CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

SEP 025 - 2022
Radicación No. 00267
Aprobado mediante Acta Ordinaria No. 24

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022).

1. ASUNTO

Finalizada la audiencia de juzgamiento, y no observando causales de nulidad, conforme al rito de la Ley 600 de 2000, procede la Sala a dictar el fallo de primera instancia en esta causa seguida contra el ex-Gobernador de Casanare, WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado en el artículo 410 del Código Penal, en consonancia con los artículos 29 y 31 *ibidem*, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los artículos 58-1 y 58-10 *ejusdem*, como presunto autor responsable a título de dolo.

2. IDENTIDAD DEL PROCESADO

WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía 9.658.821 de Yopal, nacido el 20 de junio de 1972 en Popayán, edad actual 49 años, hijo de Veranio Porras (fallecido) y María Carmenza Pérez, estado civil separado de Cielo Gómez, padre de Juan Camilo Porras Gómez, profesión economista, especialista en proyectos de desarrollo y contratación estatal, ejerció la Gobernación de Casanare desde el 23 de septiembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007, por designación hecha mediante Decreto 3271 de 22 de septiembre de 2006 del Ministerio del Interior y de Justicia.

3. HECHOS

Tuvo origen esta causa en las presuntas irregularidades cometidas en los convenios interadministrativos 026 de 13 de abril de 2007 y 0273 de 26 de junio de 2007, suscritos entre el Departamento de Casanare, a través del entonces Gobernador WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ y la Universidad de Pamplona, representada por Álvaro González Joves, cuyos objetos consistieron en su orden, en: *"aunar esfuerzos entre el DEPARTAMENTO DE CASANARE y LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA para LA AMPLIACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA COBERTURA EN EDUCACIÓN SUPERIOR EN LA MODALIDAD A DISTANCIA PARA ADULTOS TRABAJADORES QUE APLIQUEN EN 8 PROGRAMAS ACADÉMICOS DE PREGRADO DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE"*; y en: *"aunar esfuerzos entre el DEPARTAMENTO DE CASANARE y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA para LA APLICACIÓN* (sic) *DE 8 PROGRAMAS ACADÉMICOS DE PREGRADO EN LA MODALIDAD A DISTANCIA DIRIGIDO A ADULTOS TRABAJADORES EN EL*

DEPARTAMENTO DE CASANARE[1]", por valor total, el primero, de $7.312.969.000 en el que el departamento aportó la suma de $3.656.484.500 y, el segundo, por $1.000.000.000 del cual el ente territorial transfirió $500.000.000.

Por las irregularidades en que se incurrió, imputó la Fiscalía la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, en concurso homogéneo y sucesivo.

Señaló como presupuestos de su materialidad que: *(i)* el sujeto agente ostente la calidad de servidor público; *(ii)* sea titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato, y, *(iii)* que el mismo desarrolle la conducta prohibida, esto es, intervenga en la primera fase sin cumplir los requisitos legales, o en una de las dos siguientes, sin verificar su cumplimiento.

En cuanto al primero de los requisitos lo estimó satisfecho por encontrar acreditado que el incriminado WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, ejerció el cargo de gobernador para la época en que se verificó la contratación cuestionada, según informa el decreto de nombramiento y el acta de posesión.

El segundo elemento lo consideró cumplido con la competencia funcional del servidor público, dada su condición de gobernador *"cual era precisamente la de intervenir en la «tramitación, celebración o liquidación del contrato», misma que dimana de los artículos 2-1 y 11-3 de la Ley 80 de 1993 y que faculta a los*

[1] Cf. C. original anexo núm. 1 de la Fiscalía a folios 176 y 195, respectivamente.

gobernadores para dirigir las licitaciones o concursos de méritos y celebrar contratos, a nivel seccional, como representante legal que es de la entidad territorial correspondiente".

Conforme se expuso en la resolución de cargos, en el trámite de los convenios se desconocieron los principios de la contratación administrativa previstos en la Ley 80 de 1993, en particular, los de planeación, transparencia, economía y responsabilidad.

En cuanto al principio de planeación, coligió su vulneración de la ausencia de estudios y análisis previos serios para la escogencia de programas académicos con mayor demanda en el mercado laboral del departamento; también del desconocimiento de la forma de selección del contratista *"aunado al hecho de que se hizo entrega anticipada del total del valor del contrato"*, y del hecho de que en menos de dos meses se celebró otro convenio similar con un objeto contractual aparentemente distinto.

Del mismo modo, estimó vulnerado el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no se precisó el objeto y tipo de contrato, modalidad de contratación, forma de escogencia del contratista, obligaciones de las partes, riesgos y costos.

Los estudios previos son comunes en ambos contratos, los objetos contractuales son similares al punto de que en los dos se estableció el mismo número de estudiantes, y mientras en las consideraciones de los convenios se aludió a una probable invitación a la Universidad de Pamplona, esta nunca se materializó.

Además, se vulneró el principio de transparencia previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pues desde el principio se escogió la modalidad contractual para eludir el proceso de selección objetiva que propendiera por elegir la mejor oferta y optar, previo acuerdo, por suscribir el convenio con la Universidad de Pamplona.

Adicionalmente, se afectaron los principios de economía y responsabilidad *"pues se desprotegieron los cuantiosos recursos destinados al convenio 026 de 2007"*, en la medida en que la Gobernación debía conservar la titularidad de la fiducia y no la Universidad de Pamplona, y en que se introdujo un otrosí modificatorio de la cláusula que eliminó la exigencia de la fiducia por una cuenta bancaria controlada en su totalidad por la universidad, dejando al arbitrio de ésta el manejo y administración de los recursos.

En relación con el convenio 0273 de 2007, señaló de manera general como irregularidades violatorias de los principios referidos: *(i)* la ausencia de referencia al soporte legal del convenio; *(ii)* la mayoría de documentos de la etapa contractual se formalizaron el mismo día de la celebración; *(iii)* al día siguiente de la suscripción del convenio comenzaba a regir la ley de garantías; *(iv)* se introdujo un otrosí que dejó el control de los recursos a cargo de la universidad, y, finalmente, *(v)* se incluyó uno adicional que modificó la cláusula que imponía a la universidad un aporte de $500.000.000 que garantizaría la permanencia de los estudiantes durante el término de duración de los programas

académicos, para en su lugar hacerlo a través de descuentos sobre los derechos académicos.

Para rematar, advirtió la Fiscalía un fraccionamiento de contratos porque ambos convenios comparten similitudes en cuanto a partes, objeto y cláusulas, y la única diferencia radica en el número de beneficiarios.

Para la Fiscalía el segundo convenio fue derivado del objeto del primero con el propósito de soslayar las etapas obligadas de la contratación.

Todas las anomalías advertidas hacen palmaria la ilicitud de esta clase de contratación directa *"fundada en la intención inicial e indiscutible de cubrir de legalidad un proceso contractual abiertamente ilícito"*, dadas las circunstancias antecedentes, concomitantes y consecuentes que permitían vislumbrar la carencia de capacidad económica de la universidad para cumplir el objeto de los convenios.

Destacó la Fiscalía que para la época de celebración de los convenios cuestionados, los principios de contratación estatal vulnerados tenían plena vigencia y por lo mismo eran de imperativa observancia.

En opinión del ente acusador, el sindicado incumplió intencionalmente "todos" los postulados de la contratación, al punto de afirmar que actuó con conocimiento y voluntad de infringir la ley.

Los argumentos expuestos le permitieron calificar el mérito de la instrucción con resolución de acusación en contra de PORRAS PÉREZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo en calidad de autor.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente actuación tuvo origen en la compulsa de copias a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, dispuesta el 21 de septiembre de 2011 por la Fiscalía 13 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Yopal, para que por competencia se investigara al ex-Gobernador de Casanare, WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ[2], por las presuntas irregularidades presentadas en los convenios interadministrativos 0455 de 27 de diciembre de 2006, 026 de 13 de abril de 2007 y 0273 de 26 de junio de 2007, suscritos entre el Departamento y la Universidad de Pamplona.

Por Resolución 0 0198 de 7 de febrero de 2012, la Fiscalía General de la Nación de entonces, delegó el conocimiento de las diligencias en la Fiscalía 1 de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, por Resolución de 29 de febrero del mismo año avocó su conocimiento.

[2] Designado mediante Decreto 3271 de 22 de septiembre del Ministerio del Interior y de Justicia por el término restante del periodo constitucional 2004-2007 del Gobernador elegido popularmente, Miguel Ángel Pérez Suárez, quien fuera condenado por la Corte Suprema de Justicia.

El 15 de febrero de 2013, con Resolución 0 0530 el Fiscal General de la Nación delegó a la Fiscalía 7 de la misma Unidad. A su turno ésta, por Resolución de 26 de marzo siguiente, dispuso continuar la actuación solamente respecto de los convenios 026 de 2007 y 0273 de 2007, en tanto el convenio 0455 fue incorporado a la investigación penal 11117-7 que se adelantaba en su despacho contra PORRAS PÉREZ respecto del mismo convenio.

El 4 de mayo de 2017, la Fiscalía 7 declaró abierta la instrucción y ordenó vincular mediante indagatoria a PORRAS PÉREZ, por las presuntas irregularidades en que pudo haber incurrido en los convenios interadministrativos 026 y 0273 de 2007, celebrados entre la Gobernación de Casanare y la Universidad de Pamplona. El primero por valor de $7.312.969.000, con cargo al departamento solamente la suma de $3.656.484.500; y, el segundo, por $1.000.000.000 y, con cargo a la entidad territorial, únicamente el cincuenta por ciento de ese valor.

Oído en indagatoria el imputado, el 10 de noviembre de 2017 la Fiscalía 7 decidió abstenerse de imponer medida de aseguramiento en su contra, básicamente porque de la prueba obrante no emergieron los requisitos sustanciales del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal para tal propósito.

Adelantada la investigación y perfeccionada en lo posible, el 23 de mayo de 2019 la Fiscalía instructora con apoyo en el artículo 393 de la Ley 600 de 2000, ordenó la

clausura del ciclo investigativo y el traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión.

Cumplido lo anterior, el 21 de noviembre de 2019, la Fiscalía 7 de la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en las condiciones atrás indicadas.

Como consecuencia de la decisión anterior se impusieron a PORRAS PÉREZ medidas de aseguramiento no privativas de la libertad consistentes en: *(i)* presentarse ante la autoridad judicial cuando sea requerido, y, *(ii)* la prohibición de salir del país, las que se harían efectivas una vez el acusado fuera dejado a disposición de este proceso pues actualmente cumple condenas impuestas por la Corte Suprema de Justicia.

Con proveído del 24 de enero de 2020, la Fiscalía dispuso no reponer la resolución de acusación recurrida por el apoderado de la defensa.

4.1 Resolución de acusación

Con base en los hechos expuestos la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra del ex-Gobernador PORRAS PÉREZ, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo, con las circunstancias de agravación de los numerales 1 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

En cuanto a su competencia estimó que, aunque con posterioridad a los hechos el acusado perdió su condición de Gobernador, su calidad foral se mantiene en consideración a que los ilícitos que se le atribuyen guardan relación con el ejercicio de sus funciones[3].

Contrajo la acusación a la intervención del procesado en las conductas desplegadas en la "celebración" de los convenios interadministrativos 026 y 0273 de 2007 que afectó los principios esenciales de la contratación estatal de *planeación, transparencia* y *economía,* transgrediendo el artículo 410 del Código Penal que sanciona con pena de prisión al servidor público que tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar su cumplimiento.

Las irregularidades consistieron en: *(i)* la falta de planeación por ausencia de estudios previos idóneos que hubieran permitido seleccionar los programas académicos con mayor demanda en el mercado laboral del departamento y porque se hicieron unos solos para ambos convenios; *(ii)* el desconocimiento acerca de la forma de selección del contratista. *(ii)* el hecho de que la gobernación en el convenio 026 hiciera entrega de la totalidad de los aportes a su cargo, a pesar de estar obligada solamente a girar inicialmente el cincuenta por ciento; y, *(iv)* finalmente, porque en un lapso inferior a dos meses se celebró el segundo convenio cuyo objeto era similar al primero, todo lo cual va en contravia de los principios de la contratación pública.

[3] De acuerdo con la certificación que obra a folio 8 c. anexo # 1 Fiscalía, expedida por el Director de Talento Humano de la Gobernación de Casanare el acusado ejerció el cargo de Gobernador desde el 22 de septiembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007.

Para la Fiscalía el "acuerdo marco" entre la Gobernación de Casanare y la Universidad de Pamplona se hizo con el propósito de facilitar la disponibilidad de los recursos a través de la "ficción de convenios interadministrativos" que les permitió eludir los procesos licitatorios como mecanismos de selección objetiva de los contratistas.

Se omitió verificar previamente la idoneidad de la Universidad, a pesar de que los convenios celebrados con esta en el 2006 tuvieron serios reparos en cuanto a cumplimiento y a capacidad financiera lo cual debió motivar a la gobernación a cesar la contratación o la implementación de los convenios de cooperación. Los considerables recursos involucrados exigían mayor rigurosidad en su adjudicación.

A pesar de tratarse de convenios interadministrativos celebrados entre dos entidades públicas por vía directa, su trámite no podía ser ajeno a los principios generales de la contratación administrativa, de tal manera que su inobservancia es pasible de sanción en los términos del artículo 410 del Código Penal.

Es el caso del incumplimiento de la restricción legal de girar como anticipo la totalidad de los aportes a cargo del ente territorial. Sobre este aspecto reprochó la Fiscalía una *inconsistencia* en el texto del convenio en cuanto se fijó la cláusula de que el departamento se abstendría de pagar sumas pendientes cuando sobrevinieran circunstancias que ameritaran la suspensión o alteración del convenio,

estipulación que se tornó ineficaz por el pago previo de la totalidad de los aportes correspondientes a la gobernación.

En las cláusulas cuarta a séptima del convenio 026 es evidente cómo los desembolsos obligaban al departamento y, por el contrario, no hay información del aporte económico de la universidad del cincuenta por ciento restante de su valor, a pesar de que ambas entidades debían aportar montos equivalentes para el cumplimiento de su objeto, circunstancia que le permitió concluir al ente acusador que los convenios se asemejan más a un contrato de "compraventa de servicios" a la universidad.

Dada la finalidad de los convenios interadministrativos los dineros invertidos en ellos no son susceptibles de transferencia, donación o traspaso, pues hacen parte del patrimonio de las entidades territoriales, por tanto, su erogación debe constar por escrito y sujetarse a las mismas formalidades legales exigidas para con los particulares, por ello la entidad pública convenida está obligada a constituir pólizas de garantía de manejo y cumplimiento, aspecto omitido en los convenios, pese a que en anteriores ya la universidad había incurrido en incumplimientos.

Concluyó entonces la Fiscalía que en estos casos se violaron los principios esenciales de planeación, transparencia y economía.

En cuanto al principio de planeación previsto en la Ley 80 de 1993, artículo 25 numerales 7 y 12, con todo lo que él implica, imponía al acusado efectuar una minuciosa y

rigurosa planeación en orden a garantizar otros principios como el de economía y de transparencia, amén de que la selección del contratista se hizo mediante la figura del convenio interadministrativo.

Dicho principio exige que previamente a la apertura de un proceso contractual se verifique su conveniencia o se impartan las aprobaciones o autorizaciones de este para cuyo propósito deben ordenar la elaboración de estudios, diseños y proyectos necesarios, lo mismo que los pliegos de condiciones y términos de referencia a que haya lugar. En su elaboración deben definirse, entre otros aspectos, las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios, pues solo de esa manera se puede lograr una apropiada justificación del gasto y un manejo óptimo de los recursos del Estado.

La Fiscalía cuestionó la seriedad de los estudios previos diseñados y la eficiencia de su planeación, consideración que deriva de la constancia dejada por la representante de la universidad en el acta de acuerdo liquidatorio del convenio 0273, que el otrosí suscrito solo auxiliaba la educación de 1.200 estudiantes por un semestre o periodo académico, contrariando los fundamentos iniciales previstos para su celebración.

Basada en ese mismo principio también reprochó el hecho de que el cronograma previsto para el convenio 026, en sus diferentes fases tiene fijada la misma fecha tanto para su perfeccionamiento como para la obtención del certificado de disponibilidad y registro presupuestal y de un otrosí modificatorio de un aspecto tan esencial como es la apertura

de una cuenta bancaria, lo que no se compadece con un adecuado calendario de ejecución y liquidación que hubiera previsto los incrementos y costos inusitados e injustificados que finalmente se dieron.

Además, no se hizo alusión a la normatividad aplicable para sustentar la clase de contrato y la escogencia del contratista, conforme lo previene el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Para la Fiscalía era necesario que en los estudios previos se precisaran aspectos como el objeto del contrato, el tipo de contratación, la modalidad de escogencia del contratista, las obligaciones de las partes, así como la distribución de los riesgos y de los costos.

Las deficiencias en el proceso de planeación de los convenios quedan en evidencia por el hecho de que el mismo estudio es común a ambos convenios y por no haberse previsto la necesidad de un contrato adicional.

En las consideraciones de ambos convenios se aludió a una posible invitación a la Universidad de Pamplona para su celebración, no obstante, la insistencia en su búsqueda no se halló dentro de la documentación pertinente. Esto le permitió concluir a la Fiscalía que la invitación nunca se hizo, pero sí se asumió como soporte documental de ambos convenios, lo que desdice de la seriedad de su planeación.

Tampoco se encontraron los informes de interventoría o sus registros, ni de las actas de comité interinstitucional de coordinación y evaluaciones relacionadas con ambos convenios, lo que revela que su planeación fue improvisada y

"solo se postuló para suplir ciertos requisitos precontractuales y contractuales".

Otra circunstancia que en opinión de la Fiscalía es violatoria del principio de planeación, es la relacionada con el hecho de que los objetos contractuales de ambos convenios son similares en cuanto están orientados a la ampliación y cobertura en educación superior en el Departamento de Casanare, y lo mismo sucede con las actividades a desarrollar para su cumplimiento. La única diferencia radica en el número de estudiantes beneficiarios. Esto sugirió a la Fiscalía que una adecuada planeación hubiera previsto desde el comienzo la cantidad total de estudiantes que debían incluir los programas ofrecidos.

Una irregularidad adicional que afectó el principio de planeación consistió en que en los estudios previos del convenio 0273 con un presupuesto de $500.000.000 a cargo de la Gobernación, se determinó como población beneficiada el mismo número de estudiantes del convenio 026 no obstante, en el otrosí núm. 1, sin fecha, se modificó la cláusula tercera del primero en cuanto a que con dicho aporte se cubrirían los costos de matrícula del primer semestre de 1.200 estudiantes en los programas de modalidad a distancia referidos en el literal *g* del convenio principal.

La deficiente planeación impactó gravemente la ejecución de los convenios al extremo de que se presentaron serios problemas en torno a su financiación, según lo revela el derecho de petición que algunos de los estudiantes elevaron ante la rectoría de la universidad el 10 de agosto de 2009,

sobre la cuantía de los recursos girados para cubrir el pago de los semestres ofrecidos. Esto le permitió reafirmar a la Fiscalía la vulneración de dicho principio en la medida en que se implementaron los programas académicos sin estar garantizada su financiación, con los consecuentes perjuicios a los estudiantes en el pago de sus matrículas.

A la par de la vulneración del principio de planeación, consideró el ente Fiscal también conculcado el principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que impone la regla de selección del contratista siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo las excepciones allí previstas.

En este caso, para el ente acusador, la vulneración de este principio dimana del hecho de que desde el comienzo las partes convenidas *"tenían claro que a través de esta modalidad contractual podrían eludir los filtros que garantizaran un proceso de escogencia objetiva a la hora de determinar la entidad educativa que podría proponer una mejor oferta, acorde con la naturaleza de los convenios hoy cuestionados"*.

Destacó que con base en el artículo 209 constitucional, los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, autorizan la asociación entre entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones administrativas o la prestación conjunta de servicios a su cargo, por tanto, los negocios jurídicos emprendidos bajo el marco de esa figura deben desarrollarse conforme a los principios previstos en el canon superior.

El principio de transparencia y el deber de selección objetiva se conculcaron en este caso porque el proceso de selección de la universidad no fue diáfano ya que *"estuvo precedido y rodeado de delitos de igual o mayor calado pues el hecho de que sean dos entidades públicas las que se relacionan en el negocio jurídico no implica que haya total transparencia y mucho menos que se puedan desconocer las normas especiales de contratación (...)"*.

A continuación, advirtió que se lesionaron los principios de economía y responsabilidad en materia de contratación, pues se desprotegieron los cuantiosos recursos públicos destinados al convenio 026. En primer lugar, porque la gobernación ha debido conservar la titularidad de la fiducia y, en segundo lugar, porque se suscribió un otrosí que modificó dicha cláusula para reemplazar la fiducia por una cuenta bancaria manejada por la universidad, con lo que se hizo al control de los recursos públicos.

No dudó la Fiscalía en afirmar que tanto los estudios previos como la propuesta de la universidad adolecen de serios desaciertos, que infiere de las modificaciones hechas al convenio principal en aspectos cardinales como su valor, los aportes y su forma de entrega, en particular de las obligaciones asumidas por la universidad, que desdice de la correcta planeación *"por cuanto sabían de antemano que, para perfeccionar el cometido ilícito perpetrado a través de estas contrataciones necesariamente debían reajustar buena parte de sus cláusulas contractuales por medio de acuerdos modificatorios"*.

