recuérdese que el primer contrato, esto es, el 481 referido al suministro de víveres para los restaurantes escolares, fue suscrito el día 9 de octubre del año 2002 (fls. 158-160 c.a.o.1), cuando apenas llevaba 28 días en el registro. Pero más aún, su propuesta fue recibida en la Secretaría General de la Gobernación el día 20 de septiembre de ese mismo año (fl. 181 c.a.o.1), es decir, tan solo nueve días después de la anotación en cámara de comercio.

³¹ En el numeral 5° de los términos de referencia, elaborados por la propia entidad departamental, en el análisis técnico se alude al factor experiencia específica; al respecto ver fls. 171-176 c.o.1, en relación con contrato 481; fls. 392-398 c.a.o. 1A, en relación con contrato 533 y fls. 73-79 c.a.o.1, en relación con el contrato 582.

Handwritten signature and number 2

En cuanto al análisis técnico, los términos de referencia aluden a la evaluación de los factores de precio, experiencia específica y organización. Y en el presente caso, como se acaba de indicar, casi inexistente era la experiencia por parte de la contratista escogida para los tres contratos y, por supuesto, ninguna organización reportaba, debido a que fueron situaciones que no se tuvieron en cuenta por parte de las autoridades departamentales del momento, no obstante lo evidente de las mismas.

Y en relación con el análisis financiero, se decía que el proponente debía garantizar la solvencia económica³² para ejecutar el contrato. Recuérdense al respecto que la contratista seleccionada contaba con un presupuesto de quinientos mil pesos (\$ 500.000), razón por la cual, de acuerdo con los montos comprometidos en los contratos, aquella suma resulta irrisoria como solvencia económica, máxime si se trataba de contratar con el Estado. Además, la contratista no contaba con ninguna distribuidora, establecimiento de comercio o algo que se le pareciera y le diera esa solvencia para ejercer la actividad de suministro, en el objeto tan amplio previsto en el certificado de cámara de comercio.

Se decía igualmente que: *“Para que una propuesta sea considerada dentro del orden de elegibilidad, deberá obtener un mínimo de cuarenta y cinco (45) puntos”*. Y en la distribución de esos puntajes se indicó que el factor precio tendrá una asignación de cincuenta (50)

³² La misma administración departamental de Casanare, se encargó de darle esa connotación de requisito esencial, al consagrarlo como una exigencia en los términos de referencia para los tres contratos; al respecto ver fls. 171-176 c.o.1, en relación con contrato 481; fls. 392-398 c.a.o. 1A, en relación con contrato 533 y fls. 73-79 c.a.o.1, en relación con el contrato 582.

puntos como máximo; la experiencia específica treinta (30) puntos y el factor organización, veinte (20) puntos. (fls. 392-398 cuaderno anexo original 1A); calificaciones a las que por supuesto no podía aspirar Karol Emilce desde una perspectiva objetiva y transparente, en consideración a la ya detallada realidad de su situación.

Pero es que el desentendimiento, el desgredo y el desinterés absoluto por conocer la realidad de las propuestas presentadas fue tan evidente en este proceso contractual, que repárese solamente en unas cotizaciones realizadas como investigación por el CTI de la Fiscalía en el año 2009, esto es, siete (7) años después de los hechos que fueron materia de la presente actuación, referidas al objeto del contrato distinguido con el N° 533, esto es, suministro de material didáctico, que básicamente eran elementos deportivos, caso en el cual “Miami Deportes” (fls. 2 c.a.o.5) concreta la misma en \$ 83.625.000; mientras que “Comercial Oskar” (fl. 3 c.a.o.5), la determina en \$ 102.660.000; esto es, por sumas muy inferiores a la adquisición que para el año 2002 realizó Karol Emilce Cano Garzón, por valor de \$ 125.662.500.

Por supuesto, para poder entender la dimensión de la problemática y determinar si en efecto en esta oportunidad, en relación con los contratos examinados, se transgredieron los presupuestos que deben respetarse para la contratación pública, imperioso resulta hacer el análisis frente a los otros proponentes que igualmente pretendieron ser favorecidos con las ofertas realizadas, por cuanto de esa manera, sin duda alguna resultará más fácil cualquier conclusión que se pueda derivar de ello.

2110
2

El mismo se hará en el orden de los convenios realizados, empezando por el 481 de octubre 9 de 2002, referido al suministro de víveres (frijoles y espaguetis) para los restaurantes escolares, en el que además de la contratista finalmente seleccionada, también participó Juan Manuel Urrego Enriquez, quien acreditó que se encontraba inscrito en el registro único tributario, desde el 1° de junio de 1999 (fl. 198 c.a.o.1); además de que en la declaración juramentada rendida ante la fiscalía sexta especializada de Yopal-Casanare, el día 19 de abril del año 2011 (fls. 140 a 143 c.o.3), puntualmente indicó que contaba con la infraestructura para contratar con la Gobernación, pues que desde el año 2000 había realizado contratos con otras instituciones, lo que le daba solvencia económica para dicho propósito; además de que: *“Tenía una oficina, computadores, mensajeros, estaba inscrito en el registro mercantil para poder contratar con el Estado, tenía un vehículo automotor, elementos de oficina, como los costos en Yopal eran tan altos tenía un mensajero en Bogotá con el cual hacía estudios de cotizaciones para determinar si era viable presentar las correspondientes propuestas o no donde se debían tener en cuenta los gastos de transporte que eran elevados también y los demás gastos administrativos, además tenía experiencia en el ramo ya que había contratado en diversas oportunidades con el Estado”*.

Se desprende de lo anterior, con meridiana claridad, que de una simple mirada a estas dos propuestas, la del señor Juan Manuel resultaba ser la más ajustada a los términos de referencia mencionados, si es que realmente se querían respetar los mismos, como debió haber sido. Pero como se obró en contrario, se desconoció indudablemente el principio de selección objetiva. Y la afirmación, aunque categórica, resulta ser completamente

cierta, si se repara además en las calificaciones asignadas a uno y otro, para evidenciar el despropósito cometido.

En efecto, dentro de los criterios de selección, en el componente evaluación económica, ambos proponentes fueron calificados con treinta (30) puntos; en el factor experiencia específica, a Karol Emilce Cano Garzón le asignaron treinta (30) puntos, mientras que a Juan Manuel Urrego Enriquez, la calificación fue de cero (0) puntos y, en el último componente, relacionado con la organización, a la Cano Garzón le sumaron diez (10) puntos más, mientras que a Urrego Enriquez, el puntaje fue de cero; quedando por consiguiente Karol Emilce con setenta (70) puntos y el señor Juan Manuel con treinta (30) puntos; motivo por el cual, en la casilla de observaciones del formato de evaluación de la joven Cano Garzón, de puño y letra se consignó: "*Propuesta sugerida*" (fls. 120 y 121 cuaderno anexo original 3).

Y aquí es donde el cuestionamiento frente a ese proceso de selección se hace evidente y no admite discusión alguna, porque no tiene forma de ser controvertido, recuérdese simplemente que mientras Cano Garzón apenas aparecía inscrita en el registro mercantil desde septiembre 11 del año 2002, el señor Urrego Enriquez lo estaba desde junio del año 1999, tal como se indicó en apartados anteriores, además de toda la infraestructura a que hizo referencia en su declaración juramentada. Lo que se traduce, en honor a la transparencia, en que el señor Juan Manuel Urrego, sin duda alguna, debió haber sido la persona escogida, en consideración a sus credenciales, por supuesto muy superiores a las presentadas por Cano Garzón.

AMU
2

Porque aquí es importante resaltar, además, que si en su momento se quiso demostrar la supuesta transparencia para este proceso contractual, pues, según lo dice la defensa, para el contrato 481, no eran necesarias varias ofertas y se podía invitar a cualquier persona natural o jurídica, se equivoca el señor defensor en su planteamiento, dado que no podía ser cualquier persona, sino aquella que reuniera los requisitos para poder comprometerse en una obligación con el ente departamental, respetando por supuesto los términos de referencia previamente elaborados y que extrañamente fueron desconocidos de manera flagrante por sus propios creadores.

Miremos ahora lo ocurrido dentro del contrato identificado con el número 533, referido al suministro de material pedagógico para las instituciones educativas del departamento del Casanare, en el que, al tiempo con Cano Garzón, participó igualmente como oferente el contador público Luis Guillermo Hernández Pinzón, quien acreditó estar inscrito en cámara de comercio desde el día 4 de mayo de 1998 (fl. 420 cuaderno anexo original 1A) y con activos por valor de seiscientos mil (\$ 600.000,00) pesos; además de que, en su declaración juramentada rendida el día 27 de abril del año 2011, ante la fiscalía sexta especializada de Yopal-Casanare³³, hizo saber que además del ejercicio de su profesión, paralelamente desarrollaba actividades comerciales: *"Si he celebrado algunos contratos con el departamento, con los municipios y algunas entidades del Estado. Pues con la alcaldía de Tauramena contraté servicios profesionales, un suministro de personal con el departamento"*. Y cuando se le preguntó puntualmente si para el año 2002 contaba con la capacidad suficiente para contratar, esto fue lo que dijo:

³³ Fls. 148-150 cuaderno original 3

"Yo contaba con la infraestructura necesaria para contratar con la Gobernación y otras entidades porque estaba registrado en la cámara de comercio, tengo mi NIT, mi oficina, personal asistente y tenía la capacidad económica también hasta donde el límite lo permitía".

Por supuesto, frente a este evidente panorama, no se tienen que hacer mayores esfuerzos, para concluir de manera categórica, que de acuerdo con los términos de referencia, este proponente superaba con creces las calidades de Karol Emilce Cano Garzón; no obstante, de manera extraña, nuevamente aquella fue escogida, luego de una evaluación (fls. 401-402 cuaderno anexo original 1A), donde ésta última fue calificada con un total de setenta y cuatro (74) puntos, mientras que al señor Hernández Pinzón le asignaron cuarenta (40); resaltándose como hecho groseramente notorio, que riñe con la objetividad y la transparencia, que en el factor experiencia específica, a Karol Emilce le asignaron veinticuatro (24) puntos, mientras que al señor Luis Guillermo se le calificó con cero (0); cuando, se reitera, la prueba enseñaba otra cosa totalmente diferente. Resaltándose igualmente que en el formato de evaluación correspondiente a Karol Emilce, en la casilla de observaciones, de puño y letra aparece: *"Propuesta recomendada"*. Lo que sugiere que tampoco esa famosa junta de compras y licitaciones, a la que se refirieron con tanta vehemencia la defensa material y letrada, fue la que finalmente escogió a la contratista, sino que esa decisión estaba en un nivel superior.

Finalmente, en lo que dice relación con el último contrato, esto es, el distinguido con el N° 582, relacionado con la adquisición de cuatro mil textos escolares, en el que además de Karol Emilce

Cano Garzón, también intervino como oferente Fanny Yizzeth Niño Vega, persona que tampoco reunía las calidades para ser admitida como tal, en consideración a que apenas aparecía inscrita en cámara de comercio a partir del 23 de septiembre del año 2002³⁴, esto es, con posterioridad a la de Cano Garzón; además de que para el año 2002 se desempeñaba como estilista y ama de casa, según sus propias manifestaciones realizadas en la declaración³⁵ que rindió ante la fiscalía tercera especializada de Yopal-Casanare, el 19 de abril del año 2011, donde además indicó que para esa época nunca celebró ningún tipo de contrato con la Gobernación o las alcaldías de Casanare, por cuanto: *“...esa fue la única propuesta que hice con la gobernación de Casanare cuando estaba el doctor WILLIAM PEREZ...”*.

Lo extraño de esta selección, es que a pesar de que la oferente Niño Vega, se encontraba en una situación muy similar a la de Karol Emilce, pues que aparecían registradas en cámara de comercio a partir del mes de septiembre del 2002, con activos iguales y sin ningún tipo de experiencia en el tema de contratación estatal, resultó descartada, sin conocerse las razones de ello; con el agravante ya indicado en apartados anteriores, que Cano Garzón aportó documentación falsa para demostrar una supuesta experiencia, que por supuesto no tenía. Debiéndose recordar, además, aunque sobre ello volveremos más adelante, que este fue el contrato más escandaloso, desde el punto de vista de la diferencia entre lo pagado a la contratista y el valor real de los libros entregados al ente departamental.

³⁴ Fl. 47 cuaderno anexo original 1

³⁵ Fls. 144 a 147 cuaderno original 3

Después de lo anterior, a partir de esas particularidades que se han podido detectar en la documentación que se viene de analizar, avalado ello además por los testimonios de quienes igualmente participaron en las ofertas públicas, podemos concluir sin temor a equívocos, que el procedimiento de selección no fue cristalino, que algo turbio subyace en todo el desenvolvimiento de los señalados acuerdos y que por supuesto, no solamente en la tramitación para la escogencia de la contratista, sino igualmente al momento de la suscripción de cada uno de los contratos, el ordenador del gasto no tuvo en cuenta los requisitos legales esenciales, como era su deber hacerlo, conforme lo ha indicado la Sala de Casación Penal de esta Corporación, cuando se refiere a las diferentes formas de comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en los siguientes términos: *“Todo indica que el legislador tuvo en cuenta esa realidad al definir la conducta prohibida, y que quiso cobijar a través de ella tanto a los servidores públicos de rango medio en la organización que por razón de sus funciones interviene en la tramitación del contrato, como a aquéllos que con ocasión de su cargo son titulares de la función contractual, últimos a quienes se reserva la facultad de celebrar y liquidar el contrato, para lo cual se demanda una estricta labor de supervisión, inexcusable, en cuanto garantes de la legalidad de la actuación, precisamente por que son los únicos que pueden comprometer con su voluntad final los dineros del erario”*³⁶.