Como irregularidades que dan cuenta de la vulneración de los principios de planeación, economía y transparencia en desarrollo del convenio 026, enumeró las siguientes: *(i)* no se

señaló la normatividad aplicada para elegir la modalidad de contratación; *(ii)* el mismo día 13 de abril de 2007 en que se suscribió el convenio se expidió el certificado de disponibilidad presupuestal y se incluyó un otrosí modificatorio de la fiducia por una cuenta bancaria destinada al giro y manejo de los recursos; *(iii)* los recursos fueron girados doce días después de cumplido el plazo pactado; *(iv)* no se garantizó el aporte del cincuenta por ciento del valor de las matrículas a cargo de la universidad.

En cuanto al convenio 0273, enumeró las siguientes incidencias: *(i)* no se hizo referencia al soporte legal del convenio; *(ii)* la *"mayoría"* de los documentos de la etapa precontractual se elaboraron el mismo día de su suscripción a pesar de tratarse de actuaciones que demandaban mayor tiempo; *(iii)* al día siguiente de su suscripción comenzaba a regir la ley de garantías electorales; *(iv)* se incluyó un otrosí modificatorio en el mismo sentido del convenio 026; *(v)* se elaboró un otrosí modificatorio para especificar que el aporte del departamento cubriría la matrícula de 1.200 estudiantes durante el primer semestre y, de otro lado, que la universidad aplicaría los aportes a su cargo en los descuentos sobre los valores de los derechos académicos del mismo número de estudiantes cuando inicialmente se pactó que la entidad cooperante aportaría la suma de $500.000.000, conforme con el plan de inversión del proyecto, y que los aportes de las partes garantizarían la permanencia por el tiempo de duración de los distintos programas académicos en los que se inscribieron inicialmente.

En sentir de la Fiscalía estas irregularidades, que califica de trascendentes, tuvieron lugar en las fases precontractual y contractual. Su importancia estriba en que los recursos comprometidos procedían de regalías directas recibidas por el departamento, por tanto, imponía a la administración elaborar estudios previos rigurosos e idóneos en procura de una buena gestión y del aseguramiento de que todo se ejecutara de conformidad con los términos pactados.

Por último, citando el informe de 31 de agosto de 2012 rendido por la perita Yeni Johana Manchola Pantoja, hizo referencia a un presunto fraccionamiento puesto que ambos convenios tuvieron el mismo objeto, las mismas partes e iguales periodos académicos, lo que llevó a considerar a la Fiscalía *"que lo que se quiso fue tratar de diferenciar el objeto contractual del convenio primigenio, para de esa manera justificar que se hubiera tenido que ejecutar el mismo rubro para celebrar otro convenio y eludir así cualquier observación relativa a un fraccionamiento contractual. Pues en todo caso el objeto debía estar especificado desde el inicio, conforme se advirtió en precedencia".*

Respecto del principio de economía, luego de hacer referencia teórica a los postulados que lo rigen, destacó ya en el caso particular que los convenios de marras, que en principio debían liquidarse antes de la vigencia de 2007, se prolongaron en el tiempo con un mayor detrimento patrimonial, lo cual se vio reflejado tanto en los acuerdos unilaterales propuestos por la administración subsiguiente como en los acuerdos bilaterales finalmente suscritos.

Dedicó la acusación un capítulo aparte al asunto del fraccionamiento de los dos convenios y destacó sus similitudes en cuanto a identidad de las partes, de sus objetos y de las cláusulas pactadas, independientemente de algunas disimilitudes advertidas.

En punto de los objetos, citó el informe 855988 de 26 de mayo de 2014, que concluyó que existió identidad entre ambos en cuanto tratan sobre la ampliación y cobertura en educación superior en el departamento y las actividades a realizar para su cumplimiento. La única diferencia radicó en el número de estudiantes.

Aunque reconoció el ente acusador que en la mayoría de los casos en el fraccionamiento de contratos se aminoran las cuantías para eludir la licitación pública, en su sentir también puede ocurrir que a un contrato se adicionen otros *"del mismo objeto contractual de un convenio matriz, que posibilite obviar no solo una licitación pública sino también toda una etapa precontractual necesaria para viabilizar la negociación posterior, como creemos en este caso ocurrió, en un claro caso de desviación o abuso del poder"*.

Para la Fiscalía el objeto contractual de ambos convenios era único y esa unidad natural se fraccionó al segmentarla en dos convenios aparentemente diferentes.

Sobre la responsabilidad penal del procesado, recordó las sanciones penales, fiscales y disciplinarias previas que tenían tanto él como el representante legal de universidad, lo que le permite colegir a la Fiscalía la conciencia y voluntad en la suscripción de los convenios, pues no le era ajeno ni

ignoraba lo que ocurría alrededor de los mismos, afirmación que corrobora con el dicho del entonces interventor Nelson Eduardo Morales Caballero y de Moisés Robles quienes sostuvieron que los convenios se originaron y celebraron directamente entre los representantes legales del departamento y la universidad.

De la culpabilidad sostuvo que las condiciones profesionales y de experiencia del acusado permiten afirmar que contaba con todos los elementos de conocimiento suficientes para comprender la ilegalidad de sus comportamientos.

Destacó que el dominio que tenía el acusado sobre todas las etapas de los convenios y la facultad de reasumir en cualquier momento, le permitían advertir sin dificultad las graves irregularidades en que se incurrió.

El incumplimiento de estos deberes no puede atribuirse a una actitud descuidada o negligente, sino sopesada y deseada, pues era la única manera que le posibilitaría entregar cuantiosos recursos al representante legal de la universidad.

El dolo lo infirió, además, de los varios convenios suscritos irregularmente con la universidad lo cual conduce a demostrar el aspecto subjetivo de los ilícitos, por lo que para el ente acusador no son de buen recibo las explicaciones del ex-Gobernador acerca de que todo fue producto de la confianza que depositó en sus subalternos, máxime si se considera que en otro proceso penal "confesó y aceptó" su

anterior coparticipación criminal en celebración de contratos con el mismo representante legal de la Universidad de Pamplona.

El acusado incumplió "intencionalmente" sus deberes funcionales, pues no le interesaba verificar la legalidad de los trámites precedentes para comprobar que respetaran los principios de la contratación oficial.

Si bien la administración tenía la posibilidad de suscribir convenios interadministrativos sin acudir a la licitación pública o concurso de méritos, esa discrecionalidad debe entenderse reglada y por tanto sujeta a la satisfacción de los principios que rigen la función administrativa y contractual, en especial el de selección objetiva que resplandece por su ausencia, pues no hay evidencia de que la administración hubiera invitado a otras universidades a participar en el convenio.

Así, se hace palmaria la ilicitud de esta clase de contratación directa fundada en el propósito primigenio e indiscutible de darle visos de legalidad a un proceso evidentemente ilícito, sumado a que la universidad carecía de capacidad financiera para cumplir el objeto convenido, lo que era de conocimiento del procesado, más, si se toman en cuenta "las defraudaciones inicialmente pactadas por los mismos" y, que lo verdaderamente pretendido fue burlar la Ley 80 de 1993.

En suma, el acusado actuó con conocimiento y voluntad de contrariar la ley y bajo ese entendido incumplió sus

deberes como servidor público y ordenador del gasto, sin justificación legalmente atendible.

4.2 Del recurso de reposición contra la acusación

En punto de la primera censura respondió que aun aceptando a modo de discusión que los convenios cuestionados se regían por el derecho privado, en términos de la Ley 30 de 1992, no podían soslayarse los principios constitucionales inherentes a la función administrativa, según lo explicó la Sala de Casación Penal[4], pues esto no exime a la administración del deber de adecuar el proceso contractual a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, inherentes a la función administrativa, por tanto, de imperativo acatamiento, según se colige del mandato del artículo 209 de la Carta.

Para la Fiscalía no es posible obviar las referencias que existen a un acuerdo marco previamente celebrado entre las mismas partes aquí convenidas *"que responde a un mismo esquema delictivo empleado por el propio sindicado en defraudaciones anteriores"* cometidas en alianza con el representante legal de la Universidad de Pamplona, que permite inferir que ese fue el mecanismo aplicado para eludir la ley contractual, en especial el principio de selección objetiva, no obstante los graves problemas de incumplimiento por la universidad en los convenios anteriores, ampliamente conocidos por el Gobernador.

[4] CSJ. SP8807-2014, radicado 37083 de 9 de julio de 2014.

A la afirmación de que la Universidad de Pamplona fue la única entidad que ofreció los ocho programas en la modalidad a distancia se opuso el ente instructor arguyendo que fue esta la que diseñó los programas ofrecidos y por ello no fue posible tener un concepto de estudio de precios como se requirió.

Reprochó a la defensa que hubiera evadido responder los graves cuestionamientos plasmados en el "informe contable" relacionados con la inobservancia de los principios que rigen la función administrativa y la contratación estatal, toda vez que los pagos efectuados no cuentan con los necesarios soportes contables que permitirían conocer la destinación real de los recursos, y si fueron aplicados al convenio 026, circunstancia que acredita una inadecuada planeación.

Arguyó la Fiscalía que, al margen de la modalidad de contratación aplicada, los ordenadores del gasto deben ajustar el proceso contractual a sus principios, de tal modo que no es propósito de esta actuación examinar sus resultados, sino verificar el cumplimiento de aquellos y de las normas que regulan su trámite.

Las pruebas permitieron concluir que la contratación cuestionada estaba regida por los principios de la Ley 80 de 1993, literal c del artículo 24, sin embargo, su celebración obedeció a un pacto previo *"supuestamente en el marco de un acuerdo coordinado por las mismas entidades estatales"*.

Sobre el pago del anticipo señaló la Fiscalía que la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene sentada como regla general y absoluta desembolsar máximo el cincuenta por

ciento del valor del contrato por este concepto. No obstante, corresponde al ordenador del gasto por virtud del principio de responsabilidad optar por un desembolso justo.

Principio que vulneró, además, al omitir exigir a la entidad cooperante amparar los convenios con las debidas garantías de buen manejo e inversión de los recursos, con mayor razón cuando los incumplimientos en los precedentes convenios suscritos así lo aconsejaban.

Al efecto agregó que desde hace bastante la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene dicho que en los eventos en que la contratación no esté expresamente sujeta al régimen de la Ley 80 de 1993, de todas maneras, es exigible legalmente el respeto de los principios que la rigen contenidos en el artículo 209 de la Carta y en dicha ley.

En relación con el fraccionamiento este se sustentó en un hallazgo de la perita Manchola Pantoja advertido en el informe de 31 de agosto de 2012, dada la identidad entre los objetos convenidos, las partes y los periodos académicos que cubrían que le permitieron suponer que, además del proceso de licitación pública y toda la etapa precontractual, *"lo que realmente se pretendía con ello era eludir cualquier observación relativa a un fraccionamiento contractual"*, en franca desviación de poder.

Ahora, en cuanto al aporte de capital por parte de la universidad como entidad pública asociada destacó la inexistencia del fondo común y de información que diera cuenta de su contribución inicial del cincuenta por ciento.

Como corolario la Fiscalía no repuso la decisión impugnada.

5. ACTUACIÓN ANTE LA CORTE

Una vez llegado el expediente a la Sala, dentro del término de traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, partes e intervinientes plantearon sus respectivas solicitudes probatorias que fueron resueltas mediante auto de 9 de septiembre de 2020 leído en audiencia de 1° de febrero de 2021, contra el cual se propuso recurso de reposición.

Por auto de 10 de junio de 2021, la Sala dispuso no reponer la decisión impugnada.

Agotada la práctica de pruebas decretada fuera de la sede de la Corte, el 8 de septiembre siguiente se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública en la que las partes presentaron sus alegaciones de conclusión previas al fallo.

5.1 Audiencia de juzgamiento

5.1.1 Intervención de la Fiscalía Delegada

Solicitó fallo de condena por estimar que de las pruebas arrimadas al plenario surgen diáfanas la certeza de la existencia, tipicidad y materialidad de las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo a título de coautor con las circunstancias de mayor punibilidad de que tratan los

numerales 9 (sic) y 10 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, en los términos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

Para la Fiscalía es irrefutable que el procesado en su condición de Gobernador, lideró las fases precontractual y contractual de los convenios materia de estas diligencias, al igual que de otros anteriores celebrados con la universidad en los que se constataron graves irregularidades que dieron lugar a que fuera condenado.

Los procedimientos administrativos y en particular la forma de selección de los contratistas públicos o privados por parte de las entidades oficiales en todos los casos están sujetos necesariamente a los principios que orientan la actividad contractual, de tal manera que su desconocimiento constituye una grave irregularidad sancionable penalmente.

En este caso, la inobservancia de tales principios en los convenios controvertidos se evidencia en la ausencia de estudios previos idóneos y en la similitud de muchos de los elementos esenciales que comparten.

Este señalamiento adquiere relevancia con el testimonio de Esperanza Paredes Hernández quien da cuenta del modo de obrar respecto de convenios de la misma naturaleza celebrados con anterioridad entre directivos de la Universidad de Pamplona y otros entes territoriales como el municipio de Chía y el departamento de Casanare, que no sometían a procesos licitatorios o de concursos públicos lo que les facilitaba la disponibilidad de los recursos oficiales.

No se acreditó la idoneidad de la universidad a pesar de los graves reparos a su capacidad financiera y cumplimiento de los convenios celebrados en 2006 con el departamento, lo que en sentir del ente acusador debió haber motivado al procesado a evitar la celebración de nuevos convenios.

Tampoco se ejerció vigilancia o control sobre los convenios, así como tampoco se diseñaron "cronogramas u organigramas" aptos para la adecuada ejecución de estos, acción que según dijo, hubiera permitido develar el deficiente estado financiero de la universidad y la inviabilidad de su ejecución.

A pesar de todo ello y siendo conocedor de la problemática de la universidad, el procesado celebró los cuestionados convenios interadministrativos pactando un cuantioso aporte de $8.300.000.000 que, por ese solo hecho, lo obligaba a un mayor rigor en la selección de la entidad de educación superior.

En relación con la calidad de sujeto activo de las conductas, agregó que esta se halla plenamente probada en la actuación en tanto no se remite a dudas su carácter de servidor público y su competencia funcional como ordenador del gasto para tramitar, celebrar y liquidar los contratos.

Sin desconocer que la modalidad de contratación directa aplicada para seleccionar la Universidad de Pamplona está regulada en el literal *c* del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según dijo, ello no es óbice *"para considerar como antecedentes*

fácticos los ilícitos intereses que motivaron los primeros convenios celebrados por los mismos contratantes".

La entrega inicial del valor total de los aportes del departamento como anticipo para la realización de los convenios, hizo inaplicable la cláusula que permitía a la administración abstenerse de hacer pagos por razones justificadas que ameritaran su suspensión o modificación, impidiendo cualquier control que pudiera haberse efectuado por esa vía.

El hecho de tratarse de dineros públicos hacía preciso tomar las máximas precauciones en aras de preservar el cumplimiento de los principios que regulan la función contractual administrativa.

En relación con las fases en las que participó el acusado, concluyó la Fiscalía que solamente "pudo haber intervenido" en la precontractual y contractual ya que la liquidación correspondió a su sucesor.

No obstante, agregó, que aun aceptando en gracia de discusión la figura de la delegación de la fase precontractual alegada por la defensa, ello no exonera al acusado del cumplimiento de sus deberes de máxima diligencia y cuidado al momento de la celebración, pues al suscribirlo reasumió la administración del riesgo y la responsabilidad de la conducta prohibida.

El clausulado solo impuso el desembolso de dinero al departamento y omitió referirse al cincuenta por ciento que

correspondía a la universidad pese a que, nominalmente, ambas entidades debían contribuir con la mitad del valor, por tanto, concluyó que en realidad los procesos contractuales devinieron en contratos de compraventa de servicios de educación a cargo de la universidad. Según dieron cuenta los informes contables, no hubo un fondo común de aportes como lo consagraron los convenios, independientemente del cumplimiento de la universidad de los compromisos académicos.

Del tenor del artículo 355 de la Carta y del Decreto 777 de 1992 infiere la acusación, que los convenios interadministrativos deben orientarse a la promoción de actividades y programas de interés público y los recursos empleados no son susceptibles de transferencia, donación o traspaso, y su erogación debe constar por escrito y sujetarse a las formalidades de contratación previstas para particulares que implica la constitución de garantías de buen manejo y cumplimiento, y la obligación de invertir los recursos exclusivamente en la satisfacción del objeto contractual.

De todo esto y del hecho de que el convenio 273 solo se financió parcialmente, concluyó la Fiscalía vulnerados los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución, y los de transparencia, economía y responsabilidad previstos en la Ley 80 de 1993, todos de la esencia de la contratación pública, por lo que la legalidad de los convenios es apenas aparente y, por el contrario, la modalidad de la contratación aplicada deviene en dolosa y tuvo como finalidad soslayar el

principio de selección objetiva para adjudicarla directamente a la Universidad de Pamplona.

A continuación, la Fiscalía resumió los principios que estimó conculcados en los procesos contractuales cuestionados y las razones de su vulneración, así:

En primer lugar, aludió al principio de planeación previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que obligaba al acusado a realizar una minuciosa y adecuada planificación que condujera a feliz término el cumplimiento del objeto de los convenios.

Siguiendo con dicho principio el ente instructor encontró acreditado que las entidades convenidas acordaron ampliar la cobertura universitaria a la población adulta del departamento, para cuyo propósito la administración ordenó la elaboración de estudios previos a cargo de la Secretaría de Educación. Empero, en el acuerdo liquidatorio bilateral se advirtió que el convenio 273 solamente cubría a 1.200 estudiantes por un solo semestre o periodo académico contrario a las previsiones iniciales tomadas en cuenta para su implementación, lo que pone en cuestión la solidez de los estudios y la eficiencia del proceso de planeación.

Además, el convenio 026 en diferentes fases presentó serias inconsistencias en fechas y variaciones en aspectos básicos, que a juicio del ente acusador denota ligereza e improvisación *"en punto de su celebración"*.

Al mismo tiempo el convenio 026 acusó inconsistencias en el cronograma al punto de proponer la misma fecha tanto para su perfeccionamiento como para la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, lo que desconceptúa una eficiente planeación.

Echó de menos la ausencia de referencia a la modalidad de contratación a seleccionar y a la escogencia del contratista en los términos del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, aspectos que, sumados a la determinación del objeto del contrato, las obligaciones de las partes y la distribución de los riesgos y costos era necesario prever desde los estudios previos para concretar su viabilidad y conveniencia. En ambos convenios los estudios previos fueron prácticamente los mismos, circunstancia que evidencia una inapropiada planeación y refuerza la tesis de la viabilidad de un solo convenio.

Aunque en las consideraciones se alude a una posible invitación a la Universidad de Pamplona esta nunca se hizo por lo cual se asume que los estudios de conveniencia no contaron con la invitación respectiva, pero que sí se invocó como soporte documental de ambos convenios, lo que desacredita la idoneidad de la planeación.

Asimismo sucedió en la etapa contractual en cuyas carpetas no figuran los informes de interventoría levantados en las inspecciones realizadas, como tampoco las actas del Comité Interinstitucional de Coordinación y Evaluación, lo que a juicio de la Fiscalía revela una precaria e improvisada planeación y concluye que sólo se presentó *"para suplir los requisitos precontractuales y contractuales en dichas transacciones"*.

Sobre el particular destacó lo dicho por Nelson Eduardo Morales Caballero en cuanto a que su designación se hizo por el secretario de educación en forma inconsulta, ya que era una función ajena a las previstas en su contrato de prestación de servicios, circunstancia que permitió advertir a la Fiscalía la ausencia de garantías respecto de la eficaz vigilancia de los convenios en aras de lograr su cabal cumplimiento.

Otro asunto que desdice de la adecuada planeación de los convenios es el relacionado con la semejanza entre los dos objetos contractuales, pues ambos se orientaron a la *"ampliación y cobertura en educación superior"* en el departamento de Casanare.

Acontece igual con el hecho de que en los estudios previos del convenio 0273 se determinó como producto de éste y población beneficiada los mismos 1.200 estudiantes previstos en el convenio 026, con un aporte del departamento de $500.000.000, sin embargo, el otrosí núm. 1, que modificó el convenio, aclaró que dicho aporte solamente cubriría la matrícula del primer semestre en los programas de modalidad a distancia.

Finalmente, otro hecho destacado por la Fiscalía que desconceptúa el principio de planeación es el relativo al tiempo de ejecución de los convenios que no garantizó eficazmente los estudios promedio del pregrado a los beneficiarios.

En referencia al principio de transparencia, luego de contextualizar su alcance concluyó que en este caso se vulneró en la medida en que las entidades integrantes de los convenios tenían previamente acordado realizarlos directamente en detrimento de un proceso de selección objetiva. Agregó que el hecho de tratarse de convenios suscritos por dos entes públicos no eximía a la administración de acatar los principios de la contratación oficial y en especial los requisitos esenciales que la rigen.

Para la Fiscalía la adición del contrato denota que la intención fue aparentar una diferencia en el objeto contractual para justificar la utilización del mismo rubro para celebrar un nuevo convenio y así encubrir el fraccionamiento.

El principio de economía en la contratación administrativa fue vulnerado en cuanto la conducta de contratación sin cumplimiento de requisitos legales, causó efectivamente un detrimento patrimonial en beneficio de particulares en cuantía superior a cuatro mil millones de pesos.

Los convenios, que debían liquidarse antes de la vigencia de 2007, se prolongaron en el tiempo generando un mayor detrimento patrimonial para la entidad territorial, conclusión que surge tanto de los acuerdos unilaterales propuestos como de los bilaterales finalmente suscritos.

No se constituyeron pólizas de seguros en los plazos y montos establecidos legalmente, ni se aportaron resoluciones

de aprobación de éstas, lo que comportó transgresión al principio de economía, entre otros.