Lo anterior, por cuanto como se ha evidenciado a lo largo de la presente decisión, unas personas eran quienes tramitaban los contratos, conforme a la delegación dispuesta por el ordenador del gasto, lo cierto del caso es que este nunca se desentendió por completo de esa fase, dado que fue marcada su injerencia para la escogencia de la contratista, comportamiento que mantuvo hasta

³⁶ CSJ, Rad. 21547, Feb. 9/05, MP. Marina Pulido.

el momento de la suscripción de los convenios, porque tampoco en ese momento verificó el acatamiento de esos requisitos legales esenciales; lo que sugiere su intervención en ambas fases, sin que ello riña con la atribución por los dos primeros eventos referidos en el artículo 410 del Código Penal, ni con la diferenciación que sobre dicho tópico ha realizado la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en los siguientes términos:

“De este modo la ley diferencia la conducta realizada por los servidores públicos competentes para tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación, pues en la primera modalidad alude expresamente a tramitar el acuerdo de voluntades sin observancia de sus requisitos legales esenciales, mientras que en los dos restantes el contenido de la prohibición se hace consistir en no verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase, distinción fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales. Las etapas previa y de ejecución encomendadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto, labor que este ejecuta comprobando el cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer, en este caso, de los recursos del ente territorial”³⁷.

Es que, resulta tan evidente el direccionamiento de los tres contratos cuestionados, para adjudicarlos a la misma contratista, por cuanto si se repara en los términos de referencia, elaborados por funcionarios de la administración departamental del Casanare de ese entonces, fácil es colegir que no por simple torpeza como pudiera llegar a pensarse, sino por una especie de aureola de legalidad con que se quisieron amparar los mismos, fueron entregados a Karol Emilce Cano Garzón, quien, en términos de cumplimiento de requisitos, siempre estaba en

³⁷ CSJ, Rad. 29089, Mar. 16/09, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

situación inferior frente a los demás oferentes, o como mínimo en igualdad de condiciones en relación con el último convenio. Como se ha indicado, más allá de las diferencias en las cotizaciones de unos y otros, ese hecho no resultó trascendental, por cuanto extrañamente la liquidación se realizó por el total del monto de la apropiación oficial que se tenía destinada para cada contrato en particular, sin que hubiesen importado los valores reales de los productos, no obstante los desfases evidenciados, aunque para la defensa del exgobernador acusado, ello se ofrecía razonable.

Significa lo anterior, ni más ni menos, que el principio de transparencia no podía ser arrasado, pues la normativa que se viene de relacionar -Ley 80 de 1993-, establece el deber de selección objetiva, en lo que nos interesa, en los siguientes términos: *ART. 29. Del deber de selección objetiva. La selección de contratistas será objetiva. 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. Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos, precios 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. El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el*

cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello...”.

Recuérdese además que, de acuerdo al monto de los tres convenios cuestionados, los mismos podían ser realizados mediante la modalidad de contratación directa, esto es, no se precisaba de licitación pública, sobre lo cual no existe discusión, dado que así expresamente lo reconoce tanto el procesado, como la bancada de la defensa, cuando pretendieron dar por evidenciado que precisamente esa situación era la que permitía demostrar la transparencia en ese proceso contractual. Pero lo que ocurrió fue que, pese a esa especie de laxitud dispuesta por la misma ley, se desconocieron los principios de la contratación pública, previstos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, de acuerdo con lo que establecía el artículo 3° del Decreto 855 de 1994, derogado posteriormente por el 29 del Decreto 2170 de 2002, pero totalmente vigente para el momento en que tuvieron lugar los contratos objeto de cuestionamiento, para efectos de cumplir con el postulado de selección objetiva del contratista, el que por supuesto tampoco puede ser desconocido en el trámite simplificado de contratación directa, se deben agotar igualmente las mínimas exigencias impuestas, para luego proceder a esa escogencia.

De tal manera, establece la norma³⁸ en cita que, tratándose de contratos de menor cuantía, cuyo valor sea igual o superior a cien salarios mínimos legales mensuales y superen el 50% de la menor cuantía de la entidad, en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, además de la obtención de por lo menos dos ofertas escritas, deberá fijarse un aviso en lugar visible de la entidad, por un término no inferior a dos (2) días. Lo que efectivamente aconteció en relación con los contratos distinguidos con los números 533 y 582, referidos en su orden al suministro de material pedagógico (elementos deportivos) y textos escolares.

Y, en relación con el contrato 481, que se encontraba dentro del rango no superior al 10% de la menor cuantía, relativo al suministro de víveres (frijoles y espaguetis), se requería tener en cuenta los precios del mercado, sin necesidad de obtener previamente varias ofertas³⁹. Presupuesto que desde el punto de vista formal también se cumplió, en cuanto a la publicidad para los oferentes, no obstante la no exigencia de la norma en ese sentido, más no en relación con el primer presupuesto, dado que si se hubiesen verificado los precios del mercado⁴⁰, en relación con cada uno de los suministros contratados, las evidencias demuestran que en efecto estaban muy por debajo de lo finalmente cancelado a la contratista seleccionada, conforme con las facturas que finalmente se presentaron y, por ejemplo, frente a unas cotizaciones realizadas por el CTI siete años después, en relación con el objeto del contrato distinguido con el N° 533⁴¹.

³⁸ Inciso 5° del artículo 3° del Decreto 855/94.

³⁹ Inciso 4° del artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

⁴⁰ Como lo exigía el inciso 2° del párrafo del artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

⁴¹ Fls. 2 Cuaderno Anexo Original 5.

En relación con las otras irregularidades, las mismas se advirtieron cuando se hizo alusión a cada uno de los contratos, momento en el cual se realizaron las comparaciones frente a cada una de las ofertas y sus respectivos ofertantes, para evidenciar de qué manera se produjo la escogencia irregular de Karol Emilce Cano Garzón. Porque más allá de la laxitud expresa de la ley para la contratación directa, el mismo estatuto de contratación⁴², en su artículo 23 establece: *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”*. Y, puntualmente, frente a la contratación directa, en el artículo 2° del Decreto 855 de 1994, se decía: *“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993.*

Se debe reiterar aquí, contrario a lo planteado por el acusado y su defensa, que la evidente publicidad con la que se quiso amparar esa actuación precontractual, no fue más que un trámite fingido, para rodear de aparente legalidad la celebración de los tres contratos objeto de cuestionamiento, conclusión que por supuesto se encuentra respaldada no solamente con la ya realizada constatación de cada uno de los convenios, sino, igualmente, con las declaraciones rendidas por los otros ofertantes.

Precisamente, además de la falta de experiencia, ausencia de capacidad económica y carencia absoluta de infraestructura para desarrollar los objetos contractuales aludidos, la selección

⁴² Ley 80 de 1993.

de Cano Garzón para nada respetó los criterios de objetividad que deben caracterizar la contratación estatal y, por supuesto, ello evidenció asimismo la falta de transparencia que igualmente se exige como principio esencial de acatamiento. Aspectos estos que no tuvo en cuenta el acusado, tanto en la fase de tramitación, como de celebración, como era su deber hacerlo, en su condición de ordenador del gasto.

Justamente, en ese sentido, el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, prescribe: *“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. (...) 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...(…) El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado...”*.

Que era precisamente el comportamiento que se esperaba del ordenador del gasto en este caso, esto es, del entonces representante legal del Departamento del Casanare, como en su momento lo indicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, en la decisión que se viene de comentar (21547/05): *“De modo que, se infiere, la conducta que se espera lleve a cabo el titular de la función contractual del Estado se concreta a seleccionar al contratista y celebrar el contrato sólo si constata que los órganos desconcentrados agotaron todas las etapas que garanticen que el procedimiento al que se acudió para obtener las ofertas base de dicha*

selección ha sido legalmente previsto, conforme a la naturaleza o cuantía del contrato que está por celebrarse-licitación o contratación directa-, y que, adicionalmente, se llevaron a cabo todas las etapas que hacen posible que la selección del contratista pueda guiarse por criterios objetivos previamente definidos; que con el contrato a celebrarse se tienda a la satisfacción del interés general representado en el cubrimiento de las necesidades prioritarias de la entidad contratante y, siempre que se haya garantizado la libre concurrencia de los interesados a ofertar dentro del proceso precontractual respectivo”.

Frente a este caudal probatorio de carácter documental y testimonial, necesario resulta preguntarse, si el hoy procesado Pérez Espinel tenía conocimiento de que se fraguaba una contratación administrativa al margen de la ley o si por el contrario, como lo han venido pregonando a lo largo de la actuación, la figura de la delegación cubre cualquier asomo de responsabilidad que pudiera generarse en su contra, en atención a que solamente suscribió las minutas y, por consiguiente, ninguna participación e incidencia tuvo en el desarrollo contractual y poscontractual.

Y para desvelar si ello es así, debe considerarse en primer lugar que, en efecto, llama la atención y hasta resulta inquietante que los tres (3) contratos referenciados hayan sido celebrados en un margen de tiempo tan reducido, esto es, entre el 9 de octubre y el 5 de noviembre del año 2002, adjudicados además a la misma contratista y con las manifiestas irregularidades ya advertidas.

Sin que en esta oportunidad se pueda aludir a un posible fraccionamiento contractual, para evadir la licitación pública, por

la cercanía de los valores, sumados los tres contratos, habida consideración que resultaría sumamente difícil delimitar lo atinente al objeto, por las diferentes clases de suministros que finalmente se concretaron, además de que sería traer un tema no advertido por la Fiscalía al momento de la acusación y sobre el que tampoco se propició el debate en el desarrollo del juicio.

Por ello, resulta importante, además, referirnos a la prueba testimonial que aborda el tema, para dilucidar definitivamente ese punto. Así pues, en primer lugar, se tiene el testimonio de Jorge Cortés Colmenares, jefe de la oficina jurídica de la Gobernación del Casanare, para el momento en que se celebraron los tres contratos cuestionados, quien luego de hacer un recuento del trámite contractual que se adelantaba en esa dependencia, advierte que: *"...se escogía al contratista por parte del ordenador del gasto, el gobernador, quien en últimas era el que decidía a quien le adjudicaban los contratos..."*. Habla igualmente el testigo de la existencia de una unidad paralela que tenía el gobernador, por diferencias con la oficina jurídica; confirmando de esta manera lo indicado en su momento por el Secretario de Educación de la época, en cuanto a la existencia de un grupo de contratación en ese ente territorial, *"...porque efectivamente todos los resortes del manejo de adjudicación de contratos en últimas el gobernador era quien decidía..."*. Finaliza su declaración indicando que cuando él recibía la minuta para su revisión, ya venía con el contratista seleccionado (fls. 250-255 c.o.2).

En similares términos se pronunció Jairo Antonio Agudelo Chaparro (fls. 93-96 c.o.3), quien fungía como profesional universitario para la fecha de la celebración de los contratos

cuestionados, adscrito a la Secretaría de Educación, tras indicar que aunque sus labores eran básicamente de naturaleza docente, en ocasiones le correspondía revisar procesos contractuales y por ello admite que aparece su visado en los contratos 582 y 533. Y cuando se le interrogó por el posible grado de injerencia del Gobernador en las adjudicaciones, concretamente indica: *"...lo que sí sabíamos era que casi por no decir que todo (sic) los contratistas eran seleccionados en las oficinas centrales de la gobernación, no sabría decir en cuales, eso era y es vox populi (sic) en la gobernación"*.

Y queda claro además, a partir de las manifestaciones de este testigo, contrario a lo que han argumentado el acusado y su defensa, en el sentido de que la incriminación que realiza Cortés Colmenares aparece insular, sin ningún otro soporte, por cuanto el testigo al que se hace referencia fue categórico en afirmar que: *"...todo venía bajo la vigilancia de la oficina de la gobernación y de la oficina jurídica de la gobernación donde daban las pautas, e inclusive los modelos de los contratos, por eso es que digo que nuestro trabajo consistía meramente en revisar las cuestiones de forma (...) como dije anteriormente la función de los abogados que compartían conmigo la denominado (sic) oficina jurídica de la Secretaría de Educación nos regíamos bajo los parámetros de forma indicados por las Estancias (sic) superiores, como lo era el propio despacho del gobernador y la oficina jurídica de la gobernación, siendo por esta razón que no en pocas ocasiones las minutas de los contratos revisados por nosotros eran devueltas de los despachos antes mencionados para hacerle los ajustes que ellos indicaron"*.

A partir del testimonio de Agudelo Chaparro, se concluye que en efecto existía en el despacho del Gobernador otro grupo de personas que, desde el punto de vista como actualmente se

cumple la función pública en las entidades estatales⁴³, esto es, la desconcentración de funciones, direccionaban la selección del contratista finalmente escogido para cada contrato, mientras que la labor de estas otras personas adscritas a la Secretaría General y a la Secretaría de Educación, era meramente formal.

Por su parte, el señor Héctor Orlando Piragauta Rodríguez, quien para la época de los hechos materia de juzgamiento se desempeñaba como Secretario de Educación del Departamento del Casanare, en su primera intervención, rendida ante la fiscalía sexta especializada de Yopal-Casanare, el día 4 de junio del 2009 (fls. 232 a 236 c.o.2), fue enfático en señalar que la selección del contratista no le correspondía a la dependencia por él direccionada, sino que la misma estaba centrada en el grupo de contratación de la Gobernación, quienes eran los encargados del proceso contractual; para más adelante agregar: *“Quien se encargaba de corroborar los precios de la propuesta elegida por nuestra dependencia, frente a los precios del mercado, era la secretaria general de la gobernación. Allí se seleccionaba la propuesta más no el contratista, quien lo hacía era la Gobernación...”*. Y por supuesto, el titular, quien cumplía las funciones como tal y ordenador del gasto por demás, no era otro que el hoy acusado William Hernán Pérez Espinel, funcionario que en efecto suscribió los tres contratos hoy cuestionados.

A partir de lo dicho entonces en esta primera ocasión por el señor Piragauta Rodríguez, no puede verse como mentiroso el dicho de Cortés Colmenares, como se ha querido mostrar desde la bancada de la defensa tanto material como técnica. Porque, si

⁴³ CSJ, Rad. 29089, Mar. 16/09, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

además se ausculta con detalle la segunda intervención del declarante en mención, vertida ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, el día 13 de noviembre del año 2014, ocasión en la cual se advierten varias imprecisiones, las mismas no alcanzan a desdibujar su testimonio, si se empieza por reconocer que su dependencia sí adelantaba las etapas precontractuales a la Secretaría General, para determinar finalmente que las personas seleccionadas, tuvieran la experiencia suficiente para poder adelantar dichos trámites (registro 12:37 continuación audiencia de juzgamiento); lo que se traduce en asunto de vital importancia, porque, si se recuerda, precisamente eso no fue lo que ocurrió en la escogencia de Karol Emilce Cano Garzón, para los tres contratos aquí cuestionados.

Reitera, por otro lado, que la Secretaría General era la encargada de la contratación, contrariando lo indicado por el jefe de dicha dependencia, Edgar Rincón Vela, en septiembre 20 de 2010, cuando informó que a él solamente le correspondía emitir una resolución para dar inicio al trámite contractual, porque, después, cada Secretaría se encargaba del respectivo proceso (fls. 90-92 c.o.3).

En la continuación de su segundo relato, ciertamente el testigo Piragauta incurre en más imprecisiones, pues al ser preguntado sobre quién seleccionaba las propuestas y los contratistas, respondió que siguiendo instrucciones del Gobernador, se miraban las propuestas y no las personas, lo que permitiría inferir que era un asunto reservado exclusivamente al titular de la administración, como claramente lo advirtieron en su momento Jorge Cortés Colmenares y Jairo Antonio Agudelo

Chaparro. Pero, en todo caso, quedó claro que no se comprometió con la segunda parte de la pregunta.

Y, por supuesto, frente a los interrogantes de la defensa, fue enfático en señalar que para los tres (3) contratos operó la figura de la delegación y que, además, no existió ninguna unidad paralela; que en su declaración anterior se refirió a una unidad que estaba en la Secretaría General, la encargada de todo el proceso de contratación, pero al respecto recuérdese lo que indicó sobre el punto el Secretario General.

Dijo, además, no conocer a la contratista Karol Emilce Cano Garzón, sin embargo, pareciera olvidar que la escogieron para tres contratos diferentes, en un tiempo muy corto. Porque precisamente sobre ese punto, el Ministerio Público le llamó la atención en el sentido de que obviamente las propuestas deberían estar firmadas por quienes las presentaban, ante lo cual tuvo que aceptar ese hecho. Recuérdese al respecto que en los formularios de evaluación de las propuestas, en la casilla de observaciones se consignaba cuál era la sugerida, lo que necesariamente lleva a concluir que tenía que saber quién suscribía la misma.

Además, tampoco resulta coherente su testimonio con lo ocurrido en la realidad, por cuanto al reiterarle la defensa quién seleccionó a Karol Emilce, continúa dando rodeos para responder, advirtiéndole que sin ser tan tajante, diría que no seleccionaron a la señora, sino la propuesta por ella presentada; pero, por supuesto, la propuesta no era de un anónimo, sino de una persona determinada, la misma que, como se ha establecido, no

reunía los requisitos mínimos para las adjudicaciones con las que resultó favorecida.

Reitera, en consecuencia, que la única participación del Gobernador en esos contratos fue la firma de los mismos, por ser el ordenador del gasto, pero que, en todo caso, aquél no seleccionaba a los contratistas. Agrega, además, que como en su parecer siempre cumplieron con los principios básicos de la contratación y de la buena fe, no cree que se hubiesen generado sobre costos en los mismos.

Y como el Ministerio Público le insistió en el tema de quién seleccionaba el contratista, finalmente, respondió: "*Nosotros seleccionábamos el contratista*" (registro 1:25:24).

Ante esa situación, tanto la fiscal, como el representante de la sociedad, lo increparon de inmediato, por cuanto en declaración anterior rendida el 4 de junio del año 2009 y al comienzo de la vertida ante la Corte, siempre se refirió a la participación en la etapa precontractual, pero que nunca había escogido a ningún contratista, porque todo ese proceso de selección de las mejores propuestas lo hacía la Secretaría General y que en esta oportunidad había cambiado de opinión, responde que no sabe si sea contradictorio, que eso era lo que hacían y, por consiguiente, no cree que la declaración actual sea diferente a la rendida en oportunidad anterior.

Frente a este panorama y ante testimonios de signo opuesto no cabe el facilismo, esto es, de una vez enarbolar la duda y pretender un pronunciamiento favorable al procesado, como lo invocan tanto la defensa material como técnica de Pérez Espinel, pues sin mayores argumentos simplemente advierten que con el testimonio de Piragauta Rodríguez ha quedado evidenciada la mendacidad de Jorge Cortés Colmenares, frente a la inexistencia de la supuesta unidad paralela de contratación. Lo que procede en estos casos, es adentrarse mediante el juicio en los complicados –no por ello eludibles– razonamientos inferenciales y, sólo si después de este esfuerzo dialéctico pervive la duda, procede entonces reconocerla a favor del acusado (*in dubio pro reo*).

Por cuanto, ante declaraciones de distinto jaez, en relación con testigos que juran decir la verdad, lo correcto para el funcionario judicial es buscar apoyos reales para saber cuál es el testimonio que tiene mayor soporte inductivo y de esa manera asumirlo como revelador de la hipótesis más probable, sin que resulte razonable su rechazo o desconocimiento de plano, en consideración a que: *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*, conforme lo advierte el precepto 238 de la Codificación Procesal Penal (Ley 600 de 2000).

Porque, además, cuando la hipótesis que trasunta una prueba se apoya en parámetros empíricos, como son en este caso los controvertidos términos de referencia, donde se establecieron los requisitos y calidades que debían tener los proponentes, así como el certificado de cámara de comercio tantas veces mencionado, que daba cuenta de la experiencia como comerciante de los

mismos, sin duda puede pregonarse que esa hipótesis tiene la justificación externa de la cual carecen las explicaciones suministradas en su momento por el exgobernador hoy procesado.

Sobre el punto, debe tenerse en cuenta, además, que la justificación que a lo largo de la actuación ha esgrimido el acusado, atinente a que toda la fase precontractual y contractual la delegó en funcionarios de menor nivel, de acuerdo con la secretaría que estuviera vinculada con el respectivo tema, no tiene ninguna trascendencia, en primer lugar, por cuanto no puede perderse de vista que como cabeza visible de la administración departamental para ese entonces, período 2001 a 2003, era el ordenador del gasto y como tal, le eran exigibles unas obligaciones y responsabilidades puntuales, encaminadas al correcto funcionamiento del servicio y de la administración pública; de la misma manera, la delegación per se no exime de responsabilidad, pues quien delega, tiene el deber y la obligación de vigilar al delegado, en procura de la salvaguarda de bienes jurídicos tan preciados como lo son los relacionados con la administración pública.

Frente a dicho tópico, precisamente uno de los temas traídos a colación por la representante de la fiscalía en los alegatos de conclusión, fue el de la máxima diligencia que deben tener quienes se ven abocados al ejercicio de estos cargos, para la concreción de los temas contractuales, debiendo ser sumamente cuidadosos al momento de la suscripción de los contratos.

Pero más allá de esa consideración de la fiscalía, la Sala tiene para indicar que el argumento de la delegación por sí solo no puede servir de excusa, para evadir la responsabilidad que le corresponde asumir a quien así procede, pues precisamente cuando se delega es porque se está entregando una función sumamente trascendental, que solamente pueden cumplir personas de extrema confianza, en quienes recae la responsabilidad de hacer las cosas como si las estuviera realizando el delegante. Pero, además, contrario a lo manifestado por la defensa del acusado, no es que aquél hubiese tenido que ir directamente a preguntar cuánto costaba por ejemplo un kilo de frijol, frente a insinuación del Ministerio Público en ese sentido, pero como mínimo, debió realizar un control antes de firmar los contratos cuestionados, formulando simplemente unas preguntas básicas, como por ejemplo: entre los oferentes, quién era el de mayor experiencia? o quién tenía mayor capacidad económica? No era mucho lo que se le exigía, ni siquiera máxima diligencia, simplemente, se reitera, un control básico, que de haberlo hecho, muy seguramente no estaría en el compromiso penal que tiene en los actuales momentos, pero que por supuesto no realizó, como quiera que como se ha indicado, la prueba allegada es indicativa de su participación en la fase contractual, básicamente en lo que tiene que ver con la selección de la contratista.

Es que, si de verdad se pudiera considerar al margen de cualquier responsabilidad al procesado, ello resultaría posible únicamente si se hubiese evidenciado en su actuar, como lo es apenas exigible a todo servidor público con igual responsabilidad contractual como la ostentada por Pérez Espinel para el año 2002, cualquier tipo de comportamiento encaminado a controlar

esas falencias y, en consecuencia, se hubiera abstenido de celebrar los contratos, pues se trataba de irregularidades aprehensibles de entrada por los sentidos, sin tener que llevar a cabo elaborados procesos intelectuales.

Necio por demás sería desconocer el tema de la delegación, pues sabido es, y la experiencia lo enseña, que un funcionario público de las calidades de un gobernador, por supuesto no puede dedicarse a las minucias propias de los trámites precontractuales y que esas labores las realizan funcionarios de nivel inferior. Ese es un tema que no será objeto de discusión, ya que constitucional y legalmente se encuentra permitido⁴⁴. El cuestionamiento está encaminado a los cuidados que obviamente no tuvo, durante la tramitación, en relación con la escogencia de la contratista y antes de suscribir los mismos, pues se reitera, fácil le hubiese resultado esa labor como se ha indicado.

Por lo demás, tienen razón tanto el acusado como su defensa técnica, en el sentido de que para efectos de determinar esa responsabilidad, no se puede tener en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la C-693 del año 2008, porque para el año 2002, cuando se celebraron los contratos, se hablaba de que la delegación eximía de compromiso al delegante y solamente incumbía a los delegatarios, así como tampoco, lo dispuesto en la C-372 de 2002, pues resulta claro que lo allí decidido obedece a un tema de responsabilidad fiscal.

Sin embargo, en decisiones de la época, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya había considerado el tema

⁴⁴ Arts. 209 inc. 1° y 211 inc. 2° C. Nal, 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993.

alusivo a las labores de vigilancia y control que le son inherentes a los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, advirtiendo en un caso similar que: *"Ahora bien, de cara a los necesarios controles que el procesado debió ejercer para constatar que en los trámites precontractuales atrás ilustrados, la dependencia encargada de su adelantamiento obraba con rectitud y probidad, resulta inaudito que no se percatara de las escasas ofertas presentadas, máxime cuando los bienes demandados por la administración eran artículos comunes, respecto de los cuales existe amplia gama de proveedores⁴⁵".*

Agrega, a renglón seguido, que no se trata de que la función del procesado sea la de repetir actuaciones encomendadas a otros funcionarios: *"... como tampoco recepcionar por sus propios medios las ofertas o constatar directamente su seriedad. Pero sí era de esperarse de él, que como garante del buen manejo de los recursos de la entidad, indagara, por ejemplo, acerca de las razones que llevaban a la escasa concurrencia de oferentes, para lo cual habría bastado con informarse sobre cómo se hacían las convocatorias, con el ánimo de impartir directrices y correctivos llamados a garantizar la publicidad real de las mismas y evitar con ello el monopolio de oferentes efectivamente verificado⁴⁶".*

Se infiere de lo anterior, que no puede pretenderse que los representantes legales de las entidades estatales, en materia contractual, ordenadores del gasto por demás, pretendan desligarse de las obligaciones inherentes a su función, para convertirse en simples tramitadores o avaladores de las actividades desplegadas por el personal subalterno, ni que por consiguiente, se les conciba en esa función, solamente para firmar los contratos de una manera casi mecánica, pues deben verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, máxime si ha intervenido de alguna manera en la fase

⁴⁵ CSJ, Rdo. 18029, Nov. 5/08

⁴⁶ ídem

contractual, por lo que se les exige la realización de esos mínimos controles. Así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de única instancia, radicado 21547 de febrero 9 de 2005.

Pero más recientemente, la misma Corporación puntualizó: *“En la administración pública, el cumplimiento de las funciones contractuales es compleja, requiere la intervención de varios funcionarios para la coordinación y dirección de una persona que dirige la entidad, pero la misión de éste no se agota con el examen formal de la actuación, ni con la firma mecánica de los contratos, sino con su deber ineludible de observar, estudiar, examinar y controlar la verificación de los requisitos legales esenciales que demanda la observancia de los principios de planeación y responsabilidad.*

A él le correspondía verificar la corrección de las tareas realizadas por los demás funcionarios que él mismo les asignó, que en todo caso conocía, que entendía obraban en el plano de colaboradores porque la decisión final de firmar era la de él, instante en el que debía constatar que los requisitos esenciales estuvieran satisfechos. Ese proceder hizo que no adoptara los correctivos oportunamente, dadas sus facultades de dirección, coordinación y control, asumiendo como propio el resultado típico que por su omisión voluntaria y consciente se generó”⁴⁷.