Abordó a continuación el asunto del fraccionamiento del convenio para cuyo propósito adujo que este se presenta cuando se suscriben dos o más contratos en cuantías menores con el fin de eludir el proceso de licitación pública para la selección del contratista. También puede corresponder a la celebración de otras contrataciones derivadas del mismo objeto prístino para obviar no solo la licitación pública sino todas las etapas del contrato, como ocurrió en este caso en el que el único objeto contractual se fraccionó artificialmente al adjudicar dos convenios aparentemente distintos en forma segmentada.

En suma, el procesado fraccionó los convenios con el fin de evadir la fase precontractual del convenio 0273, *"pretendiendo así dar viso de legalidad a esa irregular adjudicación directa en contravía de los principios constitucionales y legales que integran materialmente el tipo penal"*.

Descartó el principio de confianza como base de la celebración de los convenios, pues estos fueron acordados desde el principio por las partes con motivaciones delictuales y abuso de las funciones como mecanismos para dar apariencia de legalidad al trámite contractual *"y poder así favorecer ilícitamente a una persona que sabía de antemano no estaba en condiciones de cumplir sus obligaciones como cooperante"*.

En síntesis, en los contratos cuestionados se afectaron los principios de eficacia por las falencias advertidas en el

logro de los fines propuestos; de planeación ya que no se hizo un cálculo adecuado en el convenio 273 de 2007 respecto de su objeto y cuantía; y de economía por no haberse surtido el trámite contractual de la manera menos onerosa posible para la administración.

Ya en punto de la responsabilidad penal del acusado sostuvo la Fiscalía que no es posible pasar por alto las sanciones fiscales, disciplinarias y penales que rodean todo el asunto de la contratación celebrada entre la Gobernación a cargo de PORRAS PÉREZ y la Universidad de Pamplona regentada por Álvaro González Joves, quienes a título de dolo diseñaron y llevaron a cabo la defraudación del erario departamental empleando en todos los casos el mismo *modus operandi* valiéndose de la figura de los convenios interadministrativos.

Esto está corroborado con las decisiones sancionatorias en contra del acusado de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva. Del mismo modo se confirma con *"las sanciones de tipo penal, disciplinario y fiscal contenidas en la documentación remitida a esta Fiscalía por la Procuraduría General de la Nación".*

El conocimiento del procesado sobre lo ocurrido en los dos procesos contractuales cuestionados, le permitió evidenciar la conciencia y voluntad de sus conductas pues esto no le fue ajeno hasta el punto de considerarse el artífice del direccionamiento convenido previamente con el rector de la institución educativa para adjudicar los mismos, que

quisieron ocultar *"con un proceso de selección aparentemente objetivo"*, hecho que tiene sustento probatorio testimonial.

Concluyó entonces que los convenios obedecieron a motivaciones *"implícitamente"* ilícitas que no pueden encontrar justificación en el hecho de que su trámite se regía por el derecho privado y por tanto se podía prescindir de los principios que regulan la contratación pública.

Rechazó la explicación del sindicado en cuanto a que cuando él llegó a la gobernación ya todo estaba prácticamente contratado, puesto que respecto del convenio 026 la oferta de la universidad hubo de presentarse antes de los estudios previos, lo que permite inferir que la gobernación tuvo un lapso de por lo menos cinco meses para estudiar las ofertas y estudios correspondientes.

Destacó el dominio que tenía el enjuiciado sobre todas las etapas del trámite contractual y la facultad de reasumir tales funciones, las que seguramente hubiera ejercido adecuadamente de haber revisado juiciosamente los convenios.

Infirió el dolo en el actuar del procesado *"de los múltiples e irregulares convenios celebrados con la Universidad de Pamplona, con desconocimiento de los requisitos esenciales y principios que rigen la contratación pública"*. Además de la sistematicidad en la repetición de los contratistas, los objetos de los negocios jurídicos y la aceptación de la comisión que hizo respecto de los primeros que se investigaron y sancionaron

anteladamente *"todo lo cual converge eficazmente en la demostración del aspecto subjetivo de los ilícitos aquí indagados"*.

El hecho de que el sindicado ostentara la disponibilidad jurídica de los dineros del erario e incurriera en las irregularidades reprochadas, le permitieron descartar la posibilidad alegada de admitir que este obró al amparo del principio de confianza, porque sus acciones se encuentran regladas en normas positivas y existen sobrados elementos que desacreditan su pretendida ajenidad, amén de no haber aplicado a tiempo los correctivos correspondientes *"dadas sus facultades de dirección, coordinación y control, asumiendo como propio el resultado típico que por su omisión voluntaria y consciente se generó"*.

A este mismo propósito puso de relieve que el incriminado *"confesó y aceptó"* en otro proceso penal su coparticipación criminal en contrataciones previas celebradas con el mismo representante legal de la Universidad de Pamplona, lo que en opinión del ente acusador *"por lo menos debe considerarse como un criterio auxiliar de interpretación para examinar tanto la materialidad de las conductas indagadas como la responsabilidad penal del procesado, lo que le permitió disponer sin ninguna restricción ni controles de las cuantiosas sumas de dinero destinadas a los convenios que aquí fueron materia de investigación"*.

De este modo, el acriminado incumplió intencionalmente los deberes que le imponía su ejercicio funcional pues no se interesó en verificar la legalidad de los trámites precedentes y tampoco corroborar al momento de su celebración el cumplimiento de los principios de la contratación oficial.

La posibilidad de celebrar directamente convenios interadministrativos debe entenderse reglada y aplicable sin perjuicio del cumplimiento de los principios de economía, transparencia y, en especial, de selección objetiva mediante la invitación a varias entidades aptas para el cumplimiento de su objeto.

De lo dicho coligió la Fiscalía un actuar con conocimiento y voluntad de contravenir la ley penal. Desconoció sus deberes como funcionario público, en particular, los de velar por el cumplimiento de los fines de la contratación.

Como ejemplo de esto afirmó que, no obstante, saber que las contrataciones celebradas en 2006 con la universidad tuvieron graves reparos en torno al cumplimiento del objeto de los convenios y a su capacidad financiera, ninguna cautela tomó al respecto antes de celebrar los convenios reprochados, pues de haberlo hecho muy seguramente se habría inhibido de suscribirlos.

Como corolario declaró: *"la participación del ex-Gobernador del Departamento de Casanare señor WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, a título de coautor del concurso delictual homogéneo y sucesivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con las circunstancias de mayor punibilidad antes precisadas, en contravía del cumplimiento de sus obligaciones como ordenador del gasto y con grave afectación de la debida protección de los bienes públicos y del interés superior de los coasociados, razones suficientes para ser declarado penalmente responsable de tales ilicitudes".*

5.1.2 Intervención de la parte civil

En términos generales el abogado representante de la parte civil a nombre del Departamento de Casanare, luego de hacer referencia a los hechos jurídicamente relevantes y al análisis de la tipicidad y responsabilidad penal del enjuiciado, concluyó con una solicitud de condena penal y, como consecuencia de ello, del pago de los perjuicios materiales derivados del daño emergente sufrido por el ente territorial.

En punto de la tipicidad, después de asumir como demostradas la condición de servidor público del acusado en ejercicio de sus funciones y su intervención en las distintas etapas de los convenios, concluyó que, no obstante, la modalidad de contratación acogida era imperativo acatar los principios de la contratación estatal, sin embargo, en este caso no ocurrió así, por el contrario, se pretermitió, en particular el de planeación por falta de estudios idóneos para la escogencia de programas académicos con mayor demanda en el mercado laboral local, por inexistencia de estudios de mercado, por desconocimiento de cómo se hizo el proceso de selección de la universidad, por haberse girado la totalidad de los dineros del anticipo cuando solo era permitido el cincuenta por ciento y por la similitud de los objetos contratados.

A partir de las conclusiones del dictamen pericial del 26 de octubre de 2018[5] sostuvo que, tampoco se dio cabal cumplimiento al parágrafo cuarto de la cláusula tercera de los

[5] Se refiere al dictamen pericial contable 10214252 a folio 26 c. 4 Fiscalía, suscrito por el Técnico Investigador Andrés Mauricio Lamus Osorio.

convenios en cuanto al reintegro anual a la gobernación de los rendimientos financieros de $194.023.329 y $23.509.903 provenientes de los convenios 026 y 0273, respectivamente, lo que redundó en vulneración del principio de economía.

Destacó, además, la ausencia de garantías de *"manejo de cumplimiento"* que avalaran que los recursos desembolsados se aplicaran exclusivamente a los objetos de los convenios, según lo dispone el artículo 355 de la Carta y el Decreto 777 de 1992.

En referencia al principio de transparencia dedujo su transgresión del contenido del informe de 31 de agosto de 2011[6], pues en ninguno de los dos convenios se aludió a la normatividad que determinó la modalidad de contratación.

En la ejecución de los convenios se presentaron diferencias entre los valores contratados y los ejecutados. En el 026 de $4.010.163.047 y en el 0273 de $1.352.000.000, que sumados a la no devolución de los rendimientos financieros generaron el daño emergente.

En ese orden, para el apoderado de la parte civil la actuación del enjuiciado es reprochable penalmente por haber incursionado en la comisión del delito del artículo 410 del Código Penal con menoscabo económico del erario departamental, por tanto, deberá pagar a la entidad territorial el daño emergente cuantificado debidamente indexado desde

[6] Se refiere al Informe de Policía Judicial 114362 a folio 194 c. 1 Fiscalía suscrito por Yeni Joana Manchola Pantoja.

la fecha de los desembolsos hasta la de verificación del pago conforme a la certificación expedida por el DANE.

5.1.3 Intervención de la Procuraduría

Por considerar que en los términos del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal no obra la prueba que genere certeza de la ocurrencia de la conducta punible imputada en relación con los dos convenios cuestionados, solicitó fallo absolutorio en favor del ex-Gobernador.

Luego de hacer un análisis jurídico de los convenios interadministrativos entre entes públicos previstos en el inciso primero del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en particular de sus diferencias con otras modalidades de contrato como los administrativos, de los convenios de apoyo regulados en el inciso segundo del artículo 355 de la Carta y de los de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, concluyó que los convenios del caso son de carácter interadministrativo cuya regulación legal descansa en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y, por consecuencia, la selección del contratista podía realizarse de manera directa sin exigencia de licitación pública según los lineamientos del literal *c* num. 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, aunque sí les eran aplicables principios como los de economía, planeación y responsabilidad consagrados en esa ley.

A continuación, luego de formular algunas precisiones de carácter dogmático del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, sintetizó en cuatro el número de irregularidades violatorias de los

principios de contratación reprochadas a los dos convenios contenidas en el escrito de acusación, así: *(i)* falta de planeación por ausencia de estudios idóneos para la escogencia de programas académicos universitarios con mayor demanda en el mercado laboral local, *(ii)* desconocimiento de la forma de selección del contratista, *(iii)* la entrega anticipada de la totalidad de los recursos por parte de la gobernación cuando solamente podía desembolsarse el cincuenta por ciento, *(iv)* en un lapso inferior a dos meses suscribió un segundo convenio de objeto similar al primero que constituiría un fraccionamiento de contrato.

En orden a sustentar su postura, comenzó por sostener que el desembolso del valor total del convenio se ubica dentro de la fase de ejecución, por lo que, si en aras de la discusión esto constituyera una verdadera irregularidad, aun así, esta conducta no encontraría adecuación al tipo penal del artículo 410 por hallarse excluida del mismo.

Adicionalmente, en su opinión tratándose de convenios interadministrativos no es posible asumir la figura de *"pago anticipado"* o *"entrega de anticipos"* sino de *"aportes"* y por consecuencia resulta inadmisible afirmar la violación del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Prosiguió con el estudio de lo que denominó *"valoración probatoria"* donde hizo una síntesis de la prueba allegada para concluir con un análisis del alcance del valor probatorio de los informes de policía judicial.

En primer lugar, citó la documentación relacionada con los convenios 026 y 0273 de 2007 e hizo un recuento de sus trámites en todas sus etapas para concluir que sí se elaboraron los estudios previos y que estos no estuvieron a cargo del encartado sino de otras dependencias de la gobernación bajo la dirección de funcionarios distinto del Gobernador. Además, corroboró que los convenios fueron celebrados por PORRAS PÉREZ en condición de Gobernador y que la universidad fue seleccionada directamente.

Que en el trascurso de la audiencia de juicio se logró determinar que el trámite de los convenios estuvo bajo la dirección de la Secretaría de Educación que por intermedio de la Oficina de la División Pedagógica certificaba las necesidades, y que cada oficina estaba encargada de hacer la contratación y los contratos a cargo de la Oficina Jurídica.

Los testimonios de funcionarios de la gobernación como María del Pilar Bolaños Marín, Coordinadora de Proyectos; Yader Duarte Tuay, Director Pedagógico y Miguel Ángel García Guevara, Director Técnico del Banco de Programas y Proyectos de la Gobernación, confirmaron que la elaboración de los estudios previos no correspondió al Gobernador sino a subalternos suyos y que estos fueron debidamente realizados.

En relación con los dictámenes de peritos contables orientados a verificar un posible detrimento patrimonial refiere en primer lugar, el 10214252 del 26 de octubre de 2018[7] que, si bien sugiere algunas irregularidades en la ejecución del contrato y otra en la liquidación, las primeras

[7] A folio 26 c. 4 Fiscalía, *ibidem.*

están al margen del tipo penal endilgado y las segundas no pueden ser imputadas al procesado porque ya en dicha fase no era Gobernador. En segundo lugar, el dictamen pericial de avalúo de perjuicios 6265561 de 9 de marzo de 2021 que concluyó que no existía fundamento sólido para determinar el monto del detrimento patrimonial.

Arguyó que conforme con la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Penal los informes de policía judicial *"no tienen carácter probatorio"*, asunto que se predica a partir de la expedición del artículo 50 de la Ley 504 de 1999 que adicionó un inciso al artículo 313 del entonces Código Procesal Penal o Decreto 2700 de 1991.

Aunque en algunos casos a instancias del funcionario judicial competente los informes de policía judicial pueden servir de medio para recabar documentación, en ningún caso el servidor que los suscribe puede emitir juicios de valor o de responsabilidad, pues estos corresponden únicamente al funcionario competente. De tal modo que lo consignado en los informes debe ser corroborado dentro del proceso, previo ejercicio del derecho de contradicción. Entonces, lo que se puede valorar es la prueba producida regularmente en el proceso, mas no los informes.

Infirió así el Procurador Delegado que el informe de policía judicial de 31 de agosto de 2011, rendido con el fin de determinar si los convenios cuestionados reunieron los requisitos esenciales es *inconducente* pues dicha labor le correspondía en ese momento al Fiscal por ser un asunto estrictamente legal y no lo podía delegar en sus

investigadores. Lo mismo sucede con los informes 855988 de 26 de mayo de 2014 y 9-104342 de 20 de junio de 2017, rendidos con un fin similar al del anterior.

Para ilustrar su hipótesis citó una serie de ejemplos en los que, según dijo, los servidores de policía judicial efectuaron juicios de valor sobre supuestas irregularidades como, por ejemplo, que se acudió a los convenios interadministrativos para eludir la licitación pública; o algunas que se dieron en la fase de ejecución del contrato que escapan a la prohibición legal; o que no se hizo un estudio de mercado para establecer la necesidad, sin precisar si dicho deber estaba a cargo del Gobernador.

Sobre esto último añadió que podría pensarse que el enjuiciado antes de la firma de los convenios debió verificar que los estudios previos contaran con los respectivos estudios de mercado, sin embargo, tal análisis no lo abordó la acusación por lo que, so pena de infringir el principio de congruencia no puede acometerse en el fallo.

Además, en su opinión los análisis de mercado no son presupuesto de los estudios previos consagrados en los num. 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que fueron reglamentados por el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, vigente al tiempo de los hechos.

En cuanto a la ausencia de los soportes legales que sirvieron de sustento a la escogencia de la universidad y de la modalidad de contratación, tal aspecto no puede erigirse en irregularidad sustancial según los términos del artículo 40 de

la citada Ley 80, de cuyo tenor se extrae que las normas aplicables son aquellas que correspondan a su esencia y naturaleza, sin que sea necesario que en la minuta de los contratos se indiquen las normas que los rigen.

Sobre el convenio 0273 y en específico la presunta irregularidad sustentada en que los documentos de la etapa precontractual se elaboraron el mismo día de su suscripción (26 de junio de 2007), adujo que esto no tiene la trascendencia sustancial que exige el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Al hecho del supuesto fraccionamiento del convenio aludiendo a los presupuestos de este según jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, radicado 26587 de 28 de noviembre de 2007, concluyó que se da cuando se persigue la finalidad de eludir la licitación pública, propósito que en este asunto no se presenta porque los convenios interadministrativos "pueden pactarse directamente".

Por esto mismo, para el representante del Ministerio Público, de la última afirmación puede inferirse también que la ausencia de invitación a la universidad carece de relevancia frente al cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Al reproche del informe 9-104342 de 20 de junio de 2017, respecto de la ausencia de actas de terminación final y liquidación de los convenios que permitirían determinar el cumplimiento de sus objetos, adujo que de haber existido tales irregularidades corresponderían a las fases de ejecución y liquidación que no pueden imputarse el procesado.

En síntesis, el único punto reprochable a PORRAS PÉREZ, en lo atinente a los estudios previos es no haber ejercido el control de tutela sobre los mismos como una omisión impropia contenida en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, sin embargo, este aspecto no fue objeto de reproche en la acusación y por consecuencia no puede servir de sustento al fallo pues de hacerse implicaría una afrenta al principio de congruencia.

Como corolario, reconoció una seria deficiencia probatoria que impide tener la certeza exigida por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal para proferir fallo de condena y, por consecuencia, reiteró su pedido de absolución.

5.1.4 Intervención del procesado

Empezó por destacar el carácter interadministrativo de los convenios de cooperación 026 y 0273 de 2007, en los que intervienen dos entes públicos que realizan sendos aportes para el cumplimiento de su objeto.

La Universidad de Pamplona es una entidad pública y dentro su objeto misional se encuentra lo referente a dichos convenios.

La diferencia entre los convenios radica en los aportes que la Fiscalía estima idénticos. Sin embargo, esto no es cierto, pues mientras en el primero los aportes ascienden a $7.312.969.000, correspondiéndole a cada parte contribuir con el cincuenta por ciento, en el segundo, el aporte

individual es de $500.000.000, la finalidad también fue distinta. En el primero, los aportes garantizaban *"acceso y permanencia"* de estudiantes a ocho programas académicos. En el segundo, facilitaban solamente el *"acceso"* de estudiantes a la universidad y la *"permanencia"* era responsabilidad de la universidad, según reza en el texto del convenio 0273.

Su responsabilidad como Gobernador terminó el 31 de diciembre de 2007, sin embargo, algunos aspectos de la acusación desbordan dicha fecha.

Señaló que previamente a estos dos convenios, se celebró el 405 de 2006, de la misma naturaleza del núm. 026 de 2007, cuya investigación fue archivada por la Fiscalía 12 Delegada ante la Corte sin hacer cuestionamiento sobre su legalidad.

En su defensa afirmó que la elaboración de los documentos previos correspondió por delegación a los secretarios de despacho y directores de dependencias administrativas. En el caso de los convenios en cuestión los estudios previos y de oportunidad estuvieron a cargo de la Secretaría de Educación y de los directores de las áreas respectivas. La minuta fue hecha por el jefe de la oficina jurídica y allí se acordaron los términos y condiciones directamente con la Universidad de Pamplona.

A continuación realizó un análisis extenso y un pormenorizado recuento de los testimonios de Esperanza Paredes de Estévez, representante legal de la universidad a partir del año 2009, quien sucedió al también representante

legal de la época de los hechos; María del Pilar Bolaños Marín, coordinadora del proyecto de fomento de la educación en el Departamento de Casanare, quien intervino y tuvo conocimiento de asuntos relacionados con los convenios 026 y 0273 de 2007; Yenny Patricia Castañeda Rivera, quien en desarrollo de los convenios se desempeñó como tutora en la Unidad Operativa de Monterrey entre los años 2008 y 2012; Luis Alirio Vargas Rojas, vocero de los estudiantes y Nayibe Castellanos Duarte, vocera de las mujeres adultas trabajadoras beneficiarias de los programas académicos de los cuales destaca y controvierte algunas de las afirmaciones, en su gran mayoría irrelevantes, en orden a reafirmar los aspectos fundamentales de su defensa propuestos al principio de su intervención.

Prosiguió con la revisión de la prueba documental, en primer lugar, con el informe de los convenios 026 y 0273 de 2007 solicitado al Departamento Nacional de Planeación – Dirección de Regalías del cual destacó algunos aspectos de la información allí contenida, en particular, que respecto de los convenios 026 y 0273 solamente cuestionaron el hecho de la ausencia de liquidación de estos y que por ninguno de los dos le iniciaron proceso disciplinario o de responsabilidad fiscal.

Sobre los documentos copia de los proyectos de análisis formulado en metodología general de los convenios y de los relativos a su inscripción en el banco de proyectos solicitados a planeación departamental señaló que, la información allegada está incompleta.

De la certificación de la Asamblea de Casanare respecto de la fecha de realización del debate con citación de la Secretaría de Educación y de las Directivas de la Universidad de Pamplona, que tuvo como propósito tratar los asuntos relacionados con las reclamaciones de los estudiantes respecto del convenio 0273, destacó que se adelantó el 24 de junio de 2010 y en el mes siguiente se suscribió el acta de liquidación bilateral lo que *"quiere decir que la sesión de la Asamblea tuvo un efecto sobre las actuaciones posteriores"*.

De la certificación de tesorería de pagos del convenio 0273 puso de relieve que el desembolso del cincuenta por ciento ($250.000.000) se efectuó el 3 de octubre de 2007 y de ello *"se puede entender que los $250 millones restantes no fueron girados"*.