Debe advertirse además que, contrario a lo planteado por la defensa del acusado, los principios de confianza y buena fe no eximen de responsabilidad, conforme lo ha indicado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: *“...cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público y no ha sido expresamente delegada en otro, sino que, como en este caso, sólo ha delegado en funcionario de menor rango el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante reasume la administración del riesgo y por ende se hace responsable*

⁴⁷ CSJ, Rdo. 42930, Jun. 22/16, MP. Eugenio Fernández Carlier.

*de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y la justicia*⁴⁸

Es por ello, que para establecer las diversas maneras mediante las cuales se puede tipificar la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin que quien así procede se pueda amparar en la delegación, pues se le exige una estricta labor inexcusable de supervisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

“esa distinción se ofrece consecuente con la forma en que en la práctica las entidades del Estado llevan a cabo la función contractual. En efecto, es sabido que la celebración de un contrato y su posterior ejecución, conlleva la realización de un sinnúmero de actos que se realizan, normalmente, a través de diversos órganos de la administración, en una relación concatenada de antecedente a consecuente, lo que perfila uno de los procesos administrativos más complejos.

*Todo indica que el legislador tuvo en cuenta esa realidad al definir la conducta prohibida, y que quiso cobijar a través de ella tanto a los servidores públicos de rango medio en la organización que por razón de sus funciones interviene en la tramitación del contrato, como a aquéllos que con ocasión de su cargo son titulares de la función contractual, últimos a quienes se reserva la facultad de celebrar y liquidar el contrato, para lo cual se demanda una estricta labor de supervisión, inexcusable, en cuanto garantes de la legalidad de la actuación, precisamente por que son los únicos que pueden comprometer con su voluntad final los dineros del erario*⁴⁹.

Por lo anterior, es por lo que en esta oportunidad se puede afirmar sin temor a equívocos, conforme lo acreditó la fiscalía en la acusación y posteriormente en desarrollo del juicio, de acuerdo con el acervo probatorio debidamente incorporado, que fue el

⁴⁸ CSJ. S.C.P, auto de 20 de agosto de 2002, radicado No. 18029.

⁴⁹ CSJ. SCP, sentencia de 9 de febrero de 2005, radicado No.21547.

acusado, quien deliberadamente celebró los contratos 481, 533 y 582 de 2002, por vía directa, sin atender criterios razonables, desconociendo la selección objetiva y soslayando las normas que rigen la contratación pública, esto es, sin que previamente –en fase contractual- se hubiesen observado los requisitos legales esenciales y sin verificar posteriormente su cumplimiento –en fase de celebración-. Su indebido comportamiento no resulta admisible, aunque para el efecto invoque la figura de la delegación, porque como se ha advertido, ello no lo relevaba de haber extremado la vigilancia y estricto control que le correspondía ejercer. Además, recuérdese, la acusación fue a título de autor, lo que supone que realizó la conducta punible por sí mismo⁵⁰.

Es que, en el presente caso, resulta evidente que se desconocieron los principios de transparencia, selección objetiva, economía y responsabilidad previstos en la Ley 80 de 1993 y que, como se indicó con antelación, se entienden incorporados al tipo penal, porque este se refiere a los requisitos legales esenciales.

Situación que, por supuesto, no podía pasar inadvertida para Pérez Espinel, en la medida en que no fue uno, sino tres los contratos que le fueron adjudicados a la misma contratista, evento para el cual tuvo marcada injerencia como se ha indicado y que, de igual manera, él debió verificar antes de su suscripción, con mediana diligencia y cuidado. Es decir, en tres ocasiones similares y simultáneas se desconocieron esos principios, para favorecer a una misma persona.

⁵⁰ Artículo 29 C. Penal

DAV
2

Nótese cómo, de acuerdo con esa normatividad, para el cabal cumplimiento del principio de transparencia, la contratación debe desarrollarse mediante el mecanismo de la licitación pública o el concurso, salvo que, entre otros factores, se trate de un asunto de menor cuantía, caso en el cual se puede contratar directamente (artículo 24-1,a - ídem), lo cual está determinado por el monto del presupuesto anual del respectivo ente territorial; situación que en esta oportunidad no ha sido objeto de crítica, pues que los contratos de suministro desarrollados y objeto de cuestionamiento, no superaron ese monto.

Del mismo modo, para desarrollar tanto el principio de transparencia, como el deber de selección objetiva, fue expedido el Decreto 855 de 1994 (abril 28), que reglamentó lo relacionado con la contratación directa.

Y precisamente ese proceso de transparencia obligaba a que las decisiones sobre la propuesta seleccionada fueran dadas a conocer a los demás oferentes, con el fin de que estos pudiesen realizar las observaciones correspondientes, como puntualmente lo establecía el numeral 2° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos: *“En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones”*.

Pero, por supuesto, no les interesaba realizar esas gestiones, pues ante el evidenciamiento de las múltiples irregularidades

advertidas, que llevaron a la escogencia indebida de la contratista Karol Emilce Cano Garzón, se llevaron de calle tal principio, desconociéndolo en su integridad, dado que la escogencia estaba predeterminada; lo que se concluye, por supuesto, a partir del material probatorio debidamente incorporado. Lo cual permite afirmar una vez más, contrario a lo que de manera vehemente planteó la vocera del procesado en la audiencia de juzgamiento, referido a la supuesta absoluta transparencia de los tres procesos contractuales, que simplemente se les quiso amparar con un ropaje de claridad que nunca se cumplió, pues las reales intenciones eran bien diferentes.

Es que, además, si se quiere ahondar en argumentos para establecer que en este caso ni siquiera hubo contratación directa como lo mandaba la norma anteriormente mencionada, no obstante que ese fue un tema que constantemente se esgrimió desde la bancada de la defensa, para aludir a la supuesta transparencia con la que se obró, debe afirmarse que si se hubiese actuado de esa manera, por la cuantía de los contratos, bien pudieron contratar con un distribuidor de insumos alimenticios, otro de elementos deportivos y, finalmente, con uno de textos escolares, pero no acudir a una tercería o intermediación inexperta, que fue lo que finalmente se hizo en esta oportunidad, cuando Karol Emilce fue seleccionada, para esos tres convenios con objetos totalmente diferentes, sabiendo de antemano que ella no tenía las condiciones de comerciante para el cubrimiento de tales rubros.

De la misma manera, si de transparencia se hubiese tratado, debieron haber dado a conocer quiénes fueron los otros

proponentes que igualmente se interesaron en estos suministros, para haber conocido esas condiciones, porque como lo indicó la señora Fanny Yizzeth Niño Vega (fls. 144-147 c.o.3), cuando se le preguntó si además de la oferta presentada por ella, en relación con el contrato 582, hubo otras frente al mismo objeto contractual, respondió: *"Si se presentaron varias propuestas uno tenía que hacer cola todos los días para ser atendido en la gobernación, después del estudio de varias propuestas me llamaron y me dijeron que no había salido favorecida"*. Así, simple y llanamente, sin darle posibilidad de realizar observaciones al proceso y para los efectos de la presente actuación, desconociéndose esas otras varias propuestas.

Después de referirnos entonces a los diversos medios de prueba de contenido directo, tanto testimonial, como documental, que han permitido estructurar la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que en este caso -como equivocadamente lo han manifestado la defensa material y técnica- no sólo estaba soportado en la declaración de Jorge Cortés Colmenares; también debe resaltarse un aspecto que no puede dejarse pasar por alto, relacionado con una situación desplegada por el hoy acusado en otro evento similar, por el cual incluso ya fue condenado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 38438 de agosto 14 de 2014, por los delitos de concusión e interés indebido en la celebración de contratos; razón por la cual resulta plenamente pertinente en esta oportunidad.

Nos referimos, por supuesto, al conocimiento previo que tenía el acusado para direccionar y seleccionar a su antojo a los

contratistas, lo que se desprende a partir de las manifestaciones que el hoy exgobernador le realizó a un ingeniero contratista, para favorecerlo con un contrato por valor de cuatrocientos millones (\$ 400.000.000,00) de pesos, para la electrificación de dos veredas del municipio de San Luis Palenque del departamento de Casanare, a cambio de que realizara unos aportes económicos para la campaña de un concejal del referido municipio, para lo cual aquél giró unos cheques por valor de veinte millones (\$ 20.000.000,00) de pesos y efectivamente, el contrato en mención le fue adjudicado como se había acordado, el 2 de diciembre del año 2002.

Y por supuesto, para este contrato también existía la delegación que tanto han pregonado acusado y defensa, pero la verdad, la misma, como efectivamente lo anunció la fiscalía, se convertía en una especie de “fachada”, porque finalmente la escogida fue la misma persona, pese a las irregularidades advertidas. Recuérdese, además, que los hechos a los que se alude, se remontan al mes de septiembre del año 2002, esto es, con antelación a los contratos que en esta oportunidad son objeto de cuestionamiento penal. De donde se desprende que, en efecto, el hoy acusado sí tenía ese conocimiento, así como la posibilidad no solamente de escoger a su antojo al contratista de turno, sino igualmente de suscribir de acuerdo a sus intereses, los convenios que favorecían a los contratistas que finalmente resultaban elegidos para contratar con dicho ente territorial, dado que incluso realizaba maniobras fraudulentas para obtener a través de las relaciones contractuales, beneficios económicos para terceros, en desmedro del erario público.

Por otra parte, los comportamientos a que se contrae este proceso fueron realizados por Pérez Espinel a título de dolo, pues sin duda alguna conocía los hechos constitutivos de la infracción penal, esto es, los requisitos exigidos por la ley para una transparente y objetiva contratación, pero no obstante ello enrutó su voluntad a esa realización, vale decir, tramitar y celebrar los tres contratos cuestionados, sin el cumplimiento de los requisitos legales y celebrar sin verificación de esos requisitos.

Adicionalmente, se advierte que la conducta del procesado se torna antijurídica, en la medida en que, a partir de las atribuciones asignadas a él de manera preferente y privativa⁵¹, en su calidad de ordenador del gasto, las que por supuesto no podía delegar, no tuvo en cuenta el cumplimiento de los requisitos legales esenciales para la contratación estatal, regulados en la Ley 80 de 1993, tanto en fase de tramitación, como de celebración y que privilegia en su desarrollo, la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, los cuales le imponían el deber de acatar frente a los tres (3) contratos suscritos en favor de Karol Emilce Cano Garzón, contrariando con ello el bien jurídico de la administración pública, sin que se vislumbre ninguna causal de justificación en la misma.

Debe agregarse finalmente en este apartado alusivo al contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que el énfasis referido a los dos primeros eventos del artículo 410 del Código Penal, como realizados por el procesado Pérez Espinel, se hace en

⁵¹ CSJ, Rad. 21547, feb. 9/05, MP. Marina Pulido

consideración a que la acusación se concretó a título de autor, la prueba analizada lleva a esa conclusión y además, porque la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado la posibilidad que en estos eventos confluyan dos de las modalidades allí previstas, esto es, la tramitación sin cumplimiento de los requisitos legales, y la suscripción sin verificar los mismos requisitos en la fase precontractual; concretamente así se expresó la Corporación: *"Para el caso concreto, el procesado realizó dos (2) de las conductas alternativas contempladas en el tipo penal, porque tramitó y celebró el contrato de obra, y las modificaciones o adiciones, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales atinentes a los principios de planeación y responsabilidad"*.⁵²

Y en ese caso, también se pretextaba como excusa, tanto la delegación, como el principio de confianza, sobre los cuales ya se tuvo la oportunidad de disertar lo correspondiente.

Pero, además, la misma Corporación en otro pronunciamiento que ya se ha mencionado en el transcurso de esta decisión, cuando se procesó un ex gobernador del departamento del Huila por un caso similar, había concluido que el ordenador del gasto no solamente puede llegar a seleccionar los contratistas, sino igualmente celebrar los contratos, sin que ello riña con la atribución del comportamiento previsto en el evento dos del artículo 410 del Código Penal, sobre el particular indicó: *"Las pruebas y, en ello no hay controversia, ponen de manifiesto que las fases precontractual y de ejecución estaban desconcentradas en cada una de las Secretarías del Despacho, en este caso en la Secretaría de Vías e Infraestructura por virtud de la naturaleza de los bienes adquiridos y de los servicios, en tanto que el aforado conservaba la facultad de seleccionar los contratistas y celebrar los contratos"*.

⁵² CSJ, Rad. 42930, Jun. 22/16, MP. Eugenio Fernández Carlier.

A él le correspondía verificar la corrección de las tareas realizadas por los demás funcionarios que él mismo les asignó, que en todo caso conocía, que entendía obraban en el plano de colaboradores porque la decisión final de firmar era la de él, instante en el que debía constatar que los requisitos esenciales estuvieran satisfechos. Ese proceder hizo que no adoptara los correctivos oportunamente, dadas sus facultades de dirección, coordinación y control, asumiendo como propio el resultado típico que por su omisión voluntaria y consciente se generó⁵³.

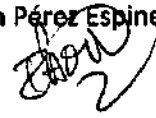
Reiterándose que en aquella oportunidad, se "...le atribuye la comisión de los delitos a título de dolo considerando que los celebró voluntariamente, sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales"⁵⁴.

Esa aparente mixtura de imputaciones (tramitar, seleccionar y celebrar), como se advierte en la acusación y lo justifica la jurisprudencia, no obedece tanto a imprecisiones jurídicas como a la complejidad misma del comportamiento adoptado por el acusado.

En efecto, el artículo 410 del Código Penal prevé un tipo penal compuesto o de conducta alternativa, de modo que describe los comportamientos de "tramitar" contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, o "celebrarlo" o "liquidarlo" sin verificar dichas condiciones, cada una con la potencialidad de consumir por sí sola una descripción típica distinta, de modo que tanto da que apenas una de ellas se concrete, cuanto que se desplieguen dos o las tres, obviamente sin perjuicio de la importancia de esta mixtura, no para derivar un concurso de hechos punibles por esa sola multiplicidad, pero sí eventualmente para la medición de la pena.

⁵³ CSJ, Rad. 29089, Mar. 16/09, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁵⁴ Ídem



Esto se dice respecto de los tres verbos rectores dentro de un mismo contrato, no de la variedad comportamental relacionada con contratos diferentes, en cuyo caso si es inexorable la imputación del concurso material de delitos, como lo hizo la acusación en este caso.

En otras palabras, aunque las conductas de tramitar, celebrar y liquidar un contrato pueden distinguirse y adjudicarse a personas diferentes en la dinámica contractual del Estado, no por ello obedecen a la figura de comportamientos estancos, pues perfectamente pueden tocarse cuando una persona como el acusado en este caso, decide no solo intervenir decididamente en la tramitación del contrato y la selección del contratista – soslayado en una fingida delegación-, sino que igualmente lo celebra a pesar de las manifiestas irregularidades que él mismo promovió, patrocinó y no verificó.

3. Del delito de peculado por apropiación.

Debe recordarse, en primer lugar, que el delito de peculado se define como aquella conducta del servidor público que se apropia en provecho suyo **o de un tercero** de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o administración se le hayan confiado por razón de sus funciones (artículo 397 de la ley 599 de 2000).

El tipo penal en mención también precisa de sujeto activo calificado, lo que en el presente caso no ofrece discusión alguna,

dada la condición de servidor público, Gobernador del Departamento del Casanare para el período 2001-2003, que ostentaba el hoy acusado para la época de los hechos⁵⁵.

Precisamente, en virtud de esta calidad, tenía la representación legal de dicho ente territorial, siendo por consiguiente el ordenador del gasto, esto es, el funcionario facultado para comprometer patrimonialmente a la entidad, con cargo a su presupuesto.

En esa medida, el doctor Pérez Espinel, además de ostentar esa calidad de servidor público, tenía asignada, en consideración a la especial posición que ocupaba para entonces, Gobernador del Departamento del Casanare, la importante misión de administrar los recursos asignados a dicho ente territorial y, en tratándose de actuaciones de índole contractual, estaba obligado a aplicar “...las reglas sobre administración de bienes ajenos” y “...los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia”, como puntualmente lo establece el artículo 26, numeral 4° del Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993).

Justamente, con fundamento en esos mandatos, enmarcados dentro de la principalística y las reglas de la contratación estatal, tal como se indicó en apartados anteriores cuando se aludió al otro tipo penal por el cual ha sido procesado, era su deber, desde el punto de vista de la función que desempeñaba, vigilar y controlar la correcta y adecuada utilización y distribución del presupuesto de aquel ente territorial adoptando los mecanismos

⁵⁵ Fls. 30-32 c.a.o.2

necesarios de previsión, en virtud de los contratos que con su firma avaló, para establecer no solamente la necesidad de éstos frente al plan de desarrollo⁵⁶, sino igualmente el equilibrio en relación con las prestaciones pactadas, en procura de garantizar con aquellos el beneficio de los intereses generales, como una de las características esenciales de la función administrativa, conforme lo dispone el artículo 209 de la Constitución Política.

Y frente a ese tópico, no cabe duda entonces de los evidentes sobrecostos reportados en los tres (3) contratos tantas veces referenciados, los cuales no se desvanecen con la tesis esgrimida por la defensa, acerca de los mayores valores asumidos por la contratista seleccionada, quien supuestamente debió sufragar gastos adicionales, denominados costos indirectos, que por supuesto no alcanzan a diezmar las ostensibles ganancias obtenidas con la irregular contratación, lo cual condujo, sin hesitación alguna, a la pérdida de recursos de la entidad departamental.

En efecto, si la apropiación de los mencionados recursos fue producto de las maniobras torticeras en la tramitación y celebración de los contratos ya referenciados, respecto de los cuales la prueba señala de manera inequívoca el compromiso y la responsabilidad de Pérez Espinel, por necesaria consecuencia, los mismos presupuestos probatorios, afincados en una adecuada construcción indiciaria, permiten enlazarlos de

⁵⁶ Así lo indicó el propio acusado en su indagatoria (fls. 183-198 Cuaderno original 1 Fiscalía) y la propia administración departamental de Casanare lo consignó expresamente en los estudios preliminares de conveniencia frente a cada uno de los tres contratos, al indicar que los proyectos resultaban coherentes con los lineamientos, políticas y estrategias planteadas por el Plan de Desarrollo "Con Alma de Pueblo", en la medida en que iban encaminados al mejoramiento de las calidades de vida de la población estudiantil, (fls. 162 cuaderno anexo copia 6, fl. 390 cuaderno anexo copia 1A y fl. 138 cuaderno anexo copia 6, en relación con los contratos 481, 533 y 582 respectivamente.

manera lógica con la inferencia plasmada: que en realidad el procesado quiso realizar toda esa actividad contractual con las irregularidades advertidas, vale recordar, sin acatar y verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, para que con posterioridad un tercero, en este caso la contratista seleccionada en los tres eventos, se aprovechara de los recursos del Estado.

Es que resultan evidentes los desfases entre los valores contratados y los realmente ejecutados, que ilustran de modo objetivo la desviación de los recursos del erario público a terceros y su consiguiente apropiación ilícita, porque, se reitera además, que de manera extraña, no obstante los disímiles valores de las propuestas, que deberían incidir en el proceso de selección, finalmente se presenta por el valor total del presupuesto asignado para la adquisición de los productos requeridos, de donde se desprende ese ánimo de apropiación a como diera lugar, del total del presupuesto destacado por la administración departamental para esos efectos, independientemente del valor real de los bienes adquiridos. Por ello es que, en este punto, no tienen acogida los esfuerzos argumentativos expuestos por la vocera del procesado, en relación con las cotizaciones y los precios del mercado, porque de todas formas, cualquiera que hubiese sido el valor, finalmente lo ajustaban al del presupuesto oficial que tenía asignado cada contrato, para lograr la apropiación total del mismo.

Nuevamente, en esa dirección, importante resulta traer a colación lo ocurrido con el contrato 582, por cuanto las diferencias entre los precios por los cuales la contratista vendió los cuatro mil (4000) textos escolares al ente territorial, fueron superiores al doble de su valor comercial para la época, situación

injustificable aun teniendo en consideración que debió sufragar la póliza de calidad y cumplimiento o cancelar el impuesto de timbre y la publicación del contrato, pues tales erogaciones difícilmente alcanzan el 10% del valor final de la transacción.

Significa lo anterior que, de acuerdo con esos valores cancelados, con cargo a los recursos de la Gobernación del Casanare, se hubiesen podido adquirir otros cuatro mil textos escolares y aún así, hubiese sobrado dinero, lo cual se traduce en un relevante desmedro patrimonial para el Departamento, que irrefutablemente constituye apropiación indebida de recursos del Estado.

Recuérdese, además, que los mayores valores fueron aumentando de manera progresiva y, por supuesto, en esa misma medida las ganancias que percibía la contratista, pues en el primer contrato que era por \$ 29.946.240, el valor real de la compra fue de \$ 19.086.200, generándose una diferencia de \$ 10.860.040; en el contrato 533, suscrito por \$ 146.763.000, el valor real de la compra fue de \$ 125.662.500, con una diferencia de \$ 21.100.500, y en el contrato 582, suscrito por \$ 131.240.000, el precio de la compra fue por \$ 56.000.000, presentándose una diferencia de \$ 75.240.000 (fls. 6-11 c.a.o.5); esas cifras, así detalladas, se erigen sin duda alguna en los mayores valores cancelados por el ente territorial con ocasión de estos contratos y que constituyen prueba incontrovertible del detrimento del erario público; montos sobre los cuales, después de las deducciones correspondientes, se produjo la apropiación por parte de la contratista ilegalmente seleccionada, como se concretará más adelante.

[Firma manuscrita]

Al respecto, no puede olvidarse que el Decreto 855 de 1994, en el inciso 2° del párrafo del artículo 3°, establecía que: “*En todo caso, la entidad tendrá en cuenta para efectos de la contratación los precios del mercado...*”, de donde se desprende el cuidado y la verificación que previamente se tuvo que haber realizado, para constatar que no se presentaban desfases como los evidenciados, en la medida en que simplemente se conformaron con los precios presentados por la contratista, lo que se tradujo en el mayor valor cancelado por la administración departamental del Casanare, cuando demostrado quedó, que los suministros contratados realmente correspondían a unos valores muy inferiores, situación indicativa que no se quiso cumplir con dichos postulados de transparencia y objetividad, pues el direccionamiento para favorecer a una persona en particular era evidente.

Y no se diga que la contratista no recibió esos mayores valores como lo insinuaron desde la defensa, pues en el siguiente cuadro aparecen las fechas en que efectivamente se hicieron los giros a nombre de Karol Emilce Cano Garzón, por parte de la gobernación del departamento de Casanare, para establecer que en efecto recibió los pagos y, por consiguiente, se apropió de esos mayores valores (fl. 205 c.a.o.6).

Contrato N°	Valor girado	Fecha de giro	Beneficiaria
533/02 Anticipo	\$ 73.378.500	Octubre 31/02	Karol Emilce Cano
533/02 Pago final	\$ 66.407.257	Diciembre 23/02	Karol Emilce Cano

481/02 Anticipo	\$ 14.970.120	Octubre 22/02	Karol Emilce Cano
481/02 Pago final	\$ 13.547.674	Noviembre 22/02	Karol Emilce Cano
582/02 Anticipo	\$ 65.617.000	Noviembre 19/02	Karol Emilce Cano
582/02 Pago final	\$ 59.383.100	Diciembre 23/02	Karol Emilce Cano

Nótese, además, que en esa liquidación ya se encuentran incluidos lo atinente a los costos indirectos y que la misma corresponde con esas deducciones, de donde se desprende que frente al primer contrato, el 481, relativo al suministro de víveres para la atención de restaurantes escolares, la ganancia ilícita neta obtenida por la contratista fue de nueve millones cuatrocientos treinta y un mil quinientos noventa y cuatro (\$ 9.431.594) pesos; en el segundo convenio, el 533, para el suministro de material didáctico, el mayor valor fue de catorce millones ciento veintitrés mil doscientos cincuenta y siete (\$ 14.123.257) pesos y, en el último de ellos, el 582, cuya finalidad era el suministro de kit escolar, la utilidad ilícita obtenida fue de sesenta y nueve millones cien (\$ 69.000.100) pesos, para un gran total de beneficio económico realmente cancelado a la contratista Karol Emilce Cano Garzón, de noventa y dos millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y uno (\$ 92.554.951) pesos, suma nada despreciable, no sólo por el medio ilícito sino por haber sido obtenida en el término escaso de un mes.

Sobre este tópico, el punto en discusión no es que los suministros no se hayan cumplido, por cuanto fue ese otro mecanismo de distracción que se quiso implementar, para considerar razonables las ganancias de la contratista seleccionada, pues lo que realmente debe destacarse, es que ello ocurrió en condiciones mucho menos benéficas para la administración departamental y para la propia comunidad, que finalmente fue la que se vio privada de tener más recursos para la satisfacción de otras necesidades, lo que constituyó un detrimento para la entidad territorial.

Y para los efectos de establecer no solamente la tipicidad sino igualmente la responsabilidad del hoy acusado, frente al delito de peculado, recuérdese que el propósito que desde un comienzo lo llevó a favorecer a la contratista con la adjudicación de los tres (3) contratos, como se analizó ampliamente al estudiar su responsabilidad en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pone de manifiesto al mismo tiempo que para la escogencia de aquella, previamente omitió la observancia de los requisitos legales y, luego, la verificación del cumplimiento de aquellos para el perfeccionamiento de los contratos, vale decir, los relacionados con la fase precontractual, por lo que, el aforado fue dueño del proceso causal que aparejó como consecuencia la afectación al patrimonio de la entidad pública, según se advirtió con acierto desde la resolución de acusación.

Al respecto puede concluirse entonces que el procesado Pérez Espinel fue consciente de todas las irregularidades verificadas en la tramitación y celebración de los contratos, al no constatar que en su trámite, se incumplieron los requisitos legales

esenciales y, especialmente, de que la persona seleccionada para materializar los mismos, no tenía las condiciones y cualidades conforme con los términos de referencia elaborados por el propio ente departamental, y a pesar de ello, le adjudicaron en un tiempo célere de escaso un mes, tres (3) contratos para suministrar diversos elementos para las instituciones educativas del departamento, posibilitando de esa manera que un tercero, esto es, la contratista Karol Emílce, obtuviera provecho ilícito en perjuicio de la comunidad que representaba.

Se desprende de lo anterior que para este delito en particular, el actuar de William Hernán Pérez Espinel fue igualmente doloso, en la medida en que voluntariamente tramitó los tres contratos cuestionados, sin observancia de los requisitos legales esenciales y los celebró sin verificar previamente el acatamiento de aquellos, en fase de tramitación, lo que implicaba claro está, constatar que la persona seleccionada efectivamente contaba con las credenciales para contratar con el ente territorial que representaba, actuación que precisamente propició la apropiación de bienes del Estado en provecho de un tercero, de lo cual tenía pleno conocimiento.