Los certificados de disponibilidad presupuestal 274389 y 275088, el DNP, entidad competente de la evaluación, control y seguimiento del uso de estos recursos, en especial de los aplicados al convenio 026 por provenir de regalías petroleras, pues los del 0273 eran recursos propios del departamento en una proporción del 92.7%, no encontró irregularidad alguna y tampoco hubo cuestionamiento por parte de los organismos de control.

A modo de corolario, luego de cuestionar el testimonio de Paredes Estévez, reiteró las conclusiones de los aspectos derivados de la prueba documental ya planteados que fundan su solicitud de absolución.

5.1.5 Intervención de la defensa técnica

Primero destacó algunos aspectos legales y jurídicos que caracterizan los convenios de cooperación y su vigencia en nuestro ordenamiento constitucional y legal, para luego afirmar la atipicidad de la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de los convenios 026 y 0273 de 2007 *"por no existir ilicitud de la celebración de los mismos"* y menos desviación o abuso de poder.

Arguyó que la Fiscalía confundió los convenios de cooperación interadministrativos con los contratos estatales interadministrativos o contratos con particulares. En los primeros, como los del caso, no existen intereses contrapuestos ni patrimoniales sino la voluntad de aunar esfuerzos para el cumplimiento de los fines del Estado. En los segundos, la otra parte no es cooperante sino contratista con interés económico. En ese orden, basado en decisiones del Consejo de Estado[8], concluyó: si bien los convenios interadministrativos están sujetos a los principios constitucionales y de contratación pública, las reglas de la Ley 80 de 1993 no tienen aplicación automática como equivocadamente lo estimó el ente acusador *"por tratarse de un típico acuerdo de voluntades sin dominación de una parte y sin intereses patrimoniales o de utilidad, que son la base de los contratos onerosos que regula dicho estatuto contractual"*.

En relación con los hechos de la acusación frente a la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, adujo que, el trámite precontractual de los convenios en

[8] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de 23 de mayo de 2012, expediente 1998-01471 y de 23 de junio de 2010, expediente 1998-00261.*

cuestión fue delegado en las secretarías de despacho, que su defendido no intervino en su liquidación y, finalmente, que la etapa de ejecución escapa a la prohibición del artículo 410.

Frente al cuestionamiento sobre la inexistencia de estudios previos idóneos y los de mercado, adujo que se trata de una imputación subjetiva que nada dice en relación con las razones por las que se considera que los programas escogidos *"no sirven para Casanare"* o *"la carrera de contaduría entre otras no tiene demanda laboral en el departamento"*.

Agregó que los estudios previos los elaboró la secretaría de educación a partir de una encuesta que hizo con los estudiantes de grado 11 *"con ocasión de los cursos preicfes que se realizó* (sic) *en todo el departamento"*.

La mora en el trámite de liquidación de los convenios ocurrió en la gobernación subsiguiente y no en la del acusado. Recordó que los rendimientos financieros debían reintegrarse año vencido por lo que el primero ocurrió también en la nueva administración y por tanto ese hecho no se le puede atribuir a su prohijado.

Sobre los problemas de la universidad con el cumplimiento de convenios pactados en el año 2006 que de haberse tomado en cuenta hubiera evitado la realización de nuevos convenios, explicó que el ente educativo nunca fue inhabilitado para celebrar acuerdos de cooperación interinstitucional.

La regla sobre el pago de anticipos aplica únicamente a contratos conmutativos u onerosos, no para los convenios de cooperación.

La figura de la delegación no está prohibida y la sola suscripción del convenio no hace responsable penalmente a los cooperantes. Además, en este caso la Fiscalía obvió que en la delegación quien delega responde por la omisión del deber de tutela y sobre esto nada se dijo en la acusación.

En punto del cuestionamiento sobre los aportes financieros de la universidad, respecto de los cuales sostuvo la acusación que no se observa información precisa, señaló que se trata de una imputación basada en la duda y que no es cierto que no tuviera que hacer desembolsos pues los convenios le imponen esa obligación, además la universidad cumplió íntegramente con los objetos pactados y prueba de esto es que los estudiantes tuvieron acceso al conocimiento y obtuvieron el título respectivo.

Refiriéndose a la ausencia de constitución de garantías sobre manejo y cumplimiento, afirmó, sin más argumentos, que estas no son obligatorias en los contratos interadministrativos ni en los convenios de cooperación.

Al igual que su defendido reiteró las *"sustanciales diferencias"* entre los convenios cuestionados. Según el defensor, mientras en el 026 los aportes cubren el acceso y la permanencia de los estudiantes en los programas escogidos, en el 0273 su cubrimiento se limita únicamente al acceso con el compromiso de la universidad *"a hacer las gestiones para la*

permanencia de los estudiantes" sin erogación de más recursos por parte del departamento.

Sobre el cargo por la omisión del proceso de licitación pública adujo que los artículos 209, 113 y 67 de la Carta autorizan a los entes públicos a asociarse mediante convenios de cooperación interadministrativos bastando para esto el simple acuerdo de voluntades, por tanto, no es menester convocar a una licitación pública.

Respondió el cuestionamiento a la idoneidad de los estudios previos, arguyendo que dicho cargo carece de prueba técnica que lo respalde. En opinión de la defensa los egresados que declararon en juicio afirmaron que *"la mayoría"* están ocupando puestos de trabajo en los sectores público y privado.

En relación con la ausencia de invitación a la universidad sostuvo que la modalidad del convenio no la exige, es suficiente la voluntad y la capacidad de las partes para su celebración conforme lo dispone la Constitución y la ley. Añadió que ese hecho no implica que no exista invitación o que no se haya invitado a las seis universidades presentes en el Casanare. Sobre esto citó el testimonio de Bolaños Marín quien dio cuenta que se convocó a las universidades con presencia en el departamento a través del Comité Departamental de Educación Superior a *"ser parte del programa de acceso y permanencia"* y cinco de ellas afirmaron no tener la capacidad para realizar esta clase de convenios. La convocatoria fue únicamente aceptada por la Universidad de Pamplona.

A la falta de los informes de interventoría y actas del comité de coordinación y evaluación respondió que esto no es atribuible a su cliente. Además, son actuaciones correspondientes a la fase de ejecución del contrato, no prevista en la descripción del tipo penal.

Objetó la afirmación de la Fiscalía en cuanto a que en los estudios previos del convenio 0273 de 2007, se proyectó como población beneficiada el mismo número de estudiantes que los previstos en los estudios del convenio 026 de 2007, y al efecto sostuvo que *"la población referencia del estudio previo, no se puede estar cambiando para cada convenio en un lapso menor a 4 meses. El déficit de acceso a la educación superior en Casanare superaba las 15 personas y con los dos convenios investigados se beneficiaron 2.000 personas"* y que, de todos modos, la elaboración de los estudios previos fue delegada en la secretaría de educación, de tal forma que implicaría *"una omisión que no fue imputada en la resolución de acusación"*.

Para la defensa no es veraz aducir que en el desarrollo de los convenios hubo problemas de financiación porque, incluso, nunca se suspendieron *"simplemente hubo un intento de un funcionario de la gobernación de recoger los recursos del convenio 273 para el segundo semestre del año 2009, estando matriculados los estudiantes, pero sin sentar la misma, por ese intento por fuera de los términos del convenio citado"* (sic). Sin embargo, dicho incidente se superó y de esto dan cuenta los registros de estudiantes por semestre y la declaración de Castañeda Rivera.

En cuanto a la presunta desprotección de los recursos del erario por haber quedado el control de los aportes en

manos de la universidad arguyó que en esta clase de convenios la Constitución y la ley autorizan que uno de los dos cooperantes ejecute los aportes por ello esta glosa no tiene sustento jurídico válido.

De otra parte, agregó que el otrosí que modificó la constitución de una fiducia por una cuenta bancaria no afectó el cumplimiento del objeto del convenio 026, pues este se rige por la voluntad de las partes y las disposiciones civiles y, además, no era factible radicar la fiducia en cabeza del departamento por no ser quien debía ejecutar los convenios, y por los altos costos en los que debía incurrir por su administración.

Para el defensor tampoco constituye requisito esencial de los convenios citar el fundamento normativo de la modalidad contractual seleccionada para adelantarlos, de tal forma que esa omisión no puede entenderse como incumplimiento de un requisito legal.

Negó a continuación la supuesta existencia de un fraccionamiento de contrato en atención a que los convenios interadministrativos no exigen abrir un proceso de licitación pública para la escogencia de la parte encargada de ejecutarlo, y si uno de los elementos esenciales para que exista fraccionamiento es precisamente hacerlo con el propósito de obviar la licitación, no es posible afirmar en este caso su presencia.

Todo lo anterior sumado a la mendacidad del testimonio de Esperanza Paredes de Estévez, le permitió concluir que *"los*

presupuestos de progresividad orientados al juicio de culpabilidad han conducido a la confirmación de la inexistencia de los comportamientos descritos como punibles".

Por el contrario, puso énfasis en los testimonios de Moisés Robles y Yader Duarte que calificó de coherentes, y en particular respecto del hecho de la confirmación de la elaboración de los estudios previos en la cual intervinieron directamente.

También calificó de veraz el testimonio de Pilar Bolaños Marín que permitió acreditar no solo la invitación efectuada por el departamento a todas las instituciones educativas universitarias con sede en Casanare, sino el hecho de no haberse presentado incumplimiento en la ejecución de los convenios, testimonio reafirmado por Yenny Patricia Castañeda Rivera, Luis Alirio Vargas Rojas y Nayibe Castellanos Duarte, los dos últimos como beneficiarios y voceros de los convenios quienes dieron cuenta además del éxito de los programas académicos y cómo *"la vida les cambió a ellos y demás graduandos y que la mayoría de ellos se encuentran vinculados al sector público y privado".*

Trajo a colación el dictamen pericial 6265561 de 9 de marzo de 2021, suscrito por la perita contable Carolina Cortés Vaca de cuyo contenido, no sin tergiversarlo, concluyó que *"no encontró detrimento patrimonial y los daños materiales con la celebración de los convenios (...)".*

Afirmó que en el proceso no se verificó la construcción indiciaria suficiente que desvirtuara la presunción de

inocencia, y al unísono con la tesis de la Procuraduría negó el carácter de prueba a los informes de policía judicial al aducir que la acusación *"se soportó fundamentalmente en los informes de policía judicial que no tienen el carácter de prueba para fundamentar una sentencia condenatoria, es más, en dichos informes se emitieron conceptos y visiones de programas de gobierno y ejecución presupuestal, totalmente vedados por la ley"*.

Concluyó que *"por no haber ilicitud en el convenio la conducta es atípica y no existió daño a ningún bien jurídico tutelado, la conducta de mi defendido es totalmente jurídica y no existiendo nexo causal frente a una conducta atípica y jurídicamente ajustada a la ley, no es posible derivar responsabilidad dolosa o culposa como lo pretende injustamente la Fiscalía"*.

Como corolario aseveró que del material probatorio allegado no emerge fundamento legal y ni siquiera duda razonable *"para determinar la más mínima responsabilidad del Dr. WHITMAN PORRAS PÉREZ, lo que conlleva necesariamente a afirmar que el carácter de la sentencia sea absolutorio"*.

6 CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Sistema procesal aplicable

Previamente a entrar en el análisis que concita la atención de la Sala, se estima pertinente precisar que el procedimiento aplicable en el caso es el rituado en la Ley 600 de 2000.

Lo anterior, pese a que el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, corregido por el Decreto 2770 de 2004 de la Presidencia de la República, incluyó el distrito judicial de Yopal en la segunda etapa de aplicación del sistema oral a partir del 1 de enero de 2006, y los hechos materia de juzgamiento tuvieron ocurrencia en los meses de abril y junio de 2007.

Sobre el punto se impone aclarar que, como lo explicó la Sala de Casación Penal de la Corte[9], el canon 530 original en principio omitió enlistar al distrito judicial de Yopal, por lo que para subsanar el yerro se expidió el citado decreto presidencial y fue así como su artículo 30 introdujo dicho distrito en la segunda fase dentro de la cual el nuevo sistema de procesamiento comenzaría a operar a partir del 1 de enero de 2006.

Sin embargo, la Corte Constitucional[10] al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 530, cuestionó la competencia del Gobierno Nacional para introducir modificaciones a la Ley 906 de 2004 bajo el pretexto de la corrección de yerros, concluyendo que el contenido de la citada ley solamente podía ser atendido en los términos aprobados por el Congreso sin las modificaciones presidenciales, decisión prohijada por la Sala de Casación Penal en la decisión citada[11] que concluyó que en relación con el distrito judicial de Yopal el nuevo sistema procedimental solamente podía comenzar a implementarse a partir del 1 de enero de 2008, data en la que comenzaría a operar en todo el territorio nacional.

---

[9] Cf. CSJ., radicado 34696 de 6 de julio de 2011.
[10] Cf. Corte Constitucional sentencia C-925 de 2005.
[11] Cf. CSJ., radicado 34696 *ibidem*.

Como los hechos aquí juzgados tuvieron lugar en la ciudad de Yopal en los meses de abril y junio de 2007, su procesamiento debe someterse al rito de la Ley 600 de 2000, tal como se viene realizando.

6.2 Competencia

Pese a que el acusado WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, actualmente no desempeña el cargo de Gobernador del Departamento de Casanare, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala Especial de Primera Instancia es competente para juzgarlo, de conformidad con los artículos 235-5 de la Constitución Política y su parágrafo, en consonancia con el Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018, y el Acuerdo PCSJA18-11037 de 5 de julio de 2018 del Consejo Superior de la Judicatura, en razón a que las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por las cuales se lo acusó, guardan relación con las funciones de Gobernador y ordenador del gasto que para la época de los hechos ejercía, es decir, se trata de los denominados *delitos propios*, que como se ha venido entendiendo, solamente pueden ser cometidos por servidores públicos en relación con las funciones del cargo asignadas por el ordenamiento jurídico.

En punto del carácter de delito propio y la prórroga del fuero al exfuncionario procesado, la Corte tiene dicho que:

"Ahora, la Sala tradicionalmente ha concebido esta modalidad de delitos, como aquella que solo puede ser cometida por servidores en relación con las funciones a ellos asignadas por el ordenamiento

jurídico[12]*. El enriquecimiento ilícito de servidor público, en concreto, lo ha calificado como propio, exigiendo para su estructuración la presencia de un servidor público como sujeto activo, y que el acrecimiento patrimonial no justificado esté vinculado con el desempeño del cargo o el incumplimiento de las atribuciones*[13]*" (...)*

En fin, como el punible frente al cual hay que orientarse la investigación es de los denominados propios, no surge duda que la competencia para averiguarlos recae en esta Corporación en Sala de Casación por haber ocurrido los hechos antes del 29 de mayo de 2008, motivo por el cual se avocará el conocimiento y como el procedimiento que se venía aplicando es el previsto en la Ley 906 de 2004, se adecuará al regulado por el Código de Procedimiento Penal de 2000[14]*"* (Énfasis agregado)

Es claro entonces[15] que, la relación entre función y delito se desprende del abuso de poder, que se manifiesta en la instrumentalización de la función pública al emplearla en beneficio particular, como presuntamente ocurrió en este caso, en que, según informó la Fiscalía, el exfuncionario acusado en su condición de Gobernador y ordenador del gasto y en ejercicio de sus funciones, al suscribir los convenios 026 de 13 de abril de 2007 y 0273 de 26 de junio de 2007, pretermitió verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

6.3 Cuestión previa

6.3.1 Valor probatorio de los informes de Policía Judicial

Antes de abordar el estudio de los presupuestos sustanciales del fallo, atendida la alegación del Ministerio

---

[12] *CSJ. SP. Rad. 32854 de 3 de febrero de 2010.*
[13] *CSJ. SP. Rad. 15490 de 7 de octubre de 1999.*
[14] *CSJ. SP. Rad. 45731 de 28 de octubre de 2015.*
[15] Cf. CSJ. SP954-2020 *ibidem.*

Público sobre el tema del valor probatorio de los informes de Policía Judicial, en aras del debate conviene, en primer lugar, sentar el criterio de la Sala frente a la postura de la Procuraduría al respecto.

Adujo la Procuraduría que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha sostenido que los informes de policía judicial *"no tienen carácter probatorio"*, y aunque en algunos casos a instancias del funcionario judicial competente pueden ser útiles como medios para recabar documentación, el servidor que los suscribe no está facultado para emitir juicios de valor ni de responsabilidad, pues estos corresponden exclusivamente al funcionario competente. Por consiguiente, lo consignado en los informes debe ser corroborado dentro del proceso previo ejercicio del derecho de contradicción y, solamente puede ser materia de valoración la prueba producida regularmente en el proceso, pero no los informes.

En relación con el tema, ha dicho la Corte que ciertamente la Ley 504 de 1999 establecía una tarifa legal negativa respecto de los informes de policía judicial al negarles eficacia probatoria, sin que el funcionario judicial quedara impedido para producir pruebas a partir de lo consignado en estos. El Tribunal Constitucional en sentencia C-392 de 6 de abril de 2000, entendió que la finalidad buscada con la norma era legítima como medida para preservar la presunción de inocencia, toda vez que como garantía y derecho únicamente puede ser desvirtuada con prueba legal y regularmente aportada al proceso que el sindicado tenga la oportunidad de controvertir[16].

[16]Cf. CSJ. SP4180-2018, rad. 40527 de 26 de septiembre de 2018.

A partir de la Ley 600 de 2000, la jurisprudencia viene sosteniendo pacíficamente que las exposiciones y entrevistas obtenidas de las labores previas de verificación y contenidas en los informes de policía judicial no tienen valor de testimonio ni de indicios, sino de *"criterios orientadores de la investigación"*[17].

Sin embargo, hizo la distinción entre las pruebas practicadas por la policía judicial por iniciativa propia antes de la judicialización en los términos del artículo 314, y las pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos recaudadas por orden y comisión del fiscal a cargo de la indagación o investigación, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 316 de la citada legislación del año 2000.

De esta última norma, que impone límites a los servidores públicos que ejercen funciones de policía judicial, ya que solo pueden actuar por orden del fiscal y adelantar únicamente las pruebas técnicas señaladas en la comisión respectiva, se infiere que las practicadas con sujeción a esta, tienen valor probatorio por obedecer al mandato y a las directrices del encargado de la instrucción penal.

La Policía Judicial por comisión del Fiscal opera dentro de estrictos límites y precisos derroteros dada la excepcionalidad que comporta. Respecto de las pruebas como tales, la facultad de comisión de la Fiscalía a la Policía Judicial, remite exclusivamente a aquellas de contenido

[17] *CSP. SP. de 10 nov. 2004 rad. 20429; y, rad. 29021 de 2 dic. 2008.*

eminentemente técnico, por ejemplo, la experticia acerca de libros contables incautados. Y ello asoma, si se quiere natural, pues se entiende que el fiscal no posee esos conocimientos requeridos para allegar el medio de prueba y debe recurrir al auxilio del personal de Policía Judicial para el efecto[18].

Atendiendo el contenido del artículo 315 de la citada Ley 600 de 2000, que señala que en casos de flagrancia o cuando por motivos de fuerza mayor acreditada el fiscal no pueda asumir la investigación previa, los servidores públicos que ejercen funciones de policía judicial están facultados para *"ordenar y practicar pruebas"*, la Corte precisó que *"en estricto rigor carecen de poder suasorio son las entrevistas o exposiciones recibidas por esos órganos a personas que tengan conocimiento acerca de la ocurrencia de una conducta punible, bien sea que esa actividad la ejecuten de manera previa a la judicialización del respectivo comportamiento o con posterioridad a ello"*[19]. (Subrayado original).

Sobre este tema la Sala de Casación Penal en SP17909-2017, radicado 46673 de 1 de noviembre de 2017, se refirió ampliamente al asunto haciendo claridad en cuanto al alcance y facultades de la intervención de la Policía Judicial en la investigación penal, así como al valor probatorio de sus informes, de los documentos y, en general, de los medios de convicción recabados en ejercicio de las labores realizadas.

Así se pronunció la Corte en la sentencia citada, cuyo contenido se ajusta perfectamente al caso que se examina:

---

[18] Cf. CSJ. SP4180-2018, *ibidem.*
[19] *Cf. CSJ. SP., rad. 32597 de 6 de julio de 2011.*

"Al respecto, se hace necesario puntualizar que la intervención de la policía judicial en la investigación de los delitos, puede ser de diversa naturaleza, cada una de las cuales le confiere distintas facultades: (i) de verificación previa, con el fin de analizar la información obtenida en relación con la posible comisión de un delito, y recoger la evidencia que permita judicializar el caso; (ii) de investigación por iniciativa propia, en casos de flagrancia o de imposibilidad de intervención inmediata de la fiscalía; y, (iii) de investigación por comisión del Fiscal o el Juez.

Cada uno de estos momentos delimita con claridad las actividades que pueden ser adelantadas por los miembros de la policía judicial, así como el valor atribuido desde el punto de vista probatorio.

Así, en ese primer momento previsto en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000 como «Labores previas de verificación», la Policía Judicial no practica ningún tipo de prueba, sino que se ocupa de «allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible». Por ello, carece de valor probatorio, dado que solo sirve de criterio orientador de la investigación.

El segundo momento, previsto en el artículo 315 ibidem, también es ajeno a la dirección u orientación de la Fiscalía, y se presenta en los casos de flagrancia o cuando por motivos de fuerza mayor acreditada no pueda asumir competencia inmediata el órgano instructor, en los que por iniciativa propia los funcionarios de policía judicial pueden ordenar y practicar pruebas. En estos eventos la prueba es legal, regular y oportuna, por lo que se puede incorporar al proceso. Este es el caso, por ejemplo, de la orden y práctica de necropsia a un cadáver.