En este orden de ideas, estima la Sala que se ha acreditado suficientemente, sin duda razonable alguna, tanto la materialidad del delito de peculado, en los términos concretados en la resolución de acusación, en cuantía de noventa y dos millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y un (\$ 92.554.951) pesos, como la responsabilidad del procesado en calidad de autor material del referido comportamiento, al permitir consciente y voluntariamente que la contratista escogida

se apropiara de los mayores valores determinados en cada uno de los contratos celebrados. En ese sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de esta corporación: *“La conducta se entiende consumada cuando el servidor público sustrae el bien o los 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 sus recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre efectivamente a disfrutar o gozar de aquellos, basta con el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público.”*⁵⁷. Por todo ello, se impone proferir en su contra igualmente, sentencia condenatoria.

Ahora bien, como quiera que la acusación específica de la Fiscalía se ha referido a un delito único de peculado agravado por la cuantía, en razón de la suma de los tres (3) valores individuales de las pérdidas en cada contrato, la conclusión en esta sentencia no puede ser diferente, habida cuenta que una pretensión diferente lesionaría gravemente los principios y garantías de congruencia, contradicción y defensa.

De otro lado, para reforzar el análisis frente a la antijuridicidad de las conductas atribuidas al acusado, debe indicarse que se lesionó efectivamente el bien jurídico de la administración pública, al obviar el principio de legalidad que se impone proteger en el trámite contractual.

En el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales – en concurso homogéneo sucesivo- la vulneración del bien jurídico se verifica con el desconocimiento de los principios rectores de la

⁵⁷ CSJ S.P. Rad. No. 38396 de 10-X-012.

contratación pública, traducidos en reglas y exigencias de carácter legal, dado que como lo ha puntualizado la Sala de Casación Penal de esta Corporación: *"...son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública"*⁵⁸, los que evidentemente fueron desconocidos en esta oportunidad, como se ha recalcado en el transcurso de esta decisión; reiterándose que es la legalidad en el trámite impartido en la contratación estatal lo que se protege, toda vez que no se trata de constatar un detrimento patrimonial para las arcas del Estado, ya que ello comporta otra conducta delictiva, que en este caso debe concursar.

A su vez, es acertado destacar, respecto del peculado por apropiación, que el comportamiento atribuido a Pérez Espinel es igualmente antijurídico, por cuanto implicó el ejercicio indebido de la función pública, al desconocer la guarda que sobre el patrimonio departamental se le confió por razón de su cargo, vulnerando el interés general y la integridad de la administración pública mediante un andamiaje con el cual no solo se defraudó el erario, sino la confianza depositada en el acusado por parte de la comunidad del Casanare.

Nótese que el detrimento patrimonial analizado deviene de un acto del ordenador del gasto, en cuya cabeza está la guarda del presupuesto de una región que si bien recibe ingresos de regalías

⁵⁸ CSJ, Rad. 25149 oct. 5/06 y 25495 May. 6/09.

por la explotación del petróleo, se espera que ese patrimonio sea debidamente administrado con transparencia, puesto que permitir y/o auspiciar que terceros se apropien indebidamente del mismo, directamente está contribuyendo a un acto de corrupción que repercute nocivamente en el desarrollo de la región.

En relación con el juicio de reproche que le cabe al aquí procesado, frente a los dos comportamientos delictivos por los cuales fue acusado por la fiscalía, debe indicarse entonces que William Hernán Pérez Espinel al momento de ejecutar esas conductas, tenía la capacidad para comprender la ilicitud y para determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no padecía de inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares, conforme con las previsiones del artículo 33 del Código Sustantivo Penal.

De la misma manera, era consciente de la prohibición, esto es, que tanto el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así como el peculado por apropiación, son comportamientos que se encuentran tipificados como delitos en el ordenamiento jurídico colombiano, lo que se desprende, claro está, de sus especiales circunstancias personales, sociales, culturales y profesionales, así como los diferentes cargos públicos que había desempeñado con anterioridad.

Y, finalmente, le era exigible como al que más, un comportamiento ajustado a la norma, esto es, no infringir el ordenamiento jurídico en relación con los dos comportamientos que le fueron deducidos, porque, además, no se vislumbra que

en su caso se hubiese encontrado frente a uno de los supuestos que excluyan la culpabilidad, como lo son los eventos de caso fortuito o fuerza mayor o que hubiese obrado bajo insuperable coacción ajena o impulsado por miedo insuperable, según las previsiones del artículo 32 *idem*.

Acreditados así los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo la solicitud de condena tanto de la Fiscalía como del Ministerio Público, la Sala declarará a William Hernán Pérez Espinel responsable penalmente como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, y de peculado por apropiación, en concurso heterogéneo, conforme lo prevén los artículos 29, 31, 397 inciso 2° y 410 del Código Penal.

4. Respuesta a los alegatos de los sujetos procesales.

4.1. De la Fiscalía.

De acuerdo con el análisis que se acaba de realizar, se están acogiendo en su integridad los planteamientos de la representante del ente acusador, en cuanto solicita la expedición de una sentencia de carácter condenatorio en contra del procesado, porque en su sentir se reúnen los requisitos que para el efecto demanda el precepto 232 del Código Procesal Penal (Ley 600 de 2000).

Y ello es así, por cuanto de acuerdo con el recaudo probatorio que la Sala ha tenido la oportunidad de valorar, efectivamente,

permite llegar a esa conclusión, debiéndose emitir sentencia de condena en contra de William Hernán Pérez Espinel, por el concurso de conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía.

4.2. Del Ministerio Público.

En igual sentido que frente a las pretensiones de la fiscalía, con la decisión que se adoptará, se acogen los pedimentos del representante de la sociedad, en cuanto alude a que en este caso se configuran las dos certezas a que se refiere el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, de acuerdo con las pruebas obrantes, las que él analizó puntualmente.

4.3. De la parte civil.

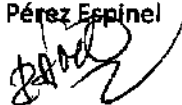
Como el representante de la parte civil se limitó a decir que en el evento de establecerse la responsabilidad del acusado, debía entonces condenársele al pago de los perjuicios ocasionados en desmedro del departamento del Casanare, en el acápite correspondiente, esto es, el de la punibilidad, se aludirá a ese tema.

4.4. De la vocera del acusado.

El tema de la delegación, como se indicó, no fue objeto de discusión, más sí el tema de la responsabilidad que, contrario a lo indicado por la vocera, era de la total incumbencia de Pérez Espinel, no con fundamento en las sentencias de constitucionalidad que fueron citadas por la fiscalía y el representante del Ministerio Público, porque en efecto no resultaban aplicables a este caso, en consideración a la fecha de ocurrencia de los hechos, pero sí por otros eventos que fueron ampliamente sustentados igualmente en jurisprudencia oportunamente reseñada.

En relación con las modalidades contractuales utilizadas, para sostener que se generó una mayor transparencia de la exigida en la ley, pues que no era necesario realizar publicidad sobre las mismas, debe advertirse que el tema quedó ampliamente dilucidado en el análisis que se hizo sobre el particular, donde quedó demostrado que más allá de esa supuesta "transparencia", todo obedeció a un mero aspecto de forma, por cuanto finalmente, no obstante existir unos términos de referencia que indicaban las calidades que debían cumplir los oferentes, los mismos fueron olímpicamente desconocidos, seleccionando a la persona que estaba predestinada para ello, pues no otra cosa sugiere lo que se probó dentro de la actuación.

Por consiguiente y, contrario a lo planteado por la vocera del acusado, en esta oportunidad no se cumplieron los requisitos legales para la elaboración y suscripción de los tres contratos que han sido objeto de cuestionamiento, y que generaron el inicio de la presente actuación.



Referente a los costos indirectos que en su sentir no fueron tenidos en cuenta, para determinar que en efecto no se produjeron sobre costos en la elaboración de los tres contratos cuestionados, luego de referir algunos valores que deberían descontarse, hace saber que finalmente para la liquidación de los contratos se tienen en cuenta las cotizaciones realizadas por el profesional de la Secretaría de Educación y no el valor final de la factura; por lo que en su criterio resulta razonable la ganancia obtenida por la contratista.

Por supuesto, en apartados anteriores se hizo referencia a este aspecto, para indicar que resulta un despropósito, luego de las irregularidades advertidas en la fase de escogencia de la contratista -la misma para tres contratos de suministro de elementos diferentes- en un margen de tiempo récord y de manera creciente además, considerar razonable unas utilidades que desbordan cualquier criterio de proporcionalidad. Recuérdesse aquí, solamente, en relación con el contrato 582, referido a la adquisición de textos escolares que con el solo anticipo se adquirieron los mismos y se obtuvo igualmente una ganancia. Eso demuestra, ni más ni menos, desgüeño en la función administrativa y un interés inusitado en la exacción del erario público, en procura de intereses exclusivamente personales.

No se percata la vocera de una inconsistencia de su parte, cuando pretende cuestionar al testigo Jorge Cortés Colmenares, a quien reprocha haber faltado a la verdad, cuando indicó que no tenía

acceso a la oficina del Gobernador, como quiera que, según sus palabras, existía una puerta de seguridad que solamente podían franquear las personas autorizadas, pues de conformidad con la Circular 55 de diciembre 17 del año 2002, estaba prohibido bloquear las puertas de acceso a las diferentes dependencias. Recuérdese al respecto, que los hechos generadores de la presente actuación ocurrieron entre octubre 9 y noviembre 5 del año 2002, época para la cual debe entenderse la manifestación que en ese sentido realizó el mencionado testimoniante y que la otra situación se presentó con posterioridad. Además de que no existe ningún otro elemento para dudar de esa aseveración.

Finalmente, no resulta cierta la conclusión a la que arriba la profesional del derecho en mención, en cuanto refiere que a manera de ejemplo y trayendo como referencia el contrato de los textos escolares, documento en el cual se evidencia el mayor sobrecosto, en su sentir se estableció que el valor de los libros fue el precio total de la oferta por ciento treinta y un millones doscientos cuarenta mil (\$ 131.240.000) pesos, sumados los costos indirectos.

Lo anterior, por cuanto por parte alguna aparecen registrados y evidenciados esos denominados costos indirectos deducidos a la contratista. Al respecto, mírese solamente el acta de liquidación del referido convenio (fl. 5 c.a.o.3), escrito en el que no se hace relación a los famosos costos indirectos en la magnitud que pregonan la vocera; por el contrario, lo que demuestra es que ante las exorbitantes ganancias para la contratista, a ésta no le interesaba registrar los mismos, pues sabía que con el pago realizado, reiteramos, se estaba dando por bien servida, frente a

las jugosas ganancias que obtendría por simplemente servir de intermediaria, pues quedó claro, además, que directamente ella no tenía capacidad para suministrar ninguno de los tres productos a que se referían los contratos con los cuales fue beneficiada por esa administración departamental. Lo que por supuesto genera mucha más suspicacia, si como la misma defensa, tanto material como técnica, fueron insistentes en afirmar que por la cuantía de los contratos, no se requería de licitación pública y se podía contratar de manera directa. La pregunta entonces es, si ello es así, como en efecto lo es, por qué no se contrató con personas que directamente fueran distribuidoras de dichos productos, sin necesidad de utilizar intermediarios? De esta manera, efectivamente, se hubiese obrado con transparencia, economía, moralidad, privilegiando el interés general que se pregonaba de la función pública.

Pero es que, además, como se indicó en apartados anteriores, la audacia mayor está en el hecho que justamente la vocera trae a colación, que el precio final de los libros fue el valor total de la oferta por ciento treinta y un millones doscientos cuarenta mil (\$ 131.240.000) pesos, sumados los costos indirectos. Nada más alejado de la realidad, por cuanto conforme ocurrió en los tres contratos, independientemente de las cotizaciones y de las ofertas realizadas, siempre se totalizó por el valor del presupuesto oficial asignado para cada contrato, sin que ello signifique que la compra tuviera que ser concretamente por ese específico valor, por cuanto bien pudiera haber ocurrido, de haberse obrado con transparencia y objetividad, que frente al real valor de los elementos, se hubiese generado una compra razonable en beneficio tanto para la contratista, como para la administración, que al fin de cuentas repercutía en beneficio de la comunidad

educativa del Departamento del Casanare, porque, seguramente, de haberse concretado los convenios por esos factores reales de menor valor, esos remanentes hubiesen podido ser utilizados en otras necesidades.

4.5. **Del acusado.**

Como ya se indicó, la excusa manifestada desde un comienzo por el señor William Hernán Pérez Espinel, fundada en la figura de la delegación, no tiene acogida en esta oportunidad, dado que era su obligación, no obstante esas fases previas estar en cabeza de otros funcionarios, haber ejercido los controles y vigilancia mínimos antes de la suscripción de los contratos, para evitar las consecuencias adversas que hoy debe soportar.

Que si bien es cierto, como lo indicó, la delegación fue debidamente soportada constitucional y legalmente, también se acreditó adicionalmente, por vía jurisprudencial, sobre las obligaciones puntuales que como representante de un ente territorial debía cumplir, para no incurrir en infracciones a la ley penal.

También se realizó la respectiva valoración sobre el testimonio del señor Cortés Colmenares, a quien tacha de mentiroso y sospechoso, pero que para los efectos del presente caso, se consideró por parte de la Sala que hacía honor a la verdad y que no había razones para dudar de sus manifestaciones. Así como de la valoración que en su momento se hizo de la declaración del señor Héctor Orlando Piragauta Rodríguez, que pese a sus

inconsistencias corticales y no trascendentales, en lo sustancial confirma lo indicado por Cortés Colmenares y Agudelo Chaparro.

4.6. Del defensor del acusado.

En relación con la afirmación alusiva a que para el contrato 481/02 no eran necesarias varias ofertas, por lo que se podía invitar directamente y de manera verbal a cualquier persona natural o jurídica, en consideración a su cuantía, precisamente eso fue lo que hicieron arbitrariamente al final con la contratista escogida, pues, pese a que estaba muy por debajo en relación con las credenciales presentadas por el señor Urrego Enriquez, curiosamente ella fue la seleccionada, desconociéndose sin ningún rubor los términos de referencia previamente elaborados; ello no obstante la transparencia que fingieron dar al proceso, con la invitación pública y mediante aviso, de la manera en que lo confirma el mencionado ciudadano como aspirante contractual (fls. 140-143 c.o.2).

Que lo mismo aconteció en relación con los contratos 533 y 582, para cuya modalidad, de acuerdo con la cuantía, requerían por lo menos dos ofertas, lo cual se cumplió, no obstante que se podía cursar invitación como mínimo a dos personas y pese a ello se hizo invitación pública a través de aviso en cartelera fijado en las instalaciones de la gobernación. Lo que, en su sentir, demuestra que en ningún momento se pretendió favorecer a Karol Emilce Cano. Ese proceso fue tan transparente –dice el abogado–, que no se limitó la participación de oferentes dentro de ese proceso de selección para los referidos contratos.



Sobre el particular, resulta extremadamente curioso que en los tres eventos solamente se presentaron dos oferentes (al menos eso enseñan las constancias procesales) y en cada uno de ellos siempre estuvo presente Karol Emilce, quien, por demás, se reitera, no cumplía con las exigencias que la ley establece para este tipo de contratación con el Estado y, en todo caso, siempre estaba por debajo de los demás ofertantes en cuanto a experiencia y capacidad económica, así esta última resulte sutil. Pero, además, téngase en cuenta, de acuerdo con lo manifestado por Fanny Yizzeth Niño Vega (fls. 144-147 c.o.3), que en el contrato 582 en el que ella participó hubo más interesados, ofertas que no se conocieron, porque nunca las enseñaron, dado que únicamente mostraron la de esta ciudadana, que se encontraba en similares condiciones a Karol Emilce. Lo anterior desdice de la transparencia que tanto pregona el señor defensor.

Frente al aspecto subjetivo del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, advirtió que no está probado el dolo y tampoco que su prohijado haya sido quien determinó a que supuestamente se violaran los principios de la contratación, para que se escogiera a la contratista. Sobre este particular, en el análisis que antecede se estableció por qué motivo se argumenta que el procesado actuó de manera dolosa y, por supuesto, no puede pretender el señor defensor que exista un documento o una declaración de alguien que afirme cómo el señor Pérez Espinel fue quien incidió para la escogencia de la contratista. La prueba que en su conjunto fue debidamente valorada lleva a esa conclusión.

Recuérdense al respecto, además, las afirmaciones de Jorge Cortés Colmenares, Jairo Antonio Agudelo Chaparro y, de alguna manera, lo atestiguado por Héctor Orlando Piragauta, expresiones de las cuales se desprende que era en la oficina del Gobernador donde se tomaba la decisión de seleccionar al contratista para cada caso en particular. Adicionalmente, al retomar los conocidos indicadores: (i) la amañada selección de la contratista; (ii) el escaso margen de tiempo en que se celebraron los tres contratos; (iii) la falsa delegación, que aunque sustentada legalmente, era un aspecto de simple forma; (iv) el conocimiento del enjuiciado de la gestión contractual; (v) la falta de idoneidad de la contratista seleccionada de acuerdo con los términos de referencia; (vi) la incipiente capacidad financiera, en atención a la certificación de la Cámara de Comercio del Casanare, para luego descomponer su fuerza persuasiva, se advertirá que logran generar más que simples posibilidades en relación con la inferencia principal, cual es la necesaria anuencia, dirección y control de Pérez Espinel en el entramado dirigido a esquilmar el erario mediante la elección amañada de una contratista que no reunía los más mínimos requisitos para contratar con ese ente territorial.

Como el señor defensor aduce que además del testimonio del señor Piragauta Rodríguez, el tema de la delegación se encuentra acreditado documentalmente, entonces su patrocinado no tiene ninguna responsabilidad en la elaboración de los precitados contratos. Al respecto, se rememora que el tema no fue objeto de controversia en el análisis que se hizo por parte de la Sala, sino que por el contrario, se puntualizó que esa delegación –así fuera solo aparente- no lo eximía de sus obligaciones, por su calidad de

representante legal del ente territorial y ordenador del gasto, además de que suscribió los tres convenios.

En relación con la cita jurisprudencial que hace, distinguida con el radicado 26061 de junio 18 de 2008, por considerar que se trata de un caso similar aplicable a la situación de su defendido, debe indicarse que en ese evento no existieron medios de prueba para establecer esa responsabilidad; por el contrario, en el presente caso, de acuerdo con la prueba debidamente incorporada y analizada, se infiere razonablemente que sí tuvo incidencia directa en la selección de la misma contratista para los tres contratos, sumado a todas las inconsistencias advertidas en el desconocimiento de los términos de referencia, para seleccionar finalmente a la implicada, que desde el punto de vista inferencial llevaron a esa conclusión.

Por lo demás, debe advertirse de nuevo que, en esta oportunidad, de acuerdo con la acusación de la fiscalía, la delegación no tiene trascendencia, pues la atribución delictiva es la de autor y, como tal, tenía pleno conocimiento de ese obrar ilícito.

Frente al cuestionamiento que hace a los informes del CTI, para indicar que en la evaluación de los contratos no se incluyeron los costos directos e indirectos, pues en su sentir obedecieron a simples operaciones aritméticas, lo mismo que hizo la Contraloría, debe puntualizarse que las diferencias entre los valores reales de los productos adquiridos en los tres contratos y lo que finalmente se pagó, fueron tan evidentes que el propio ente de control lo advirtió sin mayores esfuerzos, motivo por el cual

levantó el informe de hallazgo, que a la postre sirvió para dar inicio al ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Es que, frente a lo evidente y probado, no se requieren estudios profundos sobre el tema, bastaba como se hizo, realizar un simple cotejo entre las facturas de compra de los bienes entregados en calidad de suministro y el real valor pagado por los mismos, para evidenciar el considerable sobrecosto, que además fue progresivo; esto, por supuesto, va en contravía de la contratación pública y de la real función administrativa, que como lo establece el artículo 209 superior: “...*está al servicio de los intereses generales...*”. Por el contrario, con los contratos aquí cuestionados se privilegió única y exclusivamente el interés particular, en perjuicio de las arcas oficiales.

No resulta cierta entonces la conclusión a la que llega el señor defensor, para indicar que como no hubo sobrecostos, no hay peculado. Pero extrañamente, a renglón seguido, parece entrar en contradicción, al advertir que en el evento de que se hubiese generado el mismo, esa situación no estuvo bajo el rango de dominio de su defendido, en consideración a que no fue quien realizó los términos de referencia. Al respecto, la argumentación sobre las responsabilidades del procesado en su calidad de ordenador del gasto y representante legal del ente territorial, efectuadas en apartados anteriores, relevan a la Sala de realizar cualquier consideración adicional al respecto.

Y, por supuesto, no se entiende el cuestionamiento que realiza el citado profesional, relativo a la aparente inexistencia de prueba demostrativa, sobre la apropiación de noventa y un millones (\$ 91.000.000,00) de pesos, por parte de la contratista Karol Emilce, en tanto, según su criterio, la utilidad de los contratos fue ajustada a la realidad de los precios del mercado, cuando un ciudadano contrata con el Estado. Desde luego, tal planteamiento resulta inconcebible y contrario a la realidad, pues, por mencionar solamente uno de los contratos, esto es, el 582 de noviembre 5 de 2002, cuya ganancia fue de setenta y cinco millones trescientos cuarenta mil (\$ 75.340.000) pesos, teniendo en cuenta que la factura de compra demuestra que los libros costaron cincuenta y seis millones (\$ 56.000.000,00) de pesos y que el presupuesto oficial asignado para esa adquisición era de ciento treinta y un millones doscientos cuarenta mil (\$ 131.240.000) pesos, entonces una utilidad superior al 100% no puede ser ni razonable, ni justa, por ofrecerse desproporcionada en grado sumo; es que con el solo anticipo por valor de sesenta y cinco millones seiscientos diecisiete mil (\$ 65.617.000) pesos, se adquirieron los textos y se obtuvo una ganancia suficiente; sin que tampoco sea argumento válido, por supuesto, el hecho de que se trataba de una contratación con el Estado. Precisamente, ese es uno de los grandes problemas por los que atraviesa esta sociedad, dar por sentado que cuando se encuentra de por medio una negociación con entidades públicas, se pueden llegar a esos despropósitos, que por supuesto riñen con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, entre otros, propios de la función administrativa.

Sobre el tema del dolo y su demostración, recuérdese que, de acuerdo con lo indicado por Piragauta Rodríguez, si se realiza una

valoración integral de su testimonio, en el mismo se encuentran aspectos que coinciden con las manifestaciones de Cortés Colmenares y Jairo Antonio Agudelo, motivo por el cual, el testimonio de aquél rendido ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el día 13 de noviembre del año 2014, en la audiencia de juzgamiento, no puede entenderse como una retractación, sino como un complemento no solo a la restante prueba de esa naturaleza, sino a la de carácter documental e indiciaria referida en apartados anteriores.

En cuanto al reparo de que tampoco se ha demostrado por ningún medio, que el acusado dentro de su fuero interno supiere que debía favorecer a Karol Emilce, y que condujo su voluntad en ese sentido, además de saber que obrar de esa específica manera era delito, lo primero que debe hacerse es delimitar los espacios dentro de la estructura dogmática del delito, en los cuales se analizan los conceptos de dolo y conciencia de la ilicitud. El primero se analiza en el tipo (Código Penal, artículos 21 y 22) y, el segundo como uno de los componentes del juicio de reproche (*idem*, artículo 12). Y, por supuesto, no puede pretenderse, como lo esboza el señor defensor, que quien comete un delito deje rastros y huellas en las condiciones en que lo plantea. La regla general para la determinación del dolo, por ser algo intangible, se hace de manera inferencial, sin que se precise por consiguiente de prueba directa para ese tópico. Y las inferencias en este caso, como se indicó en su momento, condujeron a esa conclusión.

Precisamente, ahí es cuando se configura la irregularidad para poder estructurar la tipicidad del delito previsto en el artículo 410 de la Codificación Sustantiva Penal, cuando alude al contrato sin

cumplimiento de requisitos legales y se desconocen esas preceptivas legales, obviamente para favorecer a alguien en especial.

Nótese que la norma en mención, desde el punto de vista de las dos primeras modalidades delictivas allí consagradas, que son precisamente las atribuidas al acusado Pérez Espinel, alude a tramitar un contrato sin observar los requisitos legales esenciales o celebrarlo, sin verificar previamente el cumplimiento de los mismos y, por supuesto, al incumplir tales presupuestos, se incurre en dicho comportamiento delictivo, más allá de la realización por parte de otros funcionarios, delegatarios, de todas las etapas precontractuales que implican la preparación del contrato antes de ser suscrito por el ordenador del gasto.

Sobre el punto, la Sala quiere aclarar, que muy seguramente, de acuerdo con lo establecido probatoriamente, los funcionarios encargados de los trámites contractuales incurrieron en ostensibles irregularidades, que en su momento pudieron haber generado una investigación de carácter penal en su contra, pero de acuerdo con la fecha de ocurrencia de los hechos, año 2002, no tendría sentido que se procediera de esa manera, en virtud de la evidente prescripción en relación con las presuntas conductas punibles que se les pudiera atribuir, por el inexorable paso del tiempo. Y de otro lado, tampoco sería posible en este momento, derivado de lo anterior, deducir en contra del acusado, la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10° del artículo 58 del Código Sustantivo Penal, referida a la coparticipación criminal, como quiera que la misma tampoco fue

imputada por la Fiscalía en la correspondiente resolución acusatoria.

Las anteriores consideraciones se estiman más que suficientes por parte de la Sala, como quiera que, al momento de realizar el análisis sobre los diversos medios de prueba debidamente incorporados a la actuación, se plantearon igualmente los argumentos que rebaten las pretensiones del acusado y su defensa.

5. La Punibilidad.

Por tratarse de un concurso de conductas punibles por las que se habrá de condenar al procesado, resulta necesario, para efectos de la dosificación de la pena, acudir a lo preceptuado sobre el particular en el artículo 31 del Código Penal, para lo cual, previamente, habrá de dosificarse individualmente cada una de las sanciones dispuestas en los respectivos tipos penales, a efectos de determinar cuál de los delitos allí descritos comporta la pena más grave y que, por tanto, servirá de referente para la cuantificación punitiva.

5.1. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 410 del Código Sustantivo Penal-norma aplicable sin la reforma de la Ley 890 de 2004-, la pena señalada para el mencionado delito es de 4 a 12

años de prisión, 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales de multa y 5 a 12 años de inhabilitación de derechos y funciones públicas. Así las cosas, la individualización de cada uno de esos componentes punitivos, de acuerdo al artículo 61 ídem, queda de la siguiente manera: .

5.1.2. Pena de prisión. El ámbito de movilidad es de 8 años, si se divide entre 4, el factor diferenciador de los cuartos será de 24 meses.

Cuarto mínimo: $48 + 24 = 72$ meses

Primer cuartó medio: $72 + 24 = 96$ meses

Segundo cuarto medio: $96 + 24 = 120$ meses

Cuarto máximo: $120 + 24 = 144$ meses

5.2. Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 397 del Código Penal –norma aplicable sin la reforma de la Ley 890 de 2004-, dicho comportamiento delictivo tiene prevista una pena privativa de la libertad de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado, sin superar 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.

Pero además, como la cuantía del mismo supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al tenor del inciso 2º del artículo 397 del precepto mencionado, la pena se aumenta hasta en la mitad, por lo tanto, la sanción privativa de la libertad oscilaría entre 6 y 22 años y medio, o lo que es lo mismo, de 72 a 270 meses.