El tercer momento, establecido en el artículo 316 ib., se presenta durante la investigación y el juzgamiento, cuando las autoridades judiciales ya han asumido formalmente la dirección de la investigación, caso en el cual la facultad de la Policía Judicial se restringe a las órdenes impartidas «para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos».

En este último caso es necesario precisar que la facultad de comisión de la Fiscalía hacia la Policía Judicial, es excepcional y precisa, remitiendo exclusivamente a la ejecución de actividades relacionadas con la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, facultad que la policía judicial puede extender «a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión, excepto capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, las que atenten contra el derecho a la intimidad o

cualquier actividad que represente la vinculación de los implicados a la actuación procesal».[20]

Precisado lo anterior, advierte la Sala que en el presente caso los informes a los que se hace alusión dentro de la sentencia recurrida, se rindieron como consecuencia de las resoluciones emitidas por el Fiscal en virtud de la dirección que ostentaba sobre el proceso penal que ya se encontraba en curso, por lo que claramente se observa que la intervención de la policía judicial correspondió a la actuación durante la investigación y el juzgamiento, prevista en el artículo 316 de la Ley 600 de 2000.

Tan cierto es lo anterior que, según puede verificarse en la actuación procesal, los informes de policía judicial cuestionados por el demandante están antecedidos por la orden emitida por la Fiscal del caso, luego de ser abierta la investigación preliminar. De manera que cada informe correspondió a una comisión emitida en virtud de las facultades previstas en el citado artículo 316 ibidem.

Consecuencia de lo anterior es que no puede argüirse por el procurador judicial que oficia como demandante, que tales informes carecen de cualquier valor demostrativo de los hechos y de la responsabilidad de los procesados, confundiéndolos en ese sentido con los regulados por el artículo 314 ib."

Vistas así las cosas, en este caso, huelga decirlo, idéntico al tratado en la jurisprudencia transcrita, los informes de Policía Judicial obedecieron a precisas órdenes impartidas por el Fiscal del caso en ejercicio de sus funciones con sustento en lo dispuesto por el artículo 316 *ibidem*, cuyo propósito fue demostrar hechos que interesaban a la investigación, de modo que no están sometidos a ninguna tarifa legal negativa como equivocadamente lo entiende la representación del Ministerio Público.

En este sentido obsérvese que una de las primeras órdenes para la investigación de los convenios fue impartida por la Fiscalía 13 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Yopal, el 7 de abril de 2011

[20] *CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 27508*

mediante resolución[21] que dispuso solicitar al DAS la designación de un investigador que revisara los convenios cuestionados con el propósito de verificar *"si cumplen con todos los requisitos de orden legal. Quiénes firman los contratos, determinando la identificación y arraigo de quienes los suscriben y acreditar la condición de servidor público de quienes aparezcan firmando en nombre del departamento o cualquiera de sus dependencias"*, de donde se colige, de acuerdo con lo explicado, que estas pruebas fueron decretadas y practicadas con sujeción al artículo 316 *ibidem*, por lo que, contrario a lo sostenido por la Procuraduría, la información y documentación recabadas tienen validez probatoria.

En ese orden, debe insistir la Sala, el origen de los informes que obran en la actuación no son consecuencia de las labores previas de verificación que puede adelantar la policía judicial autónomamente, sino de las órdenes y comisiones impartidas por la Fiscalía instructora con sustento en lo dispuesto por el artículo 316, cuya finalidad, como puede apreciarse, fue revisar la contratación y recabar pruebas de hechos que interesaban a la investigación, de modo que sus conclusiones ni los documentos recogidos por los investigadores están sujetos a una tarifa legal negativa como lo asegura el Ministerio Público.

Naturalmente, además, las conclusiones plasmadas en los informes de policía judicial estuvieron respaldadas en los soportes documentales de los convenios en sus distintas etapas y se sometieron al tamiz de la controversia probatoria necesaria en el curso del proceso, por manera que, desde la

[21] Cf., folio 194. C. 1 Fiscalía.

perspectiva de la legalidad de los informes y sus conclusiones, su validez y conducencia no pueden ser objeto de tacha alguna.

6.4 Requisitos para condenar

Conforme a lo normado por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, a diferencia del grado de conocimiento que la ley exige para imponer medida de aseguramiento o proferir resolución de acusación, para dictar sentencia condenatoria se requiere que concurra al proceso la prueba suficiente que trasmita al juzgador la certeza de las categorías de la conducta típica y de la responsabilidad del procesado.

La ley reclama, además, que el acervo probatorio sea ponderado en su integridad de cara a los postulados de la sana crítica, estos son, la lógica, las máximas de la experiencia y las ciencias, y los conocimientos científicamente afianzados, asignándole siempre razonadamente a cada medio de prueba el mérito que le corresponda, a fin de determinar las condignas consecuencias jurídicas[22].

Revisadas las diligencias ha llegado la Sala a la conclusión que, en este evento, no concurre la prueba exigida para condenar pues subsisten dudas sobre la responsabilidad del acusado, debido a una serie de vacíos investigativos insalvables en este momento procesal que conducen a la absolución. Veamos:

---

[22] Cf. art. 238 L. 600 de 2000.

6.5 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La Fiscalía acusó al procesado como presunto autor responsable de la comisión de este delito en concurso homogéneo y sucesivo, respecto de los convenios 026 y 0273 de 2007.

Este delito es descrito por el artículo 410 del Código Penal, antes de la reforma de la Ley 890 de 2004[23], así:

«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años».

El supuesto de hecho descrito enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir en un proceso de contratación, e incumple los requisitos sustanciales exigidos para su trámite o al celebrar o liquidar el contrato omite verificar que se hayan cumplido[24].

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, no observar los requisitos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos previos hasta su

---

[23] A pesar de que los hechos son posteriores al 1 de enero de 2005 no le es aplicable el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, toda vez que el proceso transitó por la época en que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideraba que a los procesos tramitados por la Ley 600 de 2000, como este, no le era imputable dicho incremento.
[24] Cf. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

celebración; y, la segunda, al momento de su formalización o de su liquidación, omitir verificar que se hayan satisfecho[25].

De esta forma la ley penal distingue la conducta ejecutada por los servidores públicos facultados para tramitar el contrato, de la que realiza el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración o liquidación[26].

La primera modalidad alude a tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que, en la segunda, el contenido de la prohibición consiste en firmar el contrato sin verificar que se hubieran cumplido las exigencias legales esenciales en la etapa precontractual. Esta distinción se fundamenta en las modalidades de delegación o desconcentración de competencias a través de las cuales actualmente se ejerce la función pública en las entidades estatales[27].

Las etapas previas y de ejecución son asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto, labor que éste ejecuta con estricto acatamiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer, en este caso de los recursos del ente territorial.[28].

---

[25] Cf. *Ibidem.*
[26] Cf. *Ibidem.*
[27] Cf. *Ibidem.*
[28] Cf. CSJ SP18532-2017, *ibidem.*

Los artículos 12[29] y 25-10[30] de la Ley 80 de 1993, como ya se vio, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o equivalentes.

En todo caso, se reitera, la delegación y desconcentración no implican el desprendimiento de la responsabilidad del encargado de la contratación[31], pues la función de adjudicación está a su cargo[32].

---

[29] ***ARTÍCULO 12. DE LA DELEGACIÓN PARA CONTRATAR.*** *<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> <Ver Notas del Editor> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones* ~~***o concursos***~~ *en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.* ***PARÁGRAFO.*** *<Parágrafo adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.*

[30] ***ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA.*** *En virtud de este principio: (...) 10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.*

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

[32] Cf. CSJ SP4413-2019, rad. 55967.

El concepto de requisitos esenciales como elemento normativo hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como son: planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993[33], normativa aplicable a la fecha de los hechos, y en las disposiciones que la desarrollan[34].

Lo anterior surge de una interpretación constitucional y sistemática de los valores y fines del Estado. Según el preámbulo y el artículo 2° de la Carta corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en su texto[35].

Asimismo, el artículo 209 de la Carta prescribe que la función pública está al servicio del interés general y se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones[36].

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

---

[33] Al respecto CSJ. SP4463-2014, reiterado en CSJ. SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; y, CSJ. SP15528-2016, rad. 40383.
[34] Entre estas: Ley 1150 de 2007.
[35] Cf. CSJ. SP15528-2016, rad. 40383de 26 de octubre de 2016.
[36] Cf. *Ibidem.*

De otro lado, los cánones 1, 3, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales[37].

En otras palabras, tal estatuto fija los requisitos que deben observar los servidores públicos al tramitar, celebrar y liquidar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo con los fines del Estado sino con la prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados[38].

El principio de planeación debe irradiar todas las fases para el perfeccionamiento y liquidación de los contratos, con lo cual se impide la improvisación pues prevé una acción preventiva del daño antijurídico, lo cual refleja la importancia de establecer criterios de selección, de definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado[39].

Sobre el particular, el Consejo de Estado dijo:

"El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de

[37] Cf. *Ibidem.*
[38] Cf. *Ibidem.*
[39] Cf. *Ibidem.*

los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden[40]*."*

De ahí la importancia de la selección del contratista y de la celebración de los correspondientes contratos con respeto del régimen jurídico a aplicar. Su ejecución y posterior liquidación deben ser ajenos a la improvisación, y resultado de una tarea programada y preconcebida que permita situar las actividades contractuales de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias del Estado con funciones planificadoras[41].

Por su parte, el principio de transparencia[42] resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista. Su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública, con excepción de los casos previstos en la norma[43].

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

---

[40] *Cf. CE 07001233100019990054601, 28 de mayo de 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.*
[41] CE 15001233100019880843101-8031, 5 de junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.
[42] Artículo 24 Ley 80 de 1993.
[43] *Cf. C.E. 15234, 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.*

En relación con este principio, la escogencia del contratista debe realizarse teniendo en cuenta la oferta más favorable a la entidad según los fines que se persigan, sin consideración de los mencionados criterios subjetivos[44].

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

De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, para cumplir con el deber de selección objetiva es menester la obtención previa de por lo menos dos ofertas, verbales o escritas, con la información necesaria del contrato. Incluso, la contratación directa está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos[45].

Por su parte, el parágrafo del artículo 39 de la citada ley exceptúa de las formalidades plenas los contratos que no superan las cuantías allí delimitadas de cara a los presupuestos anuales de las entidades, evento en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien se delegó la ordenación del gasto[46].

---

[44]Cf. CSJ. SP. Rad. 30933 de 26 mayo 2010.
[45] Cf. CE., 15234. *Ibidem.*
[46] Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383.

Para finalizar, conviene poner énfasis en que el bien jurídico de la administración pública es polivalente, es decir, protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del bien jurídico, como los bienes de la administración, la concepción estática del mismo[47].

A partir de esta noción es posible afirmar que el bien jurídico de la administración pública se lesiona o pone en riesgo cuando se infringen los principios de igualdad, imparcialidad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, principios que como se dijo antes, sustentan el quehacer de la administración, se encuentran determinados en el artículo 209 de la Constitución Política, y en concreto en las normas específicas que los desarrollan, como la Ley 80 de 1983, y los Decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002, aplicables, por la época de comisión de la conducta, a este caso[48].

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

"En ese ámbito, el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 está concebido en función de la protección, entre otros, del principio de

[47] Cf. CSJ. SP2294-2019, radicado 47475 de 26 de junio de 2019.
[48] Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem.*

transparencia y no del propósito económico. Por eso un contrato puede ser incluso beneficioso en términos económicos, pero igualmente ilegal, como ocurre cuando el proceso de selección se amaña con el fin de buscar la asignación del contrato a un particular mediante la exclusión de otros. Al obrar así, quien lo hace, irrumpe contra los principios de trasparencia e imparcialidad, al excluir a otros de la oportunidad de acceder a la contratación pública en igualdad de condiciones y bajo las mismas oportunidades del beneficiado. Esa es la dimensión del injusto" [49]. (En ese mismo sentido: CSJ. SP3130-2021, radicado 58201 de 21 de junio de 2021).

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

6.5.1 Tipo objetivo

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

En relación con el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales la Fiscalía acusó a WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, porque como Gobernador del Departamento de Casanare, celebró los convenios interadministrativos 026 y 0273 de 2007 con la Universidad de Pamplona, sin verificar el cumplimiento de los requisitos que rigen la contratación de la administración pública.

[49] Cf. CSJ. SP2294-2019 *ibidem.*

La acusación se sustentó en las siguientes irregularidades: *(i)* falta de planeación por ausencia de estudios previos para la escogencia de los programas académicos con mayor demanda en el departamento, y porque los elaborados son comunes a ambos convenios; *(ii)* desconocimiento de la forma de selección del contratista aunado al hecho de la entrega anticipada de los aportes a cargo del Departamento a pesar de que solo podían girar el cincuenta por ciento; *(iii)* haber celebrado un segundo convenio con el mismo objeto del primero en un lapso inferior a dos meses.

En su desarrollo la Fiscalía concluyó la vulneración de los siguientes principios de la contratación:

1.- Planeación (Art. 25-7 y 25-12 Ley 80 de 1993): *i)* ausencia de estudios previos "serios"; *ii)* falta de diseños, estudios y análisis previos; *iii)* en el convenio 026 la obtención del certificado de disponibilidad presupuestal y su perfeccionamiento, y la adición de un otrosí tienen la misma fecha *"lo que evidencia afán de celebrarlo"*; *iv)* violación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 porque no se precisó tipo y objeto del contrato, tipo de contratación, forma de escogencia, riesgos y costos; *v)* el estudio previo es común a ambos contratos; *vi)* en las consideraciones de los convenios se alude a una posible invitación a la Universidad de Pamplona, sin embargo, no se hizo; *vii)* los objetos convenidos son similares; *viii)* en ambos estudios previos se estableció la misma cantidad de estudiantes.

2.- Transparencia (art. 24 Ley 80 de 1993): *i)* a pesar de estar autorizada legalmente la contratación directa esta fue producto de una concertación precedente pues desde el principio las partes tenían acordado suscribir los convenios para eludir el proceso de escogencia objetiva; *ii)* el proceso de selección de la universidad no fue transparente u objetivo porque estuvo precedido y rodeado de delitos.

3.- Principio de economía: *i)* por cuanto lesionó efectivamente y puso en riesgo el erario y manejo adecuado de los recursos públicos en beneficio de oscuros intereses particulares; *ii)* los convenios debieron liquidarse antes de la vigencia de 2007, sin embargo, se prolongaron en el tiempo con un mayor detrimento patrimonial, lo cual se vio reflejado tanto en los "acuerdos unilaterales" como en los "acuerdos bilaterales" finalmente alcanzados.

4.- Fraccionamiento: los convenios 026 y 0273 de 2007 presentan similitudes en cuanto a partes, objetos y cláusulas que los rigieron.

Explicó, sin embargo, que si bien "en la mayoría de casos" el fraccionamiento se hace con el propósito de eludir el proceso licitatorio, *"también puede su modo de operar corresponder a la celebración de otras contrataciones derivadas del mismo objeto contractual de un convenio matriz, que posibilite obviar no solo una licitación pública sino también toda una etapa precontractual necesaria para viabilizar la negociación posterior, como creemos en este caso ocurrió, en un claro ejercicio de desviación o abuso del poder".*

Para la Fiscalía ambos convenios tenían el mismo objeto a pesar del intento de hacerlo parecer distinto mediante la suscripción de un otrosí modificatorio. En últimas, la unidad natural del objeto se fraccionó artificiosamente al "adjudicar" dos convenios en forma segmentada para idéntico fin.

En suma, se fraccionó el convenio *"para evadir la fase precontractual en el convenio* ***0273 de 2007****, pretendiendo así dar viso de legalidad a esa irregular adjudicación directa, en contravía de los principios constitucionales y legales que integran materialmente el tipo penal".*

El apoderado representante del departamento de Casanare reconocido como parte civil, acogió en su mayoría los planteamientos de la Fiscalía y estimó reunidos los presupuestos necesarios para condenar y, en consecuencia, solicitó el pago de los perjuicios provenientes del daño emergente.

El Ministerio Público, como se explicó, sostuvo que la modalidad de contratación aplicada no violaba los principios de transparencia y de selección objetiva; que los estudios previos sí existieron y su elaboración correspondió a la secretaría de educación y al banco de programas y proyectos y no al Gobernador; que algunas de las irregularidades como las diferencias en los reintegros de los rendimientos y las actas de comité que autorizaron los desembolsos pudieron haber ocurrido en las etapas de ejecución y de liquidación y por tanto no pueden ser atribuidas al procesado. Negó el carácter de prueba a los informes de policía judicial

calificándolos de inconducentes, de manera que solicitó la absolución del procesado.

Por su parte la bancada de la defensa con argumentos similares a los del Ministerio Público orientó su discurso a desvirtuar los cargos de la acusación y a solicitar fallo absolutorio.

Ahora bien, en orden a dilucidar el aspecto relacionado con la presunta ilegalidad de la modalidad de contratación escogida por el procesado, es imprescindible primero revisar la naturaleza jurídica de los convenios cuestionados, para a continuación, de acuerdo con las conclusiones extraídas, verificar si el procesado, en este asunto, adecuó su comportamiento a la legalidad vigente al celebrarlos directamente con la Universidad de Pamplona.

6.5.2 Naturaleza jurídica de los convenios 026 y 0273 de 2007

Sobre el mecanismo de contratación la Fiscalía, en primer lugar, sustentó la acusación en la vulneración del principio de transparencia previsto en los artículos 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, en atención a que desde un comienzo las partes tenían claro suscribir el convenio para eludir el proceso de escogencia objetiva, y a que el proceso de selección de la universidad no fue diáfano porque *"estuvo precedido y rodeado de delitos"*, pues desconocer los axiomas de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad da

lugar a la comisión del delito. Además, no se pudo establecer la forma cómo se seleccionó a la universidad.

No obstante, analizado el cargo de cara a la normatividad vigente para la época, la Sala estima que no se incurrió en esa irregularidad, pues los convenios interadministrativos de cooperación con origen en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, como los del caso, a diferencia de los contratos administrativos regulados por la Ley 80 de 1993, son pasibles de celebrarse por virtud de acuerdos de una entidad pública con otra de su mismo género sin otra solemnidad, por modo que, en este puntual cargo relacionado con la violación del principio de transparencia, en particular el de selección objetiva, la acusación carece de relevancia penal.

La Sala de Casación Penal de la Corte[50] ha puesto énfasis en la necesidad de precisar la naturaleza del contrato cuestionado como requisito elemental para establecer la reglamentación aplicable, lo que a su vez se erige en presupuesto ineludible para constatar la materialización del delito regulado en el artículo 410 del Código Penal:

"[e]ntre menos discrecionalidad tenga el servidor público, mayores serán los mandatos formales establecidos por la ley y, entre otras consecuencias, más altas serán las exigencias regladas de previsión y planeación. Por el contrario, entre más amplio sea el margen de apreciación conferido a la administración, las previsiones normativas que determinan el curso del proceso contractual habrán de ser menos rígidas. Esta lógica subyace a la tipificación legal de las diversas modalidades de selección que, en desarrollo del principio de transparencia, hace el art. 24 de la Ley 80 de 1993".[51]

---

[50] Cf. CSJ. SP7322-2017, rad. 49819 de 24 de mayo de 2017.
[51] *Cf. CSJ SP., rad. 46037 de 23 de noviembre de 2016.*

Síguese de lo anterior que la determinación de la premisa jurídica en las hipótesis delictivas correspondientes al artículo 410 del Código Penal, que es un tipo penal en blanco, suele ser más simple cuando la actividad contractual está más regulada, porque los requisitos supuestamente inobservados por el funcionario pueden identificarse con mayor facilidad.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los principios referidos a lo largo de este proveído son protegidos de formas diversas en el ordenamiento penal, como sucede con la consagración de los delitos de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408), interés indebido en la celebración de contratos (art. 409), etcétera.

Por tanto, cuando la Fiscalía considere que han ocurrido irregularidades que atentan contra la administración pública, debe revisar con cuidado sus hipótesis fácticas y jurídicas, de lo que depende la determinación de la trascendencia penal de los hechos, porque, a manera de ejemplo, es posible que no pueda establecerse la inobservancia de alguno de los requisitos que deben cumplirse en las fases de trámite, celebración o liquidación del contrato, pero se pueda acreditar que el funcionario se interesó indebidamente en este, en los términos del artículo 409. Lo anterior sin perjuicio de que una correcta investigación permita establecer que no se ha trasgredido la ley penal[52].

[52] Cf. CSJ. SP7322-2017, *ibidem*.

En orden a dilucidar tales aspectos, en el caso que se examina, ha de comenzarse por decir que los dos convenios cuestionados tienen asidero legal en el inciso primero del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 que a letra reza:

*"**ARTICULO 95. ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS.** Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro"*

Para la Corte Constitucional[53] esta norma autoriza a las entidades públicas a asociarse entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, y tiene como soporte constitucional el artículo 209, inciso segundo, que impone como deber de la administración el de coordinar sus actuaciones para el cumplimiento de los fines del Estado.

Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es, que las dos partes de la relación jurídica sean entidades de la administración pública[54].

De acuerdo con la certificación expedida en Bogotá el 9 de mayo de 2007 por la Subdirección de Inspección y Vigilancia del Viceministerio de Educación Superior, en cumplimiento de las funciones atribuidas por el Decreto 4675 de 2006, la Universidad de Pamplona (código 1212) es

[53] Sentencia C-671 de 1999.
[54] Cf. Sentencia C-671 de 2015.

una institución de Educación Superior OFICIAL y su carácter académico es el de UNIVERSIDAD creada mediante resolución 1 de 24 de enero de 1961 de la Gobernación de Norte de Santander[55].

El convenio interadministrativo fue consagrado en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 *"por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*, como un acto jurídico bilateral por cuya virtud la administración se vincula con otra entidad pública en el marco de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución, para que mediante herramientas de cooperación se cumpla el interés general.

Estas disposiciones comportan una autorización para que las entidades públicas se asocien entre sí, a través de dos modalidades diversas, a saber: *(i)* la celebración de convenios administrativos de cooperación, y *(ii)* la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

En sentencia C-671 de 1999 la Corte Constitucional se pronunció sobre estas modalidades, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, bajo el entendido de que *"las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género, sin perjuicio de que, en todo caso el*

[55] Cf. DVD marca Huskee. Inspección realizada el 25 de enero de 2018 dentro del proceso radicado 13293 anexado con el Informe de Policía Judicial 10133229. Folio 22. Carpeta "medios magnéticos". Archivo del convenio 0273 de 2007.

ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias."

Para adoptar esta decisión la Corte sostuvo lo siguiente:

"En cuanto el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en su primer inciso, autoriza a las entidades públicas su asociación entre sí con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren a su cargo, encuentra la Corte que la disposición acusada tiene como soporte constitucional el precepto contenido en el artículo 209, inciso segundo de la Carta, que impone como un deber la coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado."

Y en la misma providencia precisó:

"La autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución puedan celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de «lòs cometidos y funciones» que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado. Si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política», lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero «con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo», tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política."

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado[56], los convenios interadministrativos con raigambre en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 se realizan *"cuando dos o más entidades públicas cooperan para gestionar el cumplimiento conjunto de las funciones administrativas, finalidad que acarrea, si aquellas se obligan patrimonialmente, que dichos convenios constituyan contratos en toda la extensión del concepto y con los efectos respectivos"*. A renglón seguido aclaró que dicha cooperación puede ser económica, técnica o administrativa, modalidades que no se contraponen a la finalidad asociativa de las entidades que suscriben dichos convenios para el cumplimiento conjunto de sus funciones.

Para la Sala de Casación Penal de la Corte[57], las funciones del Estado se realizan principalmente a través del acto administrativo, la contratación pública y los convenios interadministrativos. Su factor común es estar al servicio del interés general y desarrollarse con arreglo a los principios de imparcialidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad,[58] pero difieren en la competitividad, rasgo distintivo de la actividad contractual. Por esta razón, una diferencia entre el contrato y el convenio consiste en que: *"en el primero, los intereses y finalidades de las partes pueden verse como opuestos, en tanto que, en el segundo, las necesidades que se pretenden satisfacer por las partes son idénticas y coinciden con el interés general."*[59]

La regla de competitividad y la definición de convenio interadministrativo del artículo 95 de la Ley 489 de 1998,

---

[56] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, rad. 66001-23-33-000-2015-00131-01 (61429) A de 20 de noviembre de 2019.
[57] CSJ. SP20262-2017, rad. 29726 de 30 de noviembre de 2017.
[58] *Cf. Artículo 209 de la Constitución Política.*
[59] *Santos Rodríguez, Jorge Enrique. Consideraciones sobre los convenios y contratos interadministrativos.*

permiten trazar diferencias entre los convenios y los contratos interadministrativos. Las entidades públicas pueden asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de *funciones administrativas* o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de *convenios interadministrativos*, propósito distinto al de los contratos de la administración, que se refieren a modalidades de adquisición de bienes o servicios, que es precisamente el objeto de regulación de la Ley 80 de 1993. Se trata, pues, de una diferencia por la materia.

Esta distinción incide en el procedimiento: el convenio interadministrativo se puede suscribir directamente, pues se trata de transferir o trasladar la *función administrativa* de una institución pública a otra. En cambio, los contratos se deben sujetar al principio de transparencia en la selección y a la economía de la decisión, lo cual implica necesariamente la elaboración de términos de referencia, la publicación de pliegos de condiciones y la invitación a ofertar que concluye con la selección objetiva de la mejor propuesta, incluso tratándose de contrataciones directas (artículo 24 de la ley 80 de 1993 y Decreto 855 de 1994)[60].

En conclusión, desde la perspectiva planteada se tiene que los convenios 026 y 0273 de 2007 son de los interadministrativos denominados de cooperación suscritos entre dos entidades del orden departamental al amparo del inciso primero del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 para el cumplimiento de los fines del artículo 209 constitucional y, aunque ambos involucran un componente económico

[60] CSJ. SP20262-2017, *ibidem.*

consistente en el aporte de sumas de dinero en procura de la financiación de sus objetos no por ello deviene en un *contrato administrativo* como se sugiere en la acusación.

De lo anterior emerge, tal como lo afirma la Procuraduría y la defensa que la selección de la entidad asociada no estaba supeditada a la licitación pública o cualquiera otra modalidad distinta de la elección discrecional a modo de acuerdo del ente público orientado al cumplimiento de los fines de la administración, en este caso del acceso a la educación.

Esta conclusión converge, además, con la opinión al respecto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[61] en cuanto a que la naturaleza interadministrativa de un convenio lo exceptúa del proceso de licitación pública autorizando a la administración a la selección directa de la entidad pública coasociada o cooperante para el cumplimiento de su objeto.

Para la Corte[62], el convenio interadministrativo consiste en un negocio jurídico bilateral, celebrado entre dos entidades públicas que dentro de unas típicas relaciones de colaboración pretenden alcanzar un interés general, a diferencia de lo que ocurre en el contrato interadministrativo donde cada una de las partes tiene diversidad de intereses y el contratista se encuentra en el mercado, de la misma manera que lo hacen los particulares.

"De manera que la característica de interadministrativo de un ***convenio o un contrato****, surge de la calidad de las partes, es decir, ambas deben ser de naturaleza pública, siendo ese el fundamento por el*

[61] Cf. CSJ. SP8786-2015, rad. 38464 de 8 de julio de 2015.
[62] Cf. CSJ. SP8786-2015 *ibidem.*

cual el ordenamiento jurídico colombiano les otorga un tratamiento distintivo que ***excluye*** *frente a las aludidas relaciones jurídico negociales la necesidad de acudir al trámite de la licitación pública, y permite la contratación directa para la materialización de esas especies, tal y como lo consagra el artículo 24, numeral 1°, literal c, de la Ley 80 de 1993*[63].

No obstante, debe tenerse presente que todas las formas de contratación estatal, incluso las regidas por el derecho privado, están sometidas a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y a los que rigen la contratación administrativa, como lo ha señalado de tiempo atrás la Sala de Casación Penal en SP., rad. 25104 de 5 de noviembre de 2008 y SP., rad. 40216 de 22 de marzo de 2017; entre otras[64].

Advertidos el carácter de *convenios interadministrativos* de que gozan los negocios jurídicos aquí cuestionados y su naturaleza jurídica y legal y, en especial, la discrecionalidad que ampara a los entes públicos para escoger a una persona jurídica de su misma naturaleza como cooperante, de conformidad con el precepto del inciso primero del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, no es posible afirmar la vulneración del deber de selección objetiva y por contera del principio de transparencia, pues como viene de verse, para su celebración basta, sin más solemnidades, la voluntad de la administración de asociarse con el fin de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo y cooperar, en general, en el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que la ley no exige para estos efectos una modalidad de contratación específica, distinta del acuerdo de voluntades.

---

[63] Cf. CSJ. *Ibidem.*
[64] Cf. CSJ. SP20262-2017, *ibidem.*

En este caso las dos entidades del orden departamental a instancias del Gobernador del ente territorial acordaron aunar esfuerzos con aporte de capital en proporciones iguales para implementar programas de educación superior a distancia y garantizar el acceso al derecho a la educación, a un número importante de ciudadanos que cumplieran con los requisitos previamente establecidos, y por consecuencia, no se imponía el trámite de la licitación pública como lo pretende la Fiscalía.

Como corolario puede afirmarse sin lugar a equívocos que en este caso la forma de selección de la Universidad de Pamplona como coasociada para la ejecución del objeto de los convenios se ajusta a la naturaleza jurídica y legal de estos, por tanto, no constituye irregularidad que tipifique la conducta del artículo 410 del Código Penal imputada.

6.5.3 Del fraccionamiento de contrato[65]

Un segundo argumento sustento de la acusación[66] lo constituye el haberse fraccionado el convenio para *"obviar no solo una licitación pública sino también toda una etapa precontractual necesaria para viabilizar la negociación posterior (...) en un claro ejercicio de desviación o abuso del poder"*.

La figura del fraccionamiento fue expresamente consagrada en los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, definiéndola como la suscripción de dos o más negocios jurídicos entre las mismas partes, con idéntico objeto y dentro

[65] Cf. CSJ. SP. Rad. 29089 de 16 de marzo de 2009.
[66] Cf. Resolución de acusación de 21 de noviembre de 2019 a folios 1 y ss. del c. 5 Fiscalía.

del mismo término, que la primera normativa estableció en 3 meses y la segunda amplió a 6.

Si bien es cierto esta modalidad no fue reproducida por la Ley 80 de 1993 ni por sus decretos reglamentarios, ello obedece a su estructura y al deseo del legislador de erradicar la exagerada reglamentación y rigorismo, determinando reglas y principios encaminados a cumplir los fines del Estado, de los cuales se deduce la prohibición de la fragmentación de un contrato en dos o más y que, como ya se vio, refleja la interpretación constitucional que debe hacerse de ese cuerpo normativo.

Dicha preceptiva expresa con claridad el querer del legislador de impedir que la administración haga ilusorio el trámite de la licitación pública o el procedimiento de selección objetiva del contratista, y el ánimo de buscar el bien común, que subyace bajo todo negocio jurídico de esta índole para evitar de esta forma que los contratos se acumulen en uno solo o en pocos contratistas en desmedro de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva.

Este fenómeno se presenta, cuando debiéndose celebrar un solo contrato, se fracciona en varios, con la finalidad de eludir el requisito legal de la licitación o concurso públicos con vulneración de los principios de transparencia y de selección objetiva.

En otros términos, el fraccionamiento punible se configura, cuando la administración de manera artificiosa divide la unidad natural del objeto contractual, a fin de

seleccionar directamente al contratista cuando debía convocar un proceso de licitación, o para acomodarlo a un proceso menos estricto y riguroso de contratación en defecto del que se imponía seguir atendidos su objeto y cuantía, práctica que riñe con las normas que rigen la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y de selección objetiva.

La valoración de tal acción en relación con la posible configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, supone realizar un doble ejercicio analítico dirigido a determinar: *(i)* si resulta predicable la unidad de objeto respecto de los contratos cuya legalidad se cuestiona y, en caso afirmativo, *(ii)* cuáles fueron las circunstancias que en concreto llevaron a la administración a realizar varios contratos, pues sólo de allí puede extractarse si la actuación se apoyó en criterios razonables de satisfacción del interés público, o si, en cambio, las motivaciones esgrimidas son sólo artificiosas, dirigidas, por ende, a soslayar las normas y procedimientos de contratación estatal establecidos y satisfacer intereses particulares o mezquinos[67], no obstante, en este caso tal ejercicio resulta inane si se estima que, como se concluyó antes, la específica naturaleza jurídica y legal de los convenios cuestionados autorizaba la posibilidad de que la entidad pública coasociada fuera seleccionada directamente, descartando la finalidad de eludir el proceso licitatorio, circunstancia que desvirtúa la existencia de un fraccionamiento punible.

[67] Cf. CSJ. SP., *ibidem.*

En el radicado 40216 de 22 de marzo de 2017, la Sala de Casación Penal, al referirse a la figura del fraccionamiento contractual como mecanismo encaminado a evadir el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para los contratos estatales, citando la sentencia proferida en el radicado 29285 de 2 de diciembre de 2008, sostuvo:

"(...) se verifica cuando la administración de manera artificiosa deshace la unidad natural del objeto con miras a sustraerse del procedimiento contractual que debía llevar a cabo, adelantando en cambio dos o más contratos a través de trámites menos estrictos, práctica que indudablemente riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva".

Esa misma decisión citando el radicado 26857 de 28 de noviembre de 2007, aseguró que el fraccionamiento se configura cuando:

"la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas".

La sustentación del reproche criminal basada en este caso, en el hecho del fraccionamiento del objeto de los convenios, a juicio de la Sala, se torna deleznable si se considera que la realidad aquí debatida no tiene correspondencia con la definición, los elementos y, particularmente con la finalidad, que estructuran esta figura jurídica como presupuesto del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, entendida, en esencia, como el mecanismo orientado a obviar el cumplimiento del proceso licitatorio, con el fin de favorecer a los contratistas a quienes se adjudica la contratación directamente, con

menoscabo de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, y del bien común, que subyacen bajo todo negocio jurídico estatal.

Acerca del fraccionamiento, como se sabe, la Fiscalía encontró probada su materialidad a partir de la similitud advertida en ambos convenios en cuanto a partes, objetos y el clausulado que los reguló. Según dijo, el objeto contractual fue uno solo y se fraccionó artificiosamente en dos aparentemente distintos. Sin embargo, aclaró que si bien en la "mayoría de los casos" esta figura se implementa mediante la suscripción de dos o más contratos en cuantías que individualmente no superen la exigida para la licitación pública, en otros como el presente, se hace acudiendo a celebración de adicionales contrataciones con idéntico objeto que facilite eludir *"no solo una licitación pública sino también toda una etapa precontractual"*.

Entonces, como viene de verse, si la figura del fraccionamiento punible de contratos se estructura con el propósito de eludir el proceso de selección objetiva previsto, con el ánimo de justificar una contratación directa y beneficiar intereses particulares en detrimento del interés público y de los principios que rigen la contratación oficial, en este caso no es posible afirmar su materialidad, por no cumplirse precisamente la finalidad que lo guía, puesto que la escogencia de la parte asociada en los convenios cuestionados no está supeditada a la tramitación de un proceso licitatorio.

En ese orden, la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es también atípica respecto de este cargo.

6.5.4 Constatación de la concurrencia de los elementos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto del convenio 026 de 2007 en relación con los demás cargos

Descartadas la presencia de irregularidades en relación con la modalidad de selección directa de la Universidad de Pamplona como parte cooperante en los convenios y la ausencia de fraccionamiento de contrato como irregularidades sustanciales, presupuestos de la tipicidad de las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, corresponde ahora a la Sala constatar las demás presuntas irregularidades imputadas en la acusación, que al parecer no verificó el ex-Gobernador al suscribir los convenios, en particular en este acápite el 026, para determinar a partir de allí la materialidad de la conducta endilgada.

En primer lugar, como lo indica el epígrafe, las relacionadas con el convenio 026 de 2007:

En primer término conviene manifestar que no hay duda acerca de la calidad de sujeto activo calificado de WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, acreditada con la constancia expedida el 4 de junio de 2012 por la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Casanare[68], que certificó su desempeño como Gobernador del ente territorial desde el 22 de septiembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007, designado según Decreto 3271 de 22 de septiembre de 2006

[68] *Cf.* Folio 8 c. a. 1 de la Fiscalía.

de la Presidencia de la República[69], lo que quiere decir, que para la fecha de la celebración de los convenios fungió como tal.

Como se indicó, otros cargos consistieron en la presunta vulneración del principio de planeación por: *(i)* inexistencia de estudios previos serios para la escogencia de programas de mayor demanda en el departamento; *(ii)* falta de estudios, diseños y análisis previos; *(iii)* en el convenio 026 la obtención del certificado de disponibilidad presupuestal y su perfeccionamiento y la adición de un otrosí tienen la misma fecha *"lo que evidencia afán de celebrarlo"* y, *(iv)* por haber considerado que se violó el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 por no haberse precisado tipo y objeto del contrato, modalidad de contratación, forma de escogencia, obligaciones, riesgos y costos; *(v)* Los estudios previos son comunes a ambos contratos; *(vi)* en las consideraciones de los convenios se alude a una invitación a la Universidad de Pamplona, que no se hizo; *(vii)* ambos objetos contractuales son similares; y, *(viii)* en ambos estudios previos se estableció la misma cantidad de estudiantes.

Antes de entrar en su análisis, interesa reiterar que la conducta típica del delito en mención, como lo ha apuntado la Corte[70], no recae en cualquier irregularidad en el proceso contractual, sino en aquellas con carácter sustancial relevante. Además, las hipótesis de punibilidad sólo se contraen a la tramitación, celebración y liquidación del contrato, dejando por fuera de reproche penal las acaecidas en la fase de ejecución. Del mismo modo, no todo defecto conduce a realizar la descripción típica, pues la inobservancia

[69] *Cf.* Folio 5 *ibidem.*
[70] CSJ. SP1038-2020, rad. 52768 de 3 de junio de 2020.

de requisitos legales ha de serlo en relación con aquellos que se reputan *esenciales* (CSJ SP513-2018, rad. 50530 y SP17159-2016, rad. 46037). Además, por respeto al principio de legalidad, la atribución de responsabilidad no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de *principios* de la contratación infringidos, sino que, con referencia a éstos, ha de identificarse el concreto precepto normativo y el mandato de conducta quebrantado por el servidor al tramitar, celebrar o liquidar el contrato, sin que sea dable aplicar una ponderación *ex post* y expansiva de tales principios, a fin de crear presupuestos no exigibles al funcionario a la hora de contratar (CSJ., SP3963-2017, rad. 40216).

De otro lado, también por respeto al principio de legalidad y al derecho de defensa, la presentación de los cargos debe hacerse individualmente para cada contrato, o como en este caso, para cada convenio. Sin embargo, hace notar la Sala la dificultad que se presenta para desentrañar los hechos jurídicamente relevantes y su correspondencia con la norma infringida cuando como sucede aquí las presuntas irregularidades imputadas se formulan indiscriminadamente sin particularizarlas en relación con cada convenio específicamente considerado.

Advertido lo anterior ha de decirse que desde la perspectiva de la tipicidad del artículo 410 del Código Penal en conexión con el convenio 026, resultan carentes de relevancia jurídico-penal las referidas imputaciones por no tratarse de defectos, o en el peor de los casos ser insustanciales, o lo que es lo mismo, no tener la necesaria trascendencia frente al tipo penal endilgado.

Por ejemplo, la supuesta falta de los estudios idóneos que hubieran permitido seleccionar los ocho programas académicos de mayor demanda en el mercado laboral del departamento, no puede asumirse como irregularidad y menos sustancial. Se trata de una apreciación subjetiva de la Fiscalía que no consulta los fines de los convenios, pues lo que se pretendió fue garantizar el acceso a la educación superior de adultos trabajadores del departamento de niveles 1, 2 y 3 del sisbén y si bien, a modo de discusión, lo deseable hubiera sido implementar las carreras de mayor demanda en el departamento, el no haberse abordado este aspecto en los estudios previos del convenio 026 no constituye pretermisión esencial de un requisito sustancial, pues lo cierto es que estos contienen los aspectos esenciales básicos esbozados en forma general en el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002 en consonancia con los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en orden a la protección del principio de planeación en correspondencia con el de economía.

La misma consideración debe hacerse sobre las presuntas irregularidades relacionadas con la obtención del certificado de disponibilidad presupuestal y su perfeccionamiento, y la adición de un otrosí que tienen la misma fecha *"lo que evidencia afán de celebrarlo"*, pues son circunstancias que carecen de la connotación penal necesaria, porque, en principio no son tales, y en caso de considerarse así, las mismas no pueden calificarse de *sustanciales* para los efectos del tipo penal del artículo 410, pues como se adveró este solamente se ocupa de anomalías de carácter relevante de cara al cumplimiento de los principios esenciales de la contratación pública. Así, el hecho de que los documentos relacionados tengan fecha del mismo

día nada dice del incumplimiento de los requisitos legales fundamentales en relación con sus principios de la misma naturaleza que son el principal objeto de tutela de la norma.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia SP1038-2020, rad. 52768 de 3 de junio de 2020, señaló: *"Desde esa perspectiva, son absolutamente atípicas, de cara a los ingredientes normativos del art. 410 del C. P., las proposiciones fácticas cifradas en que: i) la factura expedida por la contratista incumple requisitos previstos en normas tributarias; y ii) no se halló la licencia de importación del computador, pues tales aspectos no pertenecen a requisitos de la esencia del contrato estatal concernido"* [71]

Del mismo modo puede pensarse del cargo que dice relación con el hecho de que en un plazo inferior a dos meses celebró un nuevo convenio con un objeto similar al del convenio 026 de 2007; o del que se finca en la inexistencia dentro del proceso de la invitación a la universidad a que se alude en el texto de los convenios. Ninguno de los dos tiene la connotación de afectar el principio de planeación señalado por la Fiscalía. Es más, no tienen la trascendencia que pretende dársele, porque como se dijo, ambos convenios tienen origen en un acuerdo de voluntades entre las partes que los suscriben, que a su vez nace del mandato del primer inciso del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 y, en ese contexto, la legalidad del convenio ni los principios esenciales de la contratación sufrieron quebranto por omisión de la invitación.

---

[71] En ese mismo sentido: CSJ. SP17159-2016, rad. 46037 de 23 de noviembre de 2016: *"En relación con el ingrediente normativo requisitos esenciales, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo objetivo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos sustanciales, cuya desatención comporta la ilicitud del proceso contractual, basada en el quebranto de alguna o varias máximas que deben regir la contratación estatal, en tanto concreción de la función administrativa".*

Al igual, tampoco es reprochable el hecho de que la gobernación no hubiera exigido a la Universidad de Pamplona la constitución de pólizas de garantías, pues tal como lo prevé el inciso cuarto del numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993[72], estas no son obligatorias en los contratos interadministrativos.

Y, finalmente, en cuanto a la ausencia de los informes de interventoría y de las actas de comité interinstitucional de coordinación y evaluación, son hechos que de ser ciertos debieron cumplirse en la etapa de ejecución, que como se sabe está al margen de la prohibición del artículo 410 del Código Penal.

Sin embargo, de los cargos propuestos por vulneración al principio de planeación que pueden conglobarse en uno solo, la Sala recoge como relevante para los fines del pronunciamiento anunciado, el relacionado con el hecho de que los estudios previos presentados son comunes a ambos contratos, lo que significaría que uno de los dos carece de los necesarios estudios que sustenten su implementación, pues si como lo sostiene la defensa ambos tienen distintos objetos, cada uno de ellos debió estar respaldado en sus respectivos estudios que justificaran desde la perspectiva de los principios de planeación, economía y responsabilidad su celebración, por lo que su evidente incumplimiento en este caso permitiría estructurar la tipicidad de al menos un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de los dos imputados, como pasa a explicarse:

---

[72] Cf. Ley 80 de 1993, art. 25 num. 19: *(...) Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros".*

En relación con los estudios previos del convenio 026 de 2007, y cuyas copias obran a folios 194 y siguientes del cuaderno 2 de la Fiscalía, se advierte que el documento fue suscrito por Yader Duarte Tuay, Secretario de Educación y Cultura (e) y Miguel Ángel García, Director Técnico del Banco de Programas y Proyectos, que tiene como fecha de elaboración el 14 de diciembre de 2006 y contempla ítems como la información general; conveniencia y oportunidad; identificación de la necesidad; análisis de conveniencia, definición técnica con la descripción de su objeto, de las actividades a desarrollar; actividades de la entidad cofinanciadora; soporte técnico y financiero donde se hacen las especificaciones técnicas del producto a contratar (ocho programas de pregrado a distancia); soportes técnicos, legales y ambientales; soporte económico; riesgos de la contratación con su descripción, la exigencia de pólizas de cumplimiento; condiciones del objeto contractual con la descripción del tipo de contratación: "convenio de cooperación", el objeto a contratar; el plazo y lugar de ejecución, el presupuesto oficial y la forma de pago.

Sin entrar en juicios de valor sobre su "idoneidad y seriedad", la descripción de su contenido no da pie para la duda en cuanto a la satisfacción de este requisito, pues se antoja adecuado y conforme con la normatividad que los define[73], por lo que no es posible atender el juicio de reproche propuesto por la Fiscalía sobre este tema respecto del convenio bajo examen, pues lo cierto es que, atendida la

[73] Cf. Procuraduría General de la Nación, Cartilla de estudios previos, Bogotá, abril de 2010: El concepto de estudios previos fue esbozado de forma general en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, haciendo referencia a ellos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin. En este mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, radicación R-7664.

naturaleza de su objeto, se analizaron los aspectos suficientes como para asumir que formalmente satisface los requisitos legales necesarios, de tal modo que exigir "estudios de mercado laboral en el departamento de programas con mayor demanda" desborda la razonabilidad y por tanto la legalidad del cargo de cara al tipo penal imputado.

Se absolverá, en consecuencia, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto del convenio 026 de 2007 por las presuntas irregularidades señaladas, por atipicidad de la conducta de acuerdo con lo expuesto.

6.5.5 Constatación de la concurrencia de los elementos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto del convenio 0273 de 2007

Como casi la totalidad de los reproches formulados por la Fiscalía se plantearon indistintamente tanto para el convenio 026 como para el 0273, queda a la Sala por señalar que, a excepción de lo relacionado con los estudios previos, lo concluido respecto del anterior convenio resulta aplicable al segundo en el que las presuntas irregularidades advertidas por la Fiscalía no permiten estructurar la conducta endilgada por falta de relevancia penal.

Cosa distinta sucede con los estudios previos que precedieron a la celebración del convenio 0273 de 2007[74], cuya revisión permite advertir que se trata de una fiel copia calcada de los preparados para el 026, en cuanto, por ejemplo, la cantidad de beneficiarios: en ambos corresponde a 10.352 personas; como productos del objeto a contratar en

[74] Cf. C. Fiscalía 3 a partir del folio 53 en adelante.

los dos se hizo consistir en la aplicación de los mismos ocho programas académicos de pregrado en la modalidad a distancia para adultos trabajadores; respecto de la población beneficiada con el objeto o producto a contratar se determinan 13.290 estudiantes, es decir, el mismo número del primer convenio, incluso, inexplicablemente ambos tienen la misma fecha de preparación, 14 de diciembre de 2006, para solo señalar las similitudes en los aspectos más relevantes porque en lo demás son prácticamente iguales, salvo su valor y el aporte económico correspondiente a las partes.

Lo anterior para destacar que, si los estudios previos presentados para el convenio 0273 de 2007, son copia fiel de los elaborados para el 026, emerge irrefutable que el primero en realidad careció de sus respectivos estudios previos como presupuesto legal esencial de su trámite. Ocurrió entonces que para justificar en apariencia el cumplimiento de este requisito se adjuntaron los mismos del convenio 026 con algunas sutiles modificaciones, lo que se traduce en una verdadera ausencia de estudios previos, porque si como lo manifiesta la bancada de la defensa eran convenios con objetos claramente distintos, cada uno debió estar precedido de sus pertinentes estudios previos que justificaran su necesidad, cosa que, como se acaba de advertir, no ocurrió en el caso del convenio 0273.

Esta circunstancia fue materia de reproche por parte de la Fiscalía en la acusación al afirmar que el hecho de que los estudios previos fueran "comunes" a ambos convenios "pone de relieve las deficiencias en su planeación"[75]. Y, para la Sala dicho reproche no solo denota una deficiencia en la

[75] Cf. Folio 71 de la resolución de acusación.

planeación del convenio 0273 sino la absoluta carencia de estudios previos, pues los presentados para este son copia fiel de los elaborados para el número 026, lo que significa, se insiste, que el segundo no contó con los estudios requeridos para su legalidad y validez, conforme con su particular objeto, este es el "acceso" a uno de los ocho programas académicos de pregrado en la modalidad a distancia de 1.200 adultos trabajadores del departamento. Mientras el 026 financiaba el "acceso y la permanencia" de las personas a los ocho programas de pregrado, el 0273 solo financiaba el "acceso" al primer semestre, dejando la obligación de permanencia en manos de la Universidad de Pamplona[76].

La diversidad de objetos en ambos convenios se ve también reflejada en la cláusula primera del otrosí número 01 modificatorio del convenio 0273, sin fecha, suscrito por la Gobernación y la Universidad de Pamplona al señalar: *"en cuanto que con el aporte de la Gobernación de Casanare por la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS M.CTE ($500.000.000) se cubrirán los costos de matrícula del primer semestre de UN MIL DOSCIENTOS estudiantes en los programas de la modalidad a distancia establecidos en el literal g) del convenio principal"*[77].

En relación con los estudios previos la Corte[78] ha dicho que el *principio de planeación* está previsto como parte integral de los principios de economía y responsabilidad, al tenor de lo dispuesto en los artículos 25, numerales 7 y 12, y 26 numeral 2, de la Ley 80 de 1993, según los cuales, es una obligación analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, así como la de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, pliegos de condiciones o términos de

[76] Cf. Indagatoria a folio 161 c. 3 Fiscalía.
[77] Cf. a folio 55 c. anexo 2 Fiscalía.
[78] Cf. CSJ. SP2160-2018, rad. 45228 de 13 de junio de 2018.

referencia. Además, sobre estos últimos el numeral 5 del artículo 24 de la citada normatividad indica cuál debe ser su contenido, dentro de cuyo marco se han de establecer las reglas de adjudicación de los contratos, según el numeral 6 *ibidem*.

La planeación está dirigida a que la actividad contractual no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera proyección para satisfacer las necesidades de la comunidad. Este principio exige al servidor público el cumplimiento de procedimientos y etapas previas estrictamente necesarios para asegurar de la manera más conveniente el cumplimiento de los fines de la administración pública.

Se concluye, entonces que, si el principio reseñado y los demás principios provienen de la Constitución, y la Ley 80 de 1993 los reitera e introduce en todo el proceso de contratación, éstos se hallan materialmente incorporados en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal, en este caso, con el artículo 410 del Código Penal, en el entendido de 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.

En ese orden de ideas queda claro que en lo que atañe al convenio 0273 se materializó la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por vulnerar los principios de planeación, economía y responsabilidad derivada de la

omisión de elaborar los estudios previos que desde el punto de vista de dichos principios constituyen requisito esencial de la contratación pública en los términos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que en aras del principio de economía exige que *"con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia"*, mandato que no se cumplió, vulnerando de esta forma los citados principios contractuales.

En conclusión, el único cargo probado en esta fase del proceso en grado de certeza es la carencia de estudios previos del convenio 0273 de 2007.

Ahora, se ha alegado por la defensa que la etapa precontractual estaba delegada en los secretarios de despacho y en las oficinas de dirección donde se tramitó la fase previa del convenio por lo que las irregularidades acaecidas en esa fase no pueden serle atribuibles jurídicamente al Gobernador, quien, confió en que el proceso previo adelantado por sus subalternos estaba conforme a la legalidad.

Para dar respuesta al argumento defensivo se hace imperativo determinar si PORRAS PÉREZ incumplió o no el deber de dirección, control y vigilancia para que el trámite contractual se ajustara a la ley por los funcionarios de la gobernación en quienes estaba delegado. Obligación derivada no solo de las atribuciones que ostentaba como gobernador, sino en particular, de la delegación entregada.

En relación con el tema de la delegación, su definición y alcance y el reconocimiento del principio de confianza, la Sala[79] tiene por sentado lo siguiente:

6.5.5.1 Delegación y desconcentración en materia contractual

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley autoriza la posibilidad de adelantarlo en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites a través de las figuras de delegación y desconcentración, regladas en la Ley 489 de 1998.

La delegación es la posibilidad de transferir competencia, no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario.

Existe un vínculo funcional especial y permanente entre el delegante y el delegatario para el ejercicio de las atribuciones encargadas. Especial en cuanto surge a partir

[79] Cf. CSJ. SEP00115-2021, rad. 00021 de 28 de septiembre de 2021.

del acto de delegación de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos, y permanente mientras esté activo el acto de delegación.

En virtud de esa relación, el delegante conserva y ejerce la facultad de reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, e incluso la delegación misma, atribuciones que se desprenden del principio de unidad de acción administrativa y de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad estatal.

Debe constar por escrito y a la autoridad delegante le asiste la obligación de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las funciones otorgadas e impartir orientaciones generales sobre su ejercicio, tal como lo dispone el canon 10 de la Ley 489 de 1998.

Además, en principio exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Carta Política, el delegante pueda en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario con sujeción a las disposiciones del código contencioso administrativo (artículo 11 *ibidem*).

Es decir, existe un poder de instrucción y dirección que debe ser ejercido por el delegante a través del mismo acto administrativo mediante el cual efectúa la delegación, valiéndose de mecanismos o de decisiones posteriores, las

cuales pueden tener clara incidencia en la forma en que el delegatario practica las competencias transferidas.

Si bien el artículo 211 superior establece que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, ello no significa que no lo haga por sus propias acciones u omisiones respecto a los deberes de dirección, orientación, instrucción, seguimiento y control, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución o a la ley, por medio de la pretermisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa.

Por esas razones en materia contractual el acto de la firma expresamente delegada no exonera de la responsabilidad civil y penal al agente principal, puesto que no envuelve la transferencia o el traspaso de la competencia.

En lo que tiene que ver con la desconcentración, la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser realizada por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

En materia de responsabilidad existen diferencias. Es fundamental la demostración del aspecto subjetivo.

Como viene de verse, para determinar la responsabilidad por las actuaciones del delegante y del delegatario es insuficiente la comprensión literal del artículo 211 de la Constitución Política, según el cual la delegación exime de responsabilidad al delegante siendo del resorte exclusivo del delegatario, por cuanto una interpretación de esta índole soslaya los principios de unidad administrativa (moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad C.P., art. 209 y CC C-372/02). Tampoco es admisible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario, por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, ya que no se puede responder por las decisiones o actuaciones de otro.

Para determinar su verdadero alcance es menester considerar otros principios constitucionales, en ese orden, la responsabilidad que deriva de la Carta Política es la del ejercicio del cargo sea por omisión o extralimitación de sus funciones, por consiguiente, cada uno responderá por sus decisiones y no por los actos de los demás. La delegación no constituye el medio a través del cual el titular de la atribución se desprende por completo de la materia delegada.

Atenta, entonces, contra el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, el análisis aislado del contexto sin una interpretación sistemática de cara a otros principios y normas constitucionales, cobrando importancia la demostración del grado de participación dolosa en la irregularidad, bien sea por omisión o extralimitación de sus funciones.

Respecto a la desconcentración, el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica, criterio que ha sido reiterado en las sentencias C-561-99 y C-727-00 sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, la delegación y la desconcentración de funciones no se excluyen, porque ambas figuras tienen como propósito descongestionar los órganos superiores de la administración para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos.

En relación con la contratación pública, estas figuras están recogidas por los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993. El primero, prescribe que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos; y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

El Decreto 679 de 1994, reglamentó dichos institutos, así:

«Artículo 7°. De la desconcentración de los actos y trámites contractuales. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán desconcentrar la realización de todos los actos y trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los funcionarios de los niveles directivo, ejecutivo o sus equivalentes,

teniendo en cuenta para el efecto las normas que rigen la distribución de funciones en sus respectivos organismos.

Para los efectos aquí expresados la desconcentración implica la atribución de competencia para efectos de la expedición de los distintos actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso por parte de los funcionarios antes enunciados, y no incluye la adjudicación o la celebración del contrato.

Parágrafo. Para efectos de determinar los funcionarios que corresponden a los niveles directivo, ejecutivo, asesor o sus equivalentes se tendrán en cuenta los criterios que establecen los artículos 4 y siguientes al Decreto-ley 1042 de 1978 y las disposiciones que lo desarrollan.

Artículo 14. DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE CELEBRAR CONTRATOS. En virtud de lo previsto en el artículo 25, numeral 10, de la Ley 80 de 1993, los jefes o representantes legales de las entidades estatales podrán delegar en los funcionarios que desempeñen cargos en los niveles directivo, ejecutivo o equivalentes, la adjudicación, celebración, liquidación, terminación, modificación, adición y prórroga de contratos y los demás actos inherentes a la actividad contractual en las cuantías que señalen las juntas o consejos directivos de las entidades. Cuando se trate de entidades que no tengan dichos órganos directivos, la delegación podrá realizarse respecto de contratos cuya cuantía corresponda a cualquiera de los siguientes montos: (...).»

Los artículos 12 y 14 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 679 de 1994, fueron subrogados por el Decreto-Ley 2150 de 1995:

«ARTÍCULO 37º.- De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes».

Por su parte, la Ley 1107 de 2007 adicionó el artículo 12 citado:

«En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus

deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

PARÁGRAFO. *Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso».*

La preceptiva involucra un deber de tutela y consagra una modalidad de desconcentración de actividades en materia contractual. En otras palabras, permite la distribución racional del trabajo propio de los procedimientos de contratación administrativa en las entidades estatales, lo cual no significa una delegación y, por lo tanto, la exención de la responsabilidad administrativa del jefe o representante legal de la entidad de que se trate[80].

En resumen, la Ley 80 de 1993 en sus artículos 12 y 14, autoriza a los jefes y representantes legales de las entidades estatales delegar total o parcialmente la competencia para la realización de las licitaciones públicas o concursos, y celebrar contratos; y desconcentrar la realización de actos precontractuales como las licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo, ejecutivo o equivalentes, normas reglamentadas por el Decreto 679 de 1994 (cánones 7 y 14), mediante el cual se permite la desconcentración de funciones prevista en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, específicamente a través de su distribución en el respectivo organismo.

[80] Corte Constitucional sentencia C-259-2008.

La delegación y la desconcentración en materia de contratación estatal han sido herramientas útiles para el cumplimiento de la función pública, razón por la cual la reglamentación prevé razonadamente la participación de diversos servidores públicos, a quienes se les atribuye competencia para actuar en los procedimientos precontractuales de licitación, adjudicación, o incluso con la finalidad de celebrar contratos, es decir, para dar impulso a las distintas etapas de la contratación[81].

En total armonía, el Código Penal en el delito en estudio distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados de tramitar un contrato, de la realizada por el representante de una entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación[82], al prever como hipótesis delictivas tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales y celebrarlo sin verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales[83].

6.5.5.2 Principio de confianza

Como la contratación estatal demanda del ordenador del gasto y representante legal de la entidad oficial control en todas las fases de la contratación, trámite, celebración y liquidación, ello implica la verificación del cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de estas etapas,

[81] Cf. CSJ AP5404-2016, rad. 44655.
[82] Cf. CSJ SP 26, marzo 2009, rad. 29089.
[83] *Ibidem.*

razón por la cual el Código Penal le exige el deber de examinar cuidadosamente lo tramitado por las otras dependencias antes de firmar.

El principio de confianza es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, y para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de instruir, vigilar y controlar el proceder de los funcionarios en quienes se delegó la función de gestionar la fase precontractual.

Su alcance y contenido han sido fijados por esta Corporación, así:

«Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división de trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de su vigilancia debida.

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone- una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a

los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error[84]».

Este principio comporta una carga para quien pretende acogerse a él, consistente en el deber de dirección, orientación, vigilancia y control, como lo tiene establecido esta Corporación:

(...) tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados, por corresponderle a este la indelegable función de la celebración o formalización del contrato, previa la verificación de requisitos legales[85].

(...) se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre la administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia[86].

Debe insistirse en que la delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, solamente en ciertos casos, en virtud de la activación plena del principio de confianza, se lo exime por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por sus delegatarios, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir su responsabilidad, y que no haya realizado las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con este propósito.

---

[84] Cf. CSJ SP, 21 de marzo de 2002, rad. 14124, reiterada en CSJ SP, 26 junio de 2008, rad. 26061.
[85] Cf. SJ SP, 21 junio 2010, rad. 30677.
[86] Cf. CSJ AP, 28 agosto de 2002, citada en CSJ SP2146-2016, rad. 40627.

Tratándose de la desconcentración de tareas contractuales (no de la desconcentración en general de la Ley 489 de 1998), no procede regularmente ya que supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto, conservando la dirección de esa fase, máxime que no hay acto administrativo transfiriendo la función.

En uno u otro caso, ha de observarse que en materia penal la responsabilidad es individual y la persona responde por lo que hizo u omitió.

De otro lado, interesa precisar que en este caso estamos frente a un delito de acción, y no de comisión por omisión que se configura cuando el agente teniendo la posición de garante omite realizar el comportamiento mandado por el ordenamiento jurídico, pretermisión que produce el resultado típico, razón por la cual le es atribuible ya que habiendo tenido la posibilidad de evitar el resultado no lo hizo. Y el hacer lo prohibido por el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en su modalidad de celebrar sin verificar el cumplimiento de requisitos legales se ejecuta a través de un actuar positivo, mediante una conducta que trasciende al mundo de los fenómenos y no por medio de una omisión, un no actuar, que caracteriza los punibles de omisión[87], tal como esta Sala lo tiene decantado en CSJ SPE00017-2020, rad. 49599[88].

[87] *Cfr.* CSJ AP232-2017, rad. 35036; y, SP9225-2014, rad. 37462, entre otras.
[88] Línea jurisprudencial seguida en CSJ SP0057-2021, rad. 0026, entre otras.

En este caso como se aduce la posible presencia del principio de confianza es necesario que la Sala entre a examinar si el acusado creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico tutelado, y si a través suyo se materializó en el resultado típico, esto es, la celebración del contrato sin cumplimento de los requisitos legales por no verificar su observancia previamente.

La Sala estima que en este caso existen serias dudas probatorias que impiden saber con certidumbre si el procesado incumplió o no el deber de dirección y vigilancia para que el trámite contractual se adelantara por sus delegatarios conforme con la ley. Deber derivado no solo de las atribuciones que ostentaba como gobernador y ordenador del gasto sino en particular, de la delegación que imperaba.

Pues bien, por los vacíos investigativos generados especialmente en la instrucción es imposible saber en grado de certeza si el procesado cumplió con dicho deber, o por el contrario lo soslayó, para asegurar sin vacilación que su conducta generó un riesgo jurídicamente desaprobado a la administración pública y, que este se materializó con la celebración del convenio ilegal por no verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales, lo que posibilitaría la imputación jurídica del resultado típico.

La instrucción no demostró, ni siquiera se orientó a averiguar que el acusado hubiera cumplido con sus deberes de dirección, vigilancia y control, propios de la delegación. Tampoco que hubiese suscrito los contratos confiando en el adelantamiento del trámite con apego a los principios de la

contratación pública por sus delegatarios, es decir, amparado en el principio de confianza. Ello no significa que el delito no se cometiera, sino que no se demostró que le sea atribuible al acusado. Veamos:

Para comenzar, se tiene por demostrado que PORRAS PÉREZ para la época de los hechos fungió como Gobernador de Casanare y en tal condición suscribió el convenio 0273 de 2007 y, que por su materia la fase previa de la contratación estaba delegada en el secretario de educación y el director de la división pedagógica, por lo tanto, le correspondía, antes de formalizarlo, verificar que al tramitarlo se hubiesen cumplido con los requisitos legales esenciales atendida su naturaleza jurídica y legal.

Si bien se acreditó la concurrencia de una irregularidad esencial en la fase precontractual, de la realidad probatoria no es posible colegir que el acusado al suscribir el convenio 0273, amparado en el principio de confianza, omitiera confirmar el cumplimiento de los requisitos legales en la fase previa, pero tampoco es posible determinar con certeza que no lo hubiera hecho.

Como se señaló, la prueba documental permitió probar que en el trámite del convenio 0273 de 2007, no se realizaron los estudios previos indispensables para su celebración. Su revisión[89], hizo posible determinar que los existentes corresponden a una copia de los elaborados para el convenio 026 del mismo año, incluso son de la misma fecha de

[89] Cf. C. Fiscalía 3 a partir del folio 53 en adelante. La revisión de los estudios previos que precedieron a la celebración del convenio 0273 de 2007. Igualmente, folio 71 de la resolución de acusación.

preparación, 14 de diciembre de 2006, que los hace prácticamente iguales, salvo por su valor y por el aporte económico correspondiente a las partes.

Los documentos dejaron sin esclarecer si el vínculo generado por el acto de la delegación entre el procesado y los delegatarios fue acatado o no por el acusado, es decir, si cumplió realmente con el deber de dirección y control, informándose permanentemente del desarrollo de las facultades delegadas, y si vigiló el cumplimiento de estas.

Tampoco los testimonios. Se desconoce si el procesado impartió instrucciones para que el trámite se adelantara con apego a los principios de la contratación oficial. No es posible inferir del acervo probatorio si ejerció el control, y de haberlo ejercido se ignora qué tipo de revisión, inspección, exámenes, y exploraciones ejecutó en cuanto a las decisiones y trámites impulsados por los delegatarios, para comprobar si venían cumpliendo con la tramitación de manera legal para, en caso de que no fuera así, disponer la revocatoria de la delegación.

Desde esa perspectiva, no se dilucidó, y la prueba tampoco permite hacerlo, si es cierto como incriminado lo manifestó en su indagatoria, que el principio de confianza lo condujo a no verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales por los delegatarios al momento de signar el convenio, convencido de que venían realizando las atribuciones adecuadamente, según los controles por él ejercidos. En efecto:

El testigo Miguel Ángel García Guevara[90], Director Técnico de Programas y Proyectos del Departamento a partir del mes de abril de 2007, en cuanto al proceso de selección de la universidad manifestó no haber intervenido en este, y sobre quién verificó el cumplimiento de los requisitos del convenio respondió: *"No sé de ningún funcionario específico, no era de conocimiento del banco de proyectos la selección contractual"*. En general sobre el convenio 0273, dijo no recordar nada, solamente que por la fecha "debió" tramitarse en la época en que estuvo a cargo del banco de proyectos.

Nelson Eduardo Morales Caballero, adscrito a la Secretaría de Educación por orden de prestación de servicios y designado interventor para el convenio 0273, al ser interrogado sobre el particular solamente recuerda que *"era el fortalecimiento y apoyo a estudiantes del departamento de Casanare que se beneficiaban directamente de la universidad estudiando diferentes carreras"*. Y, en cuanto a las labores de interventoría, dijo no haber adelantado ninguna por falta de colaboración por parte de la universidad por lo que el 31 de octubre de 2007 renunció a la designación de interventor. Nada dijo sobre la participación del Gobernador en el proceso precontractual.

Tampoco dilucida las dudas planteadas el testimonio de Moisés Robles[91], a la sazón Secretario de Educación del departamento, delegado por razón de la materia para adelantar la etapa precontractual del convenio 0273, quien dijo no saber si el Gobernador ejerció algún tipo de seguimiento. Ratificó que los estudios previos del convenio fueron elaborados por la División

[90] A folio 78 c. 2 Fiscalía. Suscribió los estudios previos del convenio 0273 en calidad de Director Técnico del Banco de Programas y Proyectos.
[91] A folio 272 c. 3 Fiscalía.

Pedagógica a cargo de Yader Duarte[92] e insistió en que la parte legal estuvo a cargo de la oficina jurídica, perviviendo la incertidumbre de si el acusado cumplió con los deberes.

De la misma manera, el testimonio de Yader Duarte Tuay[93], director pedagógico de la Gobernación quien intervino en los estudios previos del convenio 0273, tampoco aclara dichas inquietudes. En términos generales adujo no recordar asuntos específicos debido a que al momento de su declaración ya habían transcurrido más de diez años desde la fecha de los hechos. A pesar de haber suscrito los estudios previos, negó haber realizado gestión alguna en su trámite, pues por cada proyecto 'había un grupo de profesionales que se encargaba de su formulación. Para el caso del convenio 0273 no recuerda quiénes se encargaron de los estudios previos. En cuanto a la pregunta sobre si el acusado ejerció algún tipo de seguimiento, al igual que el testigo anterior, aseguró: *"no señor, no sé"*.

La testigo María del Pilar Bolaños Marín[94], funcionaria de la Secretaría de Educación Departamental y Coordinadora del Proyecto Asistencia y Fomento a la Educación Superior para la época de los hechos, al ser interrogada en la audiencia de juicio sobre si el procesado tuvo control directo de las diferentes etapas de la contratación y de qué forma lo ejerció, señaló: *"No, ese ya era su cargo específico como Gobernador, y me imagino que él tendría su control allá. No puedo decir porque yo solamente me limitaba a cumplir con mis actividades para las que fui contratada"*, por lo que podría pensarse que pudo haber ejercido alguna vigilancia o dirección del proceso contractual, sin embargo, como puede advertirse su respuesta

[92] Cf. Testimonio de Moisés Robles a folio 274 c. 3 Fiscalía.
[93] Cf. A folio 281 c. 3 de la Fiscalía.
[94] Cf. A folio 267 y ss c. 2 de la Sala. CD a folio 279.

no es contundente, se desconoce el alcance del "control" que la testigo "se imagina" tendría el Gobernador, en general porque, además, no intervino ni conoció el proceso contractual.

A pesar de ser interrogada puntualmente, no precisó la testigo si se ejercían o no controles en la contratación por parte del Gobernador para el cumplimiento de la Ley 80 de 1993, o si en los consejos de gobierno o comités de contratación le rendían informes sobre las incidencias de los procesos de contratación en curso, y en particular respecto del aquí cuestionado.

A la pregunta sobre qué controles tenía el Gobernador para el cumplimiento de la Ley 80 de 1993, respondió: *"Yo no le sé decir. Tenía la legislación y me imagino que cumplían con sus normas, pero no sé qué tendrán en el despacho, porque yo no tenía nada qué ver con el despacho".*

En relación con los consejos de gobierno y comités de contratación y evaluación y si en ellos se le informaba al acusado de los procesos contractuales, se limitó a manifestar: *"Sé que se hacían por conocimiento., pero no sé con qué periodicidad".* Y sobre si se informaba al Gobernador, dijo: *"Yo no sé porque yo no tenía incidencia ni en contratación, ni en jurídica, ni en banco de proyectos. Yo no hacía parte de nada de contratación".*

Sobre si el Gobernador incidió, ordenó, obligó o acordó seleccionar a la Universidad de Pamplona respondió que no creía que eso hubiera sucedido, y tampoco supo que hubiera obligado o presionado a alguien con ese propósito.

En síntesis, los testigos citados, que de alguna manera

intervinieron en el proceso precontractual, no apuntan a demostrar que el ex-Gobernador hubiese incumplido con el deber de vigilancia y control, o, por el contrario, que lo hubiese adelantado.

Tampoco dieron cuenta de su asistencia a consejos de gobierno, o si el procesado intervino. Menos, hicieron mención a que hubiese fijado pautas a observar en el trámite, ni dieron fe de haberse reunido con él para tratar esos tópicos. Simplemente se limitaron a describir someramente la forma en que intervinieron o conocieron del proceso precontractual.

No mencionaron alguna reunión en la cual hubiera intervenido para informarse del trámite o en la que se le hubiese transmitido alguna irregularidad o informe previo a la firma de los contratos, aspectos sobre los cuales no se ahondó en la investigación, desconociéndose si lo hizo, y si de alguna la forma revisó lo actuado, pues, como se advierte, ninguno de los testimonios declaró sobre estos aspectos.

Pero es que la investigación tampoco se ocupó de averiguar si el acusado injirió en la contratación, pese a ser relevante para acreditar el vínculo permanente y activo entre el ordenador del gasto y los funcionarios delegatarios, es decir, si a estos le fueron comunicadas políticas, planes o metas institucionales sobre la implementación de los programas académicos ofrecidos por la Universidad de Pamplona.

Por si lo anterior fuera poco, la actuación carece de documentos y especialmente de actas de los consejos de gobierno que permitan establecer o desvirtuar que el acusado

impartió orientaciones o directrices para el desarrollo de la etapa precontractual de convenio, pese a que, como suele suceder en las administraciones, ese es el escenario en donde normalmente se debaten esos aspectos.

Vacíos que persisten tras apreciar testimonios como el de la señora Nayibe Castellanos Duarte[95], particular beneficiaria del convenio, pero quien nada podía decir sobre su trámite, y como era de esperarse se limitó a referir *grosso modo* aspectos relacionados con la implementación de los programas académicos y la forma cómo ingresó a uno de estos.

El testimonio de Luis Alirio Vargas Rojas[96], también particular ajeno a la administración, beneficiario de uno de los programas, refirió solamente aspectos generales sin aportar información sobre el trámite del convenio que es la materia que interesa a los fines del proceso.

En suma, no se probó, ni se degradó, que la confianza generada, erradamente, en el supuesto cumplimiento de sus funciones fue la que lo condujo a no verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales de los servidores de la Secretaría de Educación.

En cuanto a los estudios previos, en particular, mientras Moisés Robles, Secretario de Educación, sostuvo que fueron elaborados por la División Pedagógica a cargo de Yader Duarte, este afirmó que no intervino en ninguno de los dos convenios y que en su dependencia existía un grupo de

[95] Cf. A partir del folio 75 c. 2 de la Sala.
[96] Cf. A partir del folio 287 c. 2 de la Sala

profesionales para cada proyecto que se encargaban de su formulación, ajustes y ejecución quienes a su vez elaboraban los estudios previos, desconociéndose finalmente quién hizo el control legal del trámite.

En tales condiciones, es imposible dar por demostrado que el resultado típico se le pueda atribuir jurídicamente al procesado, por evidenciarse en grado de certeza que hubiese creado un riesgo desaprobado al bien jurídico tutelado.

Como si lo anterior no fuera suficiente, la investigación tampoco aclaró y mucho menos demostró que el acriminado firmó el convenio, consciente de qùe los requisitos legales esenciales habían sido inobservados por los delegatarios, es decir, que hubiera actuado intencionalmente, controlando el trámite para favorecer de algún modo a la universidad.

Ciertamente no obra prueba irrefutable, como lo ha venido sosteniendo la Fiscalía, de que el enjuiciado conocía de las irregularidades por haber controlado el trámite contractual, ni que hubiese llegado a un acuerdo con los servidores públicos partícipes en la etapa precontractual o con el representante legal de la universidad para eludir las normas de la contratación pública.

Se ignora si el procesado tuvo injerencia en la etapa precontractual para lograr la manipulación de los estudios previos. Tampoco hay elementos que transmitan convencimiento de que dolosamente intervino en la elaboración irregular de los estudios previos o dio órdenes para que se presentaran del modo en que se hizo, lo cual

implicaba el incumplimiento de los principios de la contratación pública. Menos, que haya propiciado las anomalías por carencia o deficiencias en la vigilancia que le correspondía ejercer.

Incluso, como lo menciona Yader Duarte[97], no se hicieron por su parte, ni del equipo de profesionales que elaboraron los estudios previos observaciones u objeciones a estos qué hubieran alertado al Gobernador sobre alguna irregularidad en el proceso de contratación.

En la documentación no se halló evidencia que haga presumir que el acusado intervino de alguna manera en esa etapa, a fin de manipular y orientar la irregularidad advertida en los estudios previos. Por el contrario, de testimonios como los de Moisés Robles y Yader Duarte, aunque no fueron interrogados directamente sobre el particular, puede inferirse, pues no hay evidencia de lo contrario, que el Gobernador no ejerció ningún tipo de presión sobre ellos en referencia al proceso contractual.

Se insiste, no obra prueba que permita colegir que el incriminado era conocedor de que no se elaboraron debidamente los estudios previos correspondientes y que con ello vulneraba los principios de la contratación, con miras a sacar a toda costa la implementación del convenio. Los testimonios acabados de citar, no lo vinculan con los hechos irregulares.

Conviene precisar que la instrucción no se orientó a acreditar estos aspectos que resultan relevantes para delimitar con certeza el alcance de la intervención y conocimiento del ex-

[97] Cf. Testimonio a folio 285 c. 3 Fiscalía.

Gobernador en relación con todo el proceso de contratación, lagunas que no pueden colmarse con conjeturas o suposiciones.

No se acreditó, se reitera, que el acusado haya manipulado el trámite contractual o que hubiese hecho distribución de funciones y realizado aporte objetivo trascendente a la conducta sin el cual no se hubiese producido el resultado delictivo.

Ninguna prueba señala la connivencia del acusado con los funcionarios subalternos en quienes estuvo delegada la elaboración de los estudios previos, Moisés Robles y Yader Duarte Tuay. En ningún momento estos testigos dieron cuenta de su presencia en esa fase o mencionaron consejos de gobierno en los que hubieran recibido órdenes del Gobernador para direccionar la contratación, o de acuerdos entre éste y el representante legal de la universidad para vulnerar la ley de los que habla la Fiscalía pero que en realidad carecen de respaldo probatorio.

En referencia a las circunstancias de cómo fue seleccionada la entidad pública universitaria, el Secretario de Educación, Moisés Robles explicó que dentro de las universidades que operaban en el departamento la única que hizo una oferta de cooperación fue la Universidad de Pamplona, que garantizó la culminación de los estudios y ofrecía más carreras afines a las necesidades de educación del departamento.

De este modo, de la sola existencia de la irregularidad en los estudios previos no se puede derivar de por sí responsabilidad al acusado. A pesar de sus afirmaciones la

Fiscalía no probó algún vínculo de interés indebido entre PORRAS PÉREZ y González Joves, o con los servidores públicos encargados de la etapa precontractual para vulnerar la ley.

Así pues, el argumento defensivo sobre la concurrencia del principio de confianza, se reitera, no está probado, pues no se demostró que hubiese cumplido con las facultades legales de control, orientación o dirección que la delegación exige al superior que tiene la facultad de hacerlo; pero tampoco que el procesado haya manipulado el proceso contractual y firmado el convenio a sabiendas de sus irregularidades.

Como subsisten dudas insalvables no se le puede atribuir responsabilidad penal al acusado WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, en consecuencia, la Sala proferirá sentencia absolutoria en su favor, de conformidad con lo estipulado por el inciso segundo del artículo 7 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Por razón de lo expuesto, la SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. ABSOLVER a WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ, de anotaciones civiles y personales conocidas en el proceso por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO. ARCHIVAR definitivamente el expediente, una vez ejecutoriada esta decisión.

TERCERO. Contra esta sentencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada
Aclaración de voto

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

ACLARACIÓN DE VOTO

Procedo a consignar los motivos que me llevaron a aclarar el voto en relación con la decisión adoptada en el presente asunto, por cuyo medio se absolvió a WHITMAN HERNEY PORRAS PÉREZ del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* en concurso homogéneo que le fue formulado.

Como he puesto de presente en anterior oportunidad, si bien coincido con la decisión de absolver al procesado por haberse configurado una duda insalvable en relación con el convenio No 0273 de 26 de junio de 2007, mi aclaración parte de que, en vez de clasificarse el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* como de resultado, estimo que su ubicación corresponde a uno de mera actividad, esa categorización influye al momento analizar el criterio normativo de la imputación objetiva.

Según lo dispuesto en el artículo 410 del Código Penal, vigente para la época de los hechos, el aludido ilícito tiene lugar cuando:

«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.»

De la descripción típica se desprende que se configura cuando el sujeto calificado tramita, celebra o liquida contrato sin observancia de los requisitos legales, sin que se exija constatar un resultado separable de los propios comportamientos antes referidos, en otras palabras, tal ilícito se consumaría con la mera realización de la conducta allí descrita[1].

La clasificación del citado delito como punible de mera conducta ha sido adoptada en diversas providencias de la Sala de Casación Penal de esta Corporación. Así, en decisión del 7 de diciembre de 2011, radicado 37941, se expuso que:

> *En **delitos de mera actividad como el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, la lesividad de un comportamiento se predica de un resultado valorativo, esto es, de analizar la infracción al deber en función del objeto de protección (en este caso, de los principios de la contratación con entes del Estado, como el de transparencia).* (Negrita fuera del texto).

A su turno, en providencia del 18 de enero de 2017, radicado 47100, se señaló que:

[1] Cuestión distinta sería determinar el desvalor de resultado (de lesión o de peligro para el bien jurídico) que exige el referido tipo penal.

> ***El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410 del Código Penal) se ofrece como un tipo penal de mera conducta***, *que consiste en tramitar, celebrar o liquidar contratos sin sujeción a los requisitos legales esenciales por lo que no exige un perjuicio económico. Lo reprochable es la voluntad de hacer prevalecer el interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública*[2]. (Negrita fuera del texto).

Ahora bien, aunque se esté ante un delito de mera actividad, ello no es óbice para prescindir del análisis de criterios normativos, como la imputación objetiva, en aras de determinar si el sujeto con su conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, si este se materializa en el resultado lesivo para el bien jurídico y ello se encuentra dentro del fin de protección de la norma.

La absolución por el convenio No 0273 de 26 de junio de 2007 ha tenido lugar por cuanto se configuró una duda insalvable, al no haberse logrado acreditar si el procesado cumplió o no con sus deberes de vigilancia que le eran exigibles como ordenador del gasto, al delegar el trámite precontractual en subalternos. Lo anterior llevó a afirmar que no era posible aplicar el principio de confianza como criterio normativo excluyente de la imputación objetiva, pero, a la vez, que no se podía imputar el "*resultado típico*" al

[2] CSJ SP-4134-2016, 6 abr. 2016, rad. 42001. Cfr. CSJ SP 2025-2018, 6 jun. 2018, rad. 47603.

procesado, entendiendo por este "*la celebración del contrato sin cumplimento de los requisitos legales*"[3].

Es en este punto en concreto en el que quisiera hacer una precisión. Sin duda alguna el vocablo "*resultado*" ha sido utilizado de distintas maneras por la doctrina jurídico penal y la jurisprudencia y ello ha generado cierta confusión a la hora de determinar si se está en presencia o no de un delito con estas características.

Así, dicho término ha sido usado, por una parte, para identificar aquellos ilícitos que exigen la constatación de un efecto —*resultado*— separable de la acción[4]. Por otra parte, para referirse a aquel efecto jurídico de lesión o puesta en peligro del bien jurídico como consecuencia de la realización de la conducta.

Conforme lo anterior, en mi criterio el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* no consagra un *resultado* entendido como un efecto separable de la acción, pues con la mera realización de la conducta típica de tramitar contrato sin observancia de requisitos legales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar tales requerimientos se consuma el ilícito[5]. Ahora bien, situación distinta es referirse a la noción

---

[3] Se expuso en la decisión lo siguiente: "*En este caso como se aduce la posible presencia del principio de confianza es necesario que la Sala entre a examinar el acusado creo un riesgo jurídicamente desaprobado al bien jurídico tutelado, y* ***si a través suyo se materializó en el resultado típico, esto es, la celebración del contrato sin cumplimento de los requisitos legales por no verificar su observancia previamente***". (Negrita fuera del texto).

[4] Cfr. CSJ SP 122-2018, 21 mar. 2018, Rad 48192, decisión que, si bien no tiene como referente un delito contra la administración pública, ilustra la diferencia entre un delito de mera conducta y un delito de resultado.

[5] En este punto insistiría, se trata de un delito de mera actividad, tipos delictivos que bien pueden ser de lesión para el bien jurídico o de puesta en peligro.

de *resultado* en un sentido jurídico, esto es, como resultado de lesión o de puesta en peligro de un bien jurídico[6].

Conforme el supuesto fáctico y el caudal probatorio recaudado en la presente causa, considero que lo que no se le podría imputar o atribuir al procesado sería la afectación del bien jurídico de la administración pública por la celebración de uno de los convenios reprochados sin el cumplimiento de requisitos legales, por cuanto subsisten dudas relacionadas con la observancia o no de los deberes de vigilancia que como ordenador del gasto le eran exigibles, más no que no se le pueda imputar el resultado de "*celebrar un contrato sin cumplimiento de requisitos legales*" como quedó plasmado en la decisión, pues lo cierto es que el procesado, en su calidad de ordenador del gasto y representante del ente territorial, sí celebró un contrato estatal sin el requisito esencial de estudios previos.

En otras palabras, aunque coincidió en que es correcto solucionar el problema que se presenta en la sentencia a través de la figura de la imputación objetiva, e incluso afirmar que no hay lugar a la "*imputación objetiva del resultado*"[7], insisto, lo que no habría lugar a imputar sería

---

[6] En este sentido destacaría lo señalado por Reyes Alvarado, Yesid, Fundamentos de la imputación objetiva, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 45, Fasc/Mes 3, 1992, págs. 933-968, quien ha sostenido: "*debe aquí nuevamente precisarse, que los resultados a los que hacemos referencia dentro del sistema penal no son meras consecuencias naturalísticas sino lesiones a las reglas de la vida de relación social, [quebrantamiento de la validez de las normas (102)] por manera que, tanto en los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado*".

[7] En los delitos de mera actividad, que no comportan una lesión para el bien jurídico, esta problemática podría plantearse solo en torno al primer nivel de la imputación objetiva, esto es, determinar si la conducta realizada crea o no un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico.

un resultado valorativo de afectación al bien jurídico, más no el "*resultado de celebrar un contrato sin cumplimiento de requisitos legales*", pues en mi criterio esto último no encajaría ni en el concepto de resultado material separable de la acción ni de resultado jurídico, según lo antes expuesto.

En los anteriores términos, cordialmente, dejo sentada mi aclaración de voto.

Con toda atención,

BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

Fecha ut supra