5.2.1. **Pena de prisión.** El ámbito de movilidad es de dieciséis (16) años y seis (06) meses. El factor diferenciador de cuartos es de 49.5 meses.

Cuarto mínimo: $72 + 49.5 = 121.5$ (10 años, 1 mes y 15 días).

Primer cuarto medio: $121.5 + 49.5 = 171$

Segundo cuarto medio: $171 + 49.5 = 220.5$

Cuarto máximo: $220.5 + 49.5 = 270$

Si se considera que, de acuerdo con los extremos punitivos de las conductas punibles concurrentes, el delito sancionado con pena más grave privativa de la libertad es el de peculado por apropiación, será éste el que se tomará como base por la Sala para la concreción de la sanción a imponer.

Y en consideración a que no concurren atenuantes ni agravantes, la Sala se moverá en el cuarto mínimo, esto es, entre 72 y 121 meses y 15 días de prisión.

Ahora bien, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos, el daño causado al bien jurídico, la intensidad del dolo

y la función que la pena ha de cumplir en el procesado, se le impondrá una pena de setenta y cuatro (74) meses de prisión, considerando en particular el cargo que ocupaba como máxima autoridad administrativa del departamento y que defraudó la confianza que la comunidad depositó en él; que lesionó consciente y voluntariamente el bien jurídico de la administración pública, con el fin de favorecer intereses particulares, de manera que ha ocasionado grave daño a la imagen de la administración pública y a la credibilidad que la ciudadanía debe tener en sus gobernantes.

Dicho monto se aumenta en doce (12) meses, por los tres delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales concurrentes, teniendo en cuenta su gravedad, acorde con el análisis hecho acerca de sus particularidades, arrojando un total de 86 meses de prisión, es decir, siete (7) años y dos (2) meses de prisión.

De la misma manera, se le condenará a la pena principal de multa que corresponde al monto de lo apropiado según ordena el artículo 397 del Código Penal, esto es, noventa y dos millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y un (\$ 92.554.951) pesos, monto que no supera los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2002⁵⁹.

Rubro al cual debe sumarse la multa que procede imponer por los tres delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que concurren, acorde con lo dispuesto en el artículo 39-4 de la Ley 599 de 2000, considerándose viable fijar una multa de 150 S.M.L.M.V., equivalentes para el año 2002 a cuarenta y seis

⁵⁹ Que era de \$309.000.00, según Decreto 2910 de 2001.

millones trescientos cincuenta mil (\$ 46.350.000) pesos, en atención a que con ellos el departamento de Casanare no sufrió un más grave detrimento patrimonial, fueron cometidos en favor de un tercero, la intensidad del dolo con que actuó el acusado, quien permaneció privado de la libertad por varios años, circunstancia que le impedía contar con ingresos económicos (artículo 39-3 *idem*).

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el ámbito de movilidad para cada delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es de 150, que dividido entre 4 arroja un factor de 37.5, luego el primer cuarto oscilaría entre 50-87.5 S.M.L.M.V, el segundo entre 87.5-125, el tercero de 125-162.5 y el cuarto entre 162.5-200. En este caso, de acuerdo con las circunstancias resaltadas, se impuso por cada delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales multa por valor de 50 S.M.L.M.V. -el mínimo-, lo cual arroja un resultado final de 150 S.M.L.M.V.

En total, se le impondrá multa por valor de ciento treinta y ocho millones novecientos cuatro mil, novecientos cincuenta y un (\$ 138.904.951) pesos, monto que no excede los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2002⁶⁰, que deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, al tenor de lo normado por el artículo 43 del Código Penal.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será intemporal con arreglo al inciso 5° del original artículo 122 de la Constitución Política, en cuanto al delito de

⁶⁰ Numerales 1°, 3° y 4° del artículo 39 del Código Penal.

peculado por apropiación a favor de terceros, por afectar el patrimonio del Estado, la cual le impedirá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ser elegido, designado como servidor público, y celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado; pero además, a las penas de esa misma naturaleza, por el término de setenta y cuatro (74) meses, equivalente a la pena principal privativa de la libertad, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 44 y 51 del Código Penal.

El aumento de la pena privativa de la libertad por razón del concurso de los tres (3) delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se hizo en proporción de 8.33%, en relación con la pena mínima de 48 meses prevista en el artículo 410 del Código Penal, porcentaje que se debe mantener para la medición de la pena de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas previstos en el artículo 44 ídem y no incluidos en el artículo 122 de la Constitución Política. Así entonces, como la pena mínima de inhabilitación establecida en el mencionado artículo 410 es de cinco (5) años, o sea, (60 meses), la aplicación del porcentaje indicado (8.33%) arroja como resultado el aumento de cinco (5) meses por cada contrato. Ahora bien, como nos encontramos frente a un concurso de conductas punibles, para este momento resulta aplicable igualmente el precepto 31 ídem, por lo que se tendrá en cuenta la pena prevista para el delito más grave, esto es, el peculado, que fue de setenta y cuatro (74) meses, más quince (15) meses por los tres contratos, genera como resultado ochenta y nueve (89) meses, monto en el cual queda fijada definitivamente dicha pena.

5.3. La suspensión de la ejecución de la pena.

[Handwritten signature and number 2]

Con la expedición de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, por medio de la cual se modificó el artículo 63 del Código Penal, la procedencia de este sustituto penal quedó condicionada a que la pena de prisión impuesta no exceda de cuatro (4) años, norma que a pesar de ser benéfica para el procesado, no es aplicable en el presente caso por virtud del principio de favorabilidad, en consideración a que si bien es cierto el anterior precepto exigía una pena impuesta que no excediera de tres (3) años de prisión, también lo es que el artículo 23 de la nueva normatividad excluyó la posibilidad de conceder ese tipo de sustituto en los casos de delitos contra la administración pública (CSJ SP, 2 abr. 2014, rad. 43342; 30 jul. 2014, rad. 38262; 27 oct. 2014, rad. 34282).

De conformidad entonces con lo anterior, la norma que resulta aplicable es el original artículo 63 del Código Penal, y como el mínimo de la pena impuesta por los delitos por los cuales se juzga a William Hernán Pérez Espinel, supera el requisito objetivo últimamente señalado, ello es razón suficiente para negar el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin que sea necesario entrar a analizar el factor subjetivo; además de que, recuérdese, en los actuales momentos descuenta penas acumuladas por sentencias impuestas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por hechos cometidos cuando se desempeñaba igualmente como gobernador del departamento del Casanare.

5.4. La prisión domiciliaria del artículo 38 del código Penal.



La Ley 1709 de 20 de enero de 2014 modificó el artículo 38 de Código de las Penas y estableció como requisito objetivo para la concesión del subrogado de que aquí se trata, que la pena mínima señalada en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, lo que traduce un trato más favorable comparado con el que surgía de aplicar el original artículo 38 que viabilizaba el sustituto para penas cuyo mínimo fuera de 5 años o menos; pero también es cierto que en el numeral segundo del artículo 23 de la Ley 1709, que adicionó el artículo 38B al Código Penal *–Ley 599 de 2000–*, se excluyó la posibilidad de conceder prisión domiciliaria a los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, entre otros, los cometidos contra la administración pública, que son precisamente por los que se imparte condena contra William Hernán Pérez Espinel.

Como consecuencia de lo anterior, resulta más favorable a los intereses del acusado, el original artículo 38 del Código Penal, por cuanto la concesión de la prisión domiciliaria refería a un monto de pena mínima señalada por el legislador de cinco (5) años de prisión, y no contemplaba exclusión por la cualificación del delito.

No obstante, como la sentencia se impone, entre otros, por el delito de peculado por apropiación, que tiene fijada como mínima una pena de seis (6) años de prisión, el incumplimiento del factor objetivo impide que se otorgue el subrogado en comento.

En relación precisamente con los dos sustitutos penales antes mencionados, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que no procede la mixtura favorable *–lex*

tertia- entre las normas que consagran esas figuras jurídicas en las Leyes 599 de 2000 y 1709 de 2014 (CSJ SP, SP14623-2014, sentencia, 27 oct. 2014, rad. 34282).

Lo anterior, confirma la imposibilidad legal para otorgar los sustitutos que se vienen de mencionar a favor de William Hernán Pérez Espinel.

En consideración a que Pérez Espinel se encuentra descontando pena en la Colonia Penal y Agrícola del Oriente en Acacias-Meta, se oficiará al Director de ese centro penitenciario a efectos de que, en el evento de que obtenga su libertad, sea puesto a disposición de este proceso para hacer efectiva la pena impuesta.

5.5. De las consecuencias civiles derivadas del delito.

De conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta punible investigada, el juez condenará al responsable al pago de los daños ocasionados con el delito.

De la misma manera, señala la citada disposición que no hay lugar a condena de tal naturaleza cuando se establezca que el perjudicado ha promovido en forma independiente del proceso penal la respectiva acción civil. También se dispone, que el fallo debe contener pronunciamiento sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

[Handwritten signature]
2

Sin duda alguna, en el presente caso, el comportamiento delictual de peculado por apropiación ocasionó menoscabo económico a la administración departamental de Casanare, motivo por el cual la Sala condenará al procesado a pagar a la Tesorería de la Gobernación del citado ente territorial, la suma ilícitamente apropiada, es decir, noventa y dos millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y un (\$ 92.554.951) pesos, debidamente indexada desde la fecha en que se efectuaron los desembolsos, hasta cuando se verifique el pago correspondiente, de acuerdo con la certificación expedida por el DANE.

No se atenderá en esta oportunidad el dictamen pericial elaborado sobre el particular (fls. 202-212 c.o.1), como quiera que el mismo tuvo como punto de referencia, el valor de ciento siete millones trescientos mil quinientos cuarenta mil (\$ 107.300.540) pesos, que en efecto se corresponde con la sumatoria de la diferencia entre los contratos suscritos y los reales valores de los productos finalmente adquiridos; pero debe recordarse, que conforme a la motivación antecedente, se establecieron los verdaderos conceptos que finalmente le fueron cancelados a la contratista Cano Garzón, y de ahí la razón por la cual se estimaron los perjuicios en el monto anteriormente reseñado.

En relación con perjuicios de contenido moral, no habrá lugar a su condenación, pues que no aparece en el proceso constancia alguna de su posible causación.

6. Otras decisiones.



La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que no obstante tratarse de un asunto tramitado bajo la Ley 600 de 2000, la Ley 906 de 2004 (artículo 38, parágrafo 1º) asignó a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la competencia para conocer de la fase de ejecución del fallo cuando se trate de condenados que gozan de fuero constitucional. Por esta razón, se dispondrá remitir el proceso al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondiente, una vez en firme este fallo.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 1708 de enero 20 de 2014, que a su vez derogó la Ley 793 de 2002, se compulsarán copias de esta sentencia, con destino a la Unidad Nacional contra el lavado de activos y para la Extinción del Derecho de Dominio de la Fiscalía General de la Nación, con el objeto de que adelante el trámite correspondiente a efectos de lograr la extinción del derecho de dominio, respecto de aquellos bienes que, de llegarse a comprobar, pueda declararse que son producto de las conductas delictivas por las que aquí se condena al ex gobernador William Hernán Pérez Espinel.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: Declarar a William Hernán Pérez Espinel, de condiciones personales y civiles conocidas, exgobernador del departamento del

Casanare, como autor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 29, 31 y 410 del Código Penal), en concurso heterogéneo y sucesivo con peculado por apropiación en favor de terceros (artículo 397 inciso 2° ídem), por los cuales fue acusado por la Fiscalía.

Segundo: Condenar a William Hernán Pérez Espinel, en consecuencia, a las siguientes penas principales: ochenta y seis (86) meses de prisión, multa por valor de ciento treinta y ocho millones novecientos cuatro mil, novecientos cincuenta y un (\$ 138.904.951) pesos, inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas a que se refiere el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, y suspensión de los demás derechos políticos previstos en el artículo 44 del Código Penal, referidos a la prohibición de elegir y ser elegido, así como a la imposibilidad de ejercer cualquier otro derecho político, función pública o dignidades y honores que confieran las entidades oficiales, por el término de 89 meses, con fundamento en las consideraciones de este fallo.

Tercero: Negar al sentenciado Pérez Espinel, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como también la prisión domiciliaria, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto: Condenar a William Hernán Pérez Espinel al pago de la suma de noventa y dos millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y un (\$ 92.554.951) pesos, como indemnización de perjuicios a favor de la Gobernación del Casanare, debidamente indexada desde la fecha en que se efectuaron los desembolsos hasta cuando se verifique el pago

correspondiente, de acuerdo con la certificación expedida por el DANE.

Quinto: Por Secretaría, remítase copia del presente fallo a la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos y la Extinción de Dominio, de la Fiscalía General de la Nación, para los efectos señalados en la parte motiva.

Sexto: En firme esta providencia, envíese la actuación a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Acacias-Meta para lo de su competencia, haciéndoles saber que el mencionado descuenta penas acumuladas, en la Colonia Penal de esa población, impuestas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Séptimo: Comuníquese esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para efecto del recaudo de la multa impuesta.

Octavo: Contra esta sentencia procede el recurso de apelación, ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Noveno: La Secretaría de la Sala enviará las copias del fallo a las que alude el artículo 472 del Código Penal (Ley 600 de 2000).

Décimo: Solicitar al Director del Centro Penitenciario y Carcelario de Acacias-Meta, que una vez cesen los motivos por los cuales se encuentra privado de la libertad el condenado, sea puesto a disposición de este proceso.

[Handwritten signature]

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

[Handwritten signature]
RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado

[Handwritten signature]
JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

[Handwritten signature]
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario