



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado Ponente

AEP 009-2024

Radicación núm. 00491

CUI 110016000102201800323-01

Aprobado mediante Acta 008

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

1. VISTOS

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, procede la Sala a anunciar el sentido del fallo que proferirá en el juicio oral seguido contra el gobernador del departamento del Cesar, **LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO**, de anotaciones civiles y personales conocidas.

2. LA ACUSACIÓN

De conformidad con el escrito de acusación se atribuye al procesado la comisión en calidad de coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410) respecto del contrato de suministro 2015-02-1178 de 21 de agosto de 2015 del Programa de Alimentación Escolar (PAE), suscrito entre el departamento del Cesar, a través de su secretario general Jaime Luis Fuentes Pumarejo y el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, representado por María Angélica Araújo Noguera y conformado por la Fundación Kabala, representada por la citada y la Asociación de Manipuladores de Alimentos del Cesar, representada por Ivis del Carmen Rosado Robles; y peculado por apropiación agravado por la cuantía, con las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

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

2.1 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La fiscalía sustentó su acusación respecto del delito de contratación sin cumplimiento de requisitos legales que para lo que interesa a este estudio, y evitar repeticiones innecesarias, serán abordadas una a una en el acápite de las consideraciones y allí mismo se ofrecerá el respectivo análisis y decisión de la Sala particularmente.

2.2 Del delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía

Respecto del delito de peculado por apropiación, comenzó por señalar que como producto de la irregular contratación el acusado LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO permitió la apropiación de dineros públicos a favor de terceros.

En primer lugar, mediante análisis técnico financiero la fiscalía pudo determinar una diferencia en beneficio del contratista de \$3.172.808.072 (sic)¹, que surge del ajuste de algunos de los valores determinados para el contrato a los costos reales: (i) del presupuesto con los precios correctos registrados en el boletín SIPSA 123 de 2014 empleado para determinar el valor de los alimentos²; (ii) del IPC de 2014³; (iii) de las estampillas decretado en la Ordenanza 066⁴; (iv) de los

¹ Al parecer existe un error en este ítem pues se sumó el valor de la póliza y no su diferencia. De ser así, el valor de lo presuntamente apropiado ascendería a \$3.189.329.822.

² Según la Fiscalía los precios de los alimentos fijados en el Boletín SIPSA 123 fueron artificialmente elevados. Diferencia: \$1.565.140.142

³ En el contrato se fijó un IPC de 4.4% correspondiente al año 2014 cuando de acuerdo con la certificación del DANE el IPC de 2014 fue de 3.66%. Diferencia: \$105.226.014.

⁴ El valor de porcentaje a reconocer por este concepto, según la Ordenanza 066, era de 4.5% y no del 5.5% como se hizo. Es decir, se reconoció un punto adicional. Diferencia: \$148.453.998.

manipuladores de alimentos⁵; y, (v) del AIU⁶ (administración, imprevistos y utilidades).

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

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

Ya en punto de la tipicidad subjetiva de las conductas punibles enrostradas, aseguró la fiscalía que MONSALVO GNECCO tenía conocimiento de sus funciones como gobernador del departamento de Cesar, por tanto sabía que era el responsable de ordenar y dirigir la celebración de la contratación, de ejercer el control, supervisión y vigilancia de la tramitación y celebración del contrato 2015-02-1178, y a partir de dicho conocimiento decidió voluntariamente a través de su delegado iniciar, suscribir y liquidar un contrato sin la

⁵ En el caso de las manipuladoras de alimentos se presupuestó para su capacitación la suma de \$12.236.000 y solamente se gastaron \$900.000. Diferencia: \$11.336.000. En salarios de estas se presupuestaron \$3.580.227.300 y solamente se invirtieron \$2.261.814.507. Diferencia: \$1.318.412.793.

⁶ La póliza de cumplimiento se presupuestó en \$65.000.000 y finalmente su costo fue \$24.239.125. Diferencia: \$40.760.875

observancia y cumplimiento de los requisitos esenciales, y, además, omitió realizar el control, supervisión y vigilancia que legalmente le competía en las tres fases del proceso contractual.

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

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

El acusado MONSALVO GNECCO realizó las conductas atribuidas con conocimiento y voluntad pues consciente de sus funciones y deberes como gobernador decidió libre y voluntariamente celebrar el contrato abandonando sus obligaciones legales.

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

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

En suma, concretó la fiscalía la acusación en contra de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO en calidad de coautor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales en concurso, y en la misma condición de coautor del punible de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por razón de su cuantía, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

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

3. ALEGATOS DE PARTES E INTERVINIENTES

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

3.1 La fiscalía

Para la comprensión de la decisión, a continuación, se hará una síntesis ajustada del alegato de la fiscalía, y las argumentaciones que respaldan cada uno de los cargos se abordarán individualmente en el momento en que la Sala aboque su estudio.

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

En punto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, expresó que la primera irregularidad sustantiva está referida a la indebida estructuración de los estudios previos (prueba 16). La prueba documental permite colegir que la ocurrencia de la conducta tuvo lugar en la ciudad de Valledupar en el segundo semestre de 2015, cuando “permitió” la indebida tramitación de la fase previa del contrato, lo que no solo afectó la estructura contractual, sino que también condujo a la vulneración de los principios de

planeación, economía, responsabilidad y legalidad que rigen la contratación estatal, conforme a las anomalías que describirá en adelante.

El acusado MONSALVO GNECCO realizó las conductas atribuidas con conocimiento y voluntad pues consciente de sus funciones y deberes como gobernador decidió libre y voluntariamente celebrar el contrato abandonando sus obligaciones legales.

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

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

En punto del delito de peculado concluyó la fiscalía, a partir de las irregularidades que el gobernador permitió que el

consorcio contratista se apropiara de \$3.172.808.072 del patrimonio del departamento que derivaron de las diferencias establecidas encontradas entre lo presupuestado y los valores reales que se debieron aplicar.

En suma, concretó la acusación en contra de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO en calidad de coautor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales en concurso, y en la misma condición de coautor del punible de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por razón de su cuantía, con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1, 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

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

3.2 Contraloría General de la República

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

circunstancias de agravación que se le enrostraron en la acusación.

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

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

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

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

3.3 Ministerio público

Encontró probadas las irregularidades advertidas por la fiscalía en las que fundó los hechos jurídicamente relevantes,

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

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

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

administración pública, fuente real de violaciones de los derechos humanos y fundamentales impactando directa e indirectamente a la sociedad.

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

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

3.4 El defensor

Luego de una evaluación detallada del extenso material probatorio y examinados los múltiples aspectos fácticos, jurídicos y “pragmáticos” que giraron alrededor del contrato 2015-02-1178, suscrito el 21 de agosto de 2015, entre la gobernación del Cesar y el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, con el objeto y valor conocidos, y atendidos los elementos de todo orden que ha arrojado el debate en el juicio, solicitó sentencia absolutoria, toda vez que los delitos imputados, según quedó demostrado en el juicio, son atípicos.

Por esto considera que no es posible deducir responsabilidad penal a partir de la exigencia de requisitos *ex post* creados por parte del funcionario judicial, o de formalidades no previstas legalmente producto de

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

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

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

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

Respecto de sus argumentaciones, éstas serán abordadas en el momento en que la Sala aboque el correspondiente análisis para dar respuesta a cada uno de los cargos.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia

A la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia concierne la facultad de proferir sentencia dentro del proceso adelantado contra LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, de conformidad con el artículo 235-5 de la Carta Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, que radica en esta la competencia para juzgar, entre otros funcionarios a los gobernadores, previa acusación del Fiscal General de la Nación, y en este caso, además de desempeñarse actualmente como gobernador, los hechos que se le atribuyen fueron ejecutados cuando desempeñaba dicho cargo en el periodo constitucional 2012-2015.

4.2 Análisis fáctico y probatorio

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

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

4.2.1 Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales

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

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

El supuesto de hecho descrito enmarca la conducta de un servidor público que entre sus atribuciones debe intervenir en un proceso de contratación, e incumple los requisitos sustanciales exigidos para su trámite u omite verificar que se hayan cumplido al celebrar o liquidar el contrato⁷.

Teniendo de presente este marco conceptual la Sala se adentrará en el examen, en específico, de los elementos del tipo penal en relación con la actuación del acusado, advirtiendo que cada uno de los elementos de los elementos del delito y de la responsabilidad del acusado serán abocados y estudiados en extenso en la sentencia.

4.2.1.1 Tipo objetivo

En el presente caso, no existe discusión sobre la calidad de gobernador de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, para el momento de los hechos tal como se determina con la certificación de la lideresa del programa de gestión humana de la gobernación del Cesar, Marithza Soto Lacouture, de 19 de noviembre de 2020, en la que hace constar que aquel se desempeñó como gobernador del departamento del Cesar

⁷ Cf. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 (5.1.2.7). Esto complementado con la credencial de declaratoria de elección (formulario E-28) de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, como gobernador por la circunscripción electoral de ese departamento para el periodo 2012-2015, expedida por los delegados del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil (5.1.2.5) y con el acta de posesión como gobernador para ese periodo ante la Asamblea Departamental del Cesar el día 1 de enero de 2012 (5.1.2.6).

Por ser un tipo penal en blanco, la definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica ha de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la *contratación estatal*. Ello comporta, de acuerdo con los artículos 1 y 32 de la Ley 80 de 1993, su integración, por vía de remisión normativa, con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo complementen⁸. Sin embargo, dada la existencia de regímenes contractuales especiales, regulados por disposiciones normativas diferentes al mencionado estatuto, de acuerdo con la naturaleza del contrato, serán aquéllas las llamadas a definir los elementos normativos del tipo, cuando de tipologías o procedimientos de regulación propia se trate⁹.

Con el fin de proceder a la demostración de las irregularidades atribuidas al acusado en el trámite, la Sala abordará el análisis de cada una de ellas en el orden propuesto en la acusación, y luego verificará que las mismas le sean

⁸ Sobre la constitucionalidad del reenvío normativo en el proceso de integración de los tipos penales en blanco, *cfr.*, entre otras, C. Const. C-559/99, C-739/00, C-1490/00, C-333/01, C-917/01, C-605/06, C-121/12 y CSJ SP 19.12.2000, *rad.* 17.088.

⁹ Cf. CSJ. SP-712-2017, radicado 48250 de 25 de enero de 2017.

atribuibles al acusado, por haber omitido ejercer los deberes derivados de la delegación, esto es, de instrucción, vigilancia y control, justamente porque controló todo el proceso contractual.

4.2.1.1.1 Primera irregularidad sustancial. Estudios previos

Sobre el particular planteó el ente fiscal la ilegalidad de los estudios previos elaborados en el mes de julio de 2015¹⁰ por Jorge Eliécer Araújo Gutiérrez, a la sazón secretario de educación, conclusión que a su vez dedujo de nueve hechos irregulares que se presentaron en dichos estudios, que en su sentir son violatorios de la normatividad contractual aplicable al negocio jurídico cuestionado y de los principios de planeación, economía, responsabilidad y legalidad de la contratación pública, los cuales se analizarán en el mismo orden propuesto por la fiscalía, así:

4.2.1.1.1.1 Primer hecho irregular. No se hizo estudio de necesidad

Lo hizo consistir, *grosso modo*, en que en dichos estudios no se estableció la necesidad de la contratación, ni su conveniencia, pues se limitaron a indicar los *objetivos generales* de la política nacional de alimentación escolar, pero nada se dijo acerca de la *conveniencia* de celebrar un contrato para suplir esa necesidad de alimentar durante 59 días a la población beneficiaria. La descripción de la necesidad es uno de los

¹⁰ Prueba 5.1.2.18.

presupuestos exigidos por la Ley 80 de 1993 en su artículo 25 y por el Decreto 1082 de 2015 (art. 2.2.1.1.2.1.1) y hace referencia al objetivo que persigue la entidad con la adquisición del bien o servicio.

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

Para dar respuesta, la Sala empieza por señalar que los estudios previos tienen fundamento en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, que dispone que previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa,

deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

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

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

En efecto, revisados los estudios previos del contrato en cuestión, que datan de julio de 2015, en particular la descripción de la necesidad (1.1), advierte la Sala que le asiste razón a la fiscalía, pues su contenido no contempla la necesaria referencia a la situación concreta del departamento y a la necesidad específica que se pretende satisfacer con el contrato cuestionado, como lo demanda el artículo citado del Decreto

1082 de 2015, cuando hace referencia a uno de los elementos que debe contener los estudios previos, este es: *“la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con el proceso de contratación”*.

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

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

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

Desde ya puede afirmarse la evidente ausencia de un estudio o análisis relacionado con la situación concreta del departamento para el momento, que justificara la necesidad de la celebración del contrato y el alcance de su objeto como lo exige el Decreto 1082 de 2015, presupuesto que no puede ser suplido por otra clase de análisis o documento como equivocadamente lo sugiere el defensor.

En los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de agosto de 2006.

Esa misma corporación¹², posteriormente reiteró que todos los procesos contractuales deben estar condicionados a lo establecido por los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, es decir, a los principios generales de la contratación, como lo son el de planeación, economía, publicidad y selección objetiva del contratista.

Con base en lo anterior, la Sala ha podido concluir que el cargo está probado y, en consecuencia, que con esta conducta se vulneró el principio de planeación de la contratación en el caso del contrato cuestionado.

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

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

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

en el segundo trimestre de 2015, tres meses anteriores a julio de 2015, fecha de elaboración de dichos estudios que fue la que debió aplicarse para determinar la población estudiantil a beneficiar.

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

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

correcto ejercicio de planeación hacía menester verificar y atender los registrados para la época de los estudios previos, en este caso, los inmediatamente anteriores a julio de 2015, fecha de elaboración de tales estudios, como bien lo señala la fiscalía, y no los de octubre de 2014 como lo pretende la defensa.

De cualquier manera, ni en los estudios previos (5.2.2.3), ni en el Proyecto de Apoyo al PAE (5.2.2.12), se explica o se identifica cuál es la fuente que determinó el número de 146.100 estudiantes a beneficiar con las raciones alimenticias. Ni se dice allí y tampoco se infiere de dónde surge esa cantidad de estudiantes beneficiarios del PAE, vulnerándose el principio de planeación pilar de la contratación pública. El cargo prospera.

4.2.1.1.1.3 Tercer hecho irregular. Indebida planeación

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

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

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

Para dar respuesta al cargo debe comenzar la Sala por señalar que la fuente inmediata de implementación del PAE por parte del departamento del Cesar es el Convenio Interadministrativo 842 de 30 de octubre de 2014 (5.1.2.35), suscrito entre aquél, representado por MONSALVO GNECCO y el Ministerio de Educación Nacional cuyo objeto consistió en: *“aunar esfuerzos, técnicos, administrativos y financieros para implementar el programa de alimentación escolar de acuerdo con los lineamientos técnico-administrativos anexos a este convenio y con los términos y alcance establecidos en el mismo”*.

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

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

Entonces, así las cosas, se tiene que si se optó por suscribir dos contratos ello obedeció no a la carencia de recursos suficientes para adelantar la contratación por todo el periodo del calendario escolar, sino a la omisión de la gobernación, o mejor, a su falta de gestión para reunir los recursos presupuestales necesarios para cubrir todo el año lectivo de 180 días como lo exigen los lineamientos del MEN y

como se comprometió el propio gobernador acusado al suscribir el convenio interadministrativo.

El escenario descrito permite enervar la validez de la propuesta defensiva sobre este particular, dirigida a justificar la celebración de dos contratos PAE para la vigencia de 2015 a la insuficiencia de recursos para cubrir la totalidad del calendario escolar de 180 días con este argumento, también esbozado por el testigo Lafont Chica¹³, toda vez que, como lo señaló la fiscalía, el principio de planeación y las obligaciones adquiridas a través del convenio interadministrativo, le imponía al departamento el deber de asegurar las partidas presupuestales suficientes, así como constituir las reservas para garantizar el año lectivo como término para la prestación del servicio y para ello contaba, como se acabó de mencionar, con distintas fuentes de financiación que de haberlas gestionado hubieran permitido asegurar los recursos necesarios para tramitar un solo contrato y no dos, como irregularmente se hizo.

Esta circunstancia obliga a la Sala a abordar el asunto relacionado con la figura del *fraccionamiento* de contrato, la cual conforme a la jurisprudencia¹⁴, requiere de la existencia de dos presupuestos que según la Corte, la definen: (i) unidad de objeto contractual, y (ii) inexistencia de criterio razonable de interés público para dividir el contrato.

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

¹⁴ CSJ. SP3963-2017, radicado 40216 de 22 de marzo de 2021.

En efecto, aquí además de verificarse la unidad de objeto en cuanto a que ambos contratos se hicieron para el suministro de raciones alimenticias a los estudiantes de establecimientos escolares oficiales del departamento, se pudo verificar que el criterio con el que se pretendió explicar la celebración de dos contratos, carece de justificación legal y, por tanto, se distancia del interés general.

Sobre el particular conviene traer a cita el testimonio de Araújo Gutiérrez, secretario de educación para la época, en cuya oficina se estructuró el PAE, que permite entender que la administración era conocedora de que la contratación debía planificarse para toda la vigencia escolar y no parcialmente, veamos:

"(...) adelantamos todos los trámites pertinentes para lograr tener un proyecto de inversión que nos permitiera atender el programa de alimentación escolar, tanto para el primer como para el segundo semestre de 2015, teniendo en cuenta los 180 días de calendario escolar establecidos por las normas que rigen la materia, así fue como el día 4 de noviembre de 2014, desde la secretaria de educación presentamos el proyecto de inversión a la oficina asesora de planeación de la gobernación estipulando una matrícula de 146.100 estudiantes y recursos por valor de \$52.000.000.000 que nos daba para toda la vigencia de acuerdo a proyecciones de corte de matrícula del 30 de octubre y 27 de noviembre de ese 2014, nos pide que la oficina asesora de planeación el certificado de priorización que nos permitía a nosotros ya tener la viabilidad para poder solicitar el certificado de disponibilidad presupuestal y adelantar los trámites pertinentes del proceso licitatorio que se llevó a cabo para la vigencia de 2015"¹⁵ (sic).

Obsérvese entonces cómo la administración sabía que el presupuesto debía planificarse para toda la vigencia escolar del año 2105 y no por períodos. Además, aunque no se ahondó en

¹⁵ Audio sesión de 12 de octubre de 2022. Parte 1. A partir de 03:41:00.

este aspecto, se infiere de lo transcrito que los recursos estaban disponibles, pues no de otra manera se entiende de acuerdo con lo dicho por Araújo Gutiérrez y Lafont Chica, que además de haberse proyectado para toda la vigencia 2015, se hubiera solicitado la expedición del *certificado de priorización* de la oficina de planeación, para dar viabilidad al certificado de disponibilidad presupuestal *“y adelantar los trámites pertinentes del proceso licitatorio que se llevó a cabo para la vigencia de 2015”*.

En síntesis, la contratación se dividió artificiosamente, sin explicación razonable de interés público que la justificara, produciéndose el *fraccionamiento*, al tiempo que se soslayaron las normas de la contratación que le obligaban a contratar el suministro de la alimentación escolar en el departamento del Cesar por todo el calendario escolar, todo con el propósito de favorecer a las mismas personas jurídicas que venían contratando con el departamento, privilegiándose así el interés particular en detrimento del interés público, violando de esta forma los principios de planeación y selección objetiva, pilares de la contratación pública.

4.2.1.1.1.4 Cuarto hecho irregular. Incorrección en la estructuración del presupuesto

Tiene qué ver con la *estructuración del presupuesto* oficial. Señaló la fiscalía que el presupuesto a la luz del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 y de la guía para la elaboración de los estudios del sector de “Colombia Compra Eficiente”, imponen la obligatoriedad de que se estructure con

la debida justificación, detalle y la suficiente descripción, incluyendo la forma cómo fue calculado y con sus soportes.

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

Otro aspecto, que a juicio del ente acusador quedó claro, es el precio de referencia de los alimentos que debió fijarse de acuerdo con la ubicación o abastecimiento de estos, para lo cual debieron contemplarse los del mercado nacional, según lo señalado en los estudios del sector que es ley del contrato.

Y ello es lógico y entendible en tanto que, acorde con el boletín SIPSA, son innumerables los factores que se utilizan para determinar el valor de un producto, como la ciudad de ubicación, su variedad, abastecimiento, de ahí que se enuncien en dicho documento unos precios topes, es decir, unos máximos y unos mínimos y unos promedios que fue precisamente el aplicado por el experto de la fiscalía para encontrar los precios de mercado con los cuales se debió

elaborar el presupuesto para determinar los precios a pagar por los insumos. Por el contrario, según se determinó en la audiencia por este testigo, a título de ejemplo, el valor del hígado se presupuestó en el anexo 2 a un precio de \$65.460 el kilo cuando el valor de la carne figuraba en esa época en el boletín SIPSA en \$14.000 el kilo, que era lo más próximo al hígado, sin que sea admisible un supuesto error de digitación en los centavos como dijo Lafont Chica.

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

La siguiente “falacia” también referida a la elaboración del presupuesto, adujo la fiscalía, tiene que ver con la forma cómo se calculó el gravamen de las estampillas que acorde con la Ordenanza 066 de 2012 ascendía al 4.5%, sumadas las distintas estampillas, no obstante, en el anexo 2 se fijó en el 5.5%, es decir, se adicionó un punto sin ninguna explicación, lo que generó, al igual que el IPC, un sobrecosto que afectó el erario y el principio de planeación en la confección del presupuesto.

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

Añadió que los lineamientos aplicados al PAE lo fueron para la vigencia 2014-2015. Estos no obligan a emplear un determinado boletín SIPSA¹⁶ por eso podía aplicarse los de 2014 o 2015, lo importante es que se determinó la fuente de referencia de la materia prima, indicándose los boletines SIPSA usados como referencia.

Respecto a la cifra de las 1.748 manipuladoras, dijo, se aplicaron los lineamientos del MEN, según los cuales conforme con el número de raciones se fijaba la cantidad de manipuladores requeridos: uno por cada 75 raciones; de 76 a 150, dos manipuladores; de 151 a 300, tres manipuladores; y de 301 a 500, tres manipuladores. De dicho análisis concluyó la necesidad de contratar 1.748 manipuladores a tiempo

¹⁶ Dentro de las funciones del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) está el brindar información básica para la toma de decisiones en todos los sectores de la economía. El SIPSA es el encargado de informar los precios mayoristas de los productos agroalimentarios que se comercializan en el país, así como la información de insumos y factores asociados a la producción agrícola y el nivel de abastecimiento de alimentos en las ciudades. Es un boletín de emisión semanal. Fuente: www.dane.gov.co

completo, ocho horas para atender el servicio en las instituciones, escuelas y sedes educativas beneficiadas con los dos tipos de raciones complemento alimenticio jornada mañana y/o almuerzo. El salario de dicho personal se estimó de acuerdo con las horas laboradas y el análisis se encuentra anexo al presente documento. En consecuencia, concluyó que la gobernación sí justificó la cifra de manipuladores a emplear para el contrato.

Sobre las estampillas, explicó el apoderado del acusado, estas se fijaron en el 4.5% y las mismas se establecían en el estatuto de rentas departamental, u Ordenanza 066 de 2012. Para el caso de las cargas del orden municipal también aplicaba el ICA como impuesto o retención a imponer por el departamento promediándose en el 1% y era establecido por acuerdos municipales. Teniendo en cuenta la sumatoria de los items citados se fijaron en un 5.5% las cargas impositivas al valor de cada ración ejecutada en el departamento del Cesar, esto es, lo que se denomina "estampillas, impuesto e ICA", y no hay duda de que el ICA fue objeto de retención por la gobernación como quedó demostrado con las órdenes de pago y los comprobantes de egreso allegados donde se aprecian los descuentos que se hicieron al operador por este concepto.

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

En primer lugar estima la Sala que, dada la fecha de la elaboración de los estudios previos relacionados con el contrato cuestionado –julio de 2015–, el boletín SIPSA –de emisión semanal– que debió aplicarse fue el de la última semana de junio o al menos uno del mes de junio de ese año, como lo impone, no la normatividad sino el sentido común y la lógica, ya que si se trata de la estructuración del presupuesto este debe ajustarse lo máximo posible a la realidad del momento; es inadmisibles la alegación de la defensa cuando señala que podía aplicarse indistintamente el de 2014 o 2015 porque no existe norma que lo imponga. Para la Sala tal afirmación riñe con el sentido común, porque de lo que se trata es de contar con precios actualizados que permitan ajustar el presupuesto lo más cercano a la realidad del momento de su elaboración. Desde esta perspectiva es inconcebible la elaboración de un presupuesto con precios desactualizados que no se ajusten a la realidad.

De otro lado, tampoco es atendible el argumento esgrimido por la defensa en cuanto a que era viable estructurar todo el presupuesto del PAE de 2015 con los precios de 2014, por haberse elaborado en noviembre de este último año; porque al dividirse la contratación el trámite del segundo necesariamente debió individualizarse y actualizarse atendiendo que cada proceso contractual es autónomo e independiente y por ende demanda la satisfacción de todos los presupuestos normativos que lo regulan, incluida la estructuración de costos presentes que es lo que permite *“la actualización técnica de las características de los elementos del costo del servicio a contratar garantizando que la ET adquiera*

*los bienes y servicios acorde con el mercado y las necesidades identificadas, generando optimización en el uso de los recursos*¹⁷.

Aunque la Sala estima que lo correcto era haber empleado los precios del SIPSA del mes anterior a la elaboración de los estudios previos del contrato en cuestión, es decir, de junio de 2015, lo que hubiera evitado a la gobernación acudir al IPC de 2014, porque ya los precios estaban actualizados, lo cierto es que el porcentaje aplicado del 4.4% no concuerda ni siquiera utilizando los criterios que señalaron los testigos, desconociéndose de dónde salió dicha cifra, ya que para esa fecha el DANE certificó el IPC acumulado de alimentos en 4.5% lo que confirma la deficiente planeación en la estructuración de los costos de las raciones, que no se justifica en el hecho de que la cifra seleccionada sea menor en 0.1%, ya que lo cierto es que el porcentaje aplicado en la forma en que lo explicaron, no coincide con la fuente de información.

Otro tanto ocurrió con el monto presupuestado por concepto de estampillas, pues de acuerdo con la Ordenanza 066 de 2012 por medio de la cual se expidió el estatuto de rentas del departamento del Cesar, para la época estaban previstas las siguientes: (i) Pro Desarrollo Departamental: 1%; (ii) Pro Desarrollo Fronterizo: 1.5%; (iii) Pro Cultura 1%; (iv) Pro Universidad del Cesar: 0.5%; y (v) para el Bienestar del Adulto Mayor: 0.5% para un monto total por este concepto de 4.5%.

¹⁷ Guía para la estructuración de costos de estudios para la contratación del PAE del Ministerio de Educación Nacional.

No obstante, en el valor fijado en el presupuesto se sobrestimó este rubro en un punto porcentual fijándose en 5.5% como se extrae de los estudios previos (5.1.2.18)¹⁸, lo que impactó directamente el costo del valor de la ración.

La defensa pretendió justificar esta irregularidad aduciendo que el punto porcentual adicional en el rubro de estampillas surgió de la inclusión del 1% por concepto de la retención del impuesto de industria y comercio (ICA) promediada en esa proporción y efectivamente descontada, según lo certificó la gobernación para el año 2015 (5.2.2.10). No obstante, Lafont Chica reconoció que incluir la retención del ICA en el rubro de estampillas fue una "imprecisión"¹⁹, calificación que para la Sala no es de recibo porque como lo dijo la fiscalía son gravámenes distintos.

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

Y por esto precisamente es por lo que para la Sala tampoco son de recibo las explicaciones ofrecidas por el testigo Lafont

¹⁸ Estudios previos. Anexo 2. Presupuesto oficial. Costos por ración del Programa de Alimentación Escolar detallado 2015.

¹⁹ A partir de 02:53:35. Sesión de audiencia de 23 de noviembre de 2022, parte I.

Chica²⁰, con las que pretendió justificar el por qué el contratista empleó un número menor de manipuladoras de las 1.748 determinadas en los estudios previos. Esta maniobra incidió en un aumento considerable del valor de las raciones alimenticias.

Si en los estudios previos para determinar el valor de la ración se calcularon con base en los lineamientos del MEN un número determinado de manipuladores, en este caso, 1.748, a un costo de \$34.715.33 diario durante 8 horas por manipuladora, es decir, \$60.682.403 diarios por concepto de todas las 1.748 y esto durante 59 días para un total de \$3.580.261.777²¹, pero finalmente solo se invirtieron por este concepto \$2.212.060.827.60, de donde surge una apreciable diferencia a favor del contratista de \$1.368.200.949.40, entre lo presupuestado y lo realmente invertido por éste, que desde luego no encuentra justificación en el peregrino argumento de que las manipuladoras inicialmente fueron previstas para la preparación de alimentos en las sedes educativas, pero al centralizar los servicios de cocinas por el operador se debió “prescindir de algunas manipuladoras”, porque estas circunstancias debieron haber sido previstas con una correcta y adecuada planeación, que es precisamente lo que se echa de menos. Lo único que confirma semejante diferencia es, como lo propone la fiscalía, una grave falla de planeación en los estudios previos con impacto en el principio de economía.

De esta manera se materializó en este caso otra irregularidad violatoria de los principios de planeación y

²⁰ Sesión de audiencia de 13 de octubre de 2022. Parte 1. Audio a 01:59:15 en adelante.

²¹ Sobre estas cifras ver Estudios previos. Anexo 2. Presupuesto oficial. (5.1.2.18).

economía que impactó negativamente la estructuración del presupuesto en los estudios previos como se probó.

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

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

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

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

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

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

Así, concluye la Sala, de acuerdo con los lineamientos técnico-administrativos y las leyes citadas, además del Convenio interadministrativo 842 de 2014²², era imprescindible elaborar el estudio de *priorización* de la población a beneficiar con el suministro de los complementos alimenticios y almuerzos.

²² La cláusula tercera de dicho convenio “Obligaciones de la entidad territorial”, prevé, entre otras, la del numeral 15: *“realizar la focalización de las instituciones educativas y de los estudiantes beneficiarios del PAE de conformidad con los lineamientos que emita EL MINISTERIO”*

No obstante, revisados los estudios previos (5.1.2.18) del año 2015 no aparece un acápite o apartado dedicado a este análisis de focalización de esta población priorizada que permita advertir la observancia de este lineamiento de forzoso acatamiento, que como se sabe, está orientado a garantizar que los recursos del PAE se destinaran efectivamente a la población en edad escolar más necesitada por razones de ubicación geográfica, étnicas, víctimas del conflicto armado y por encontrarse en los niveles más bajos del SISBEN (1 y 2).

Además, observa la Sala que en los estudios previos y los demás documentos que cita la defensa tampoco se plasmaron, como dijo; las razones que se tuvieron en cuenta para orientar el suministro de la alimentación hacia los escolares de todas las entidades educativas oficiales del departamento desde los grados 0 a 9° registrados en el SIMAT, apartándose del cumplimiento de la directriz que disponía focalizar la población beneficiaria con los criterios establecidos en los lineamientos del MEN, es decir, priorizar población rural, en condiciones de vulnerabilidad, víctimas del conflicto armado, etc., como lo imponían la normatividad y reglamentación citadas.

En relación con el tipo de complemento alimenticio a suministrar, que según la fiscalía no contó con los análisis nutricionales exigidos por los lineamientos del MEN de abril de 2015, el numeral 9 del apartado 5.2.2.2 denominado “Fase de alistamiento – Operador”, señala que le corresponde a este elaborar un ciclo de menús con un mínimo de 21 días de acuerdo a las minutas patrón estipuladas en el lineamiento y entregar la respectiva lista de intercambio, teniendo en cuenta

las recomendaciones de energía y nutrientes para la población titular del derecho según la Tabla 7 de recomendaciones de energía y nutrientes para los grupos poblacionales con la siguiente distribución del valor calórico: (i) proteínas: 12 – 14%; (ii) grasa: 28 – 32%; (iii) carbohidratos: 55 - 65%.

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

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

Las omisiones advertidas vulneran los principios de planeación y economía.

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

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

Para la defensa se trató de una exigencia ajustada a los requisitos habilitantes que imponía un contrato de las características y cuantía del cuestionado. No tiene duda de que frente a la especialidad y complejidad de la contratación representaba una exigencia necesaria que conllevaba a seleccionar al contratista apto para tal fin, siendo claro que el

cumplimiento del objeto del contrato implicaba una estructura logística, operativa y financiera y de experiencia que garantizara la eficiente prestación del servicio erigiéndose el número de certificaciones, entre otros requisitos, en un válido elemento de la positiva capacidad del oferente a seleccionar.

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

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

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

Confrontado el cargo con estos parámetros surge apodictico que el requisito de la experiencia general y específica

tal como se planteó en los estudios previos viola el principio de selección objetiva, no solo porque desconoce los principios plasmados en el manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación de Colombia Compra Eficiente, sino porque las exigencias demandadas impiden la libre participación de otras personas naturales o jurídicas, distintas de las consorciadas que, como se deduce del informe de evaluación técnica de la propuesta²³, ya venían contratando el Programa de Alimentación Escolar en el departamento del Cesar desde el año 2011.

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

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

²³ Anexo técnico “experiencia acreditada por el proponente” Informe de Evaluación Técnica de la Licitación Pública LP-SGR-08-2015. (5.1.2.99).

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

De este modo, la Sala da por demostrado el cargo, pues con esta irregularidad se violó el principio de selección objetiva.

4.2.1.1.1.7 Séptimo hecho irregular. La asignación de riesgos previsibles derivados de la contratación

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

En respuesta la defensa calificó de equivocado este planteamiento, aduciendo que los *imprevistos* es un ítem que debe ser tomado en cuenta en la mayoría de la contratación estatal por lo que su inclusión junto con el IPC en materia de costos no resulta irregular y mucho menos un factor que permite inflar el presupuesto. Es un valor que se paga al contratista para que asuma el riesgo ante la ocurrencia de imprevistos.

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

No entrará la Sala a discutir que los *imprevistos* son un ítem definido en el artículo 3 del Decreto citado por la defensa, que hace parte de los costos indirectos de los contratos celebrados bajo la modalidad de precios unitarios, mas no de la utilidad del contratista, y que su naturaleza es la de ser una partida económica reservada para el pago total o parcial a favor del contratista de aquellos eventuales riesgos previsibles en el desarrollo del contrato.

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

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

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

De ahí que no pueda convertirse en materia de discusión si el IPC a aplicar era el de alimentos o el general de 2014, pues lo cierto es que, el 4.4% aparece como una cifra arbitraria en cuanto a que para el año 2014 el IPC de alimentos marcó el 4.69% y el acumulado a octubre de 2014 fecha en que supuestamente proyectaron el valor de la ración, este estaba en 4.50% nacional y 4.53% Valledupar; y que habiéndose elaborado los estudios previos del contrato cuestionado en julio

de 2015, lo razonable era haber calculado el valor de la ración sobre la base de precios de mercado actualizados que, como se dijo, ya contenían las alzas por razón de la inflación.

En ese orden de ideas, la inclusión adicional del IPC del año 2014 y del 5% por imprevistos para efectos de calcular el costo de la ración viola los principios de planeación y economía, pues aumentó artificialmente el costo unitario de la ración alimenticia, lo que se traduce en un detrimento económico si se toma en cuenta que el contrato se pactó precisamente a precios unitarios²⁴.

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

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

Por su parte la defensa calificó de “erróneo” este cargo, porque los entes territoriales no son los obligados a adelantar la consulta previa, pues la norma que ordena ésta se encontraba prevista en los lineamientos del MEN de 2014-2015. Sin embargo, el Decreto-Ley 200 de 3 de febrero de 2003, modificado por el Decreto 4530 de 2008 y los lineamientos de 2014, establecieron que la responsabilidad para llevar a cabo

²⁴ En el contrato a precios unitarios, la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas.

procesos de consulta previa es compartida entre los Ministerios de Educación y del Interior, siendo éste el responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso.

En relación con este cargo debe la Corte empezar por aclarar que por razón de la época de los estudios previos (5.1.2.18) de la contratación concerniente, es decir, julio de 2015, los lineamientos técnico-administrativos aplicables son los correspondientes a abril de 2015 (5.2.2.1), ya vigentes en ese momento²⁵, y por esta circunstancia su análisis debe hacerse frente a lo allí dispuesto, y no en correspondencia con los anteriores a esa fecha citados indistintamente tanto por la fiscalía como por la defensa.

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

Como acciones orientadas a preservar las culturas esos mismos parámetros determinaron que las organizaciones étnicas podrán ser contratadas para la operación del PAE siempre y cuando cumplan con los requisitos de calidad. En

²⁵ De conformidad con el parágrafo 4 del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011 – Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014– para alcanzar coberturas universales del PAE el Gobierno Nacional trasladará del ICBF al MEN su orientación, ejecución y articulación sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento y para el efecto el MEN *“realizará la revisión, actualización y definición de los lineamientos técnico-administrativos de los estándares, y de las condiciones para la prestación del servicio para la ejecución del programa, que serán aplicados por las entidades territoriales, los actores y operadores del programa”*.

caso de no poder hacerlo el operador deberá generar espacios de diálogo para forjar acuerdos que garanticen la atención diferencial. Los aspectos mínimos para esto último son: (i) vinculación de los manipuladores de alimentos pertenecientes a los grupos étnicos; (ii) ciclos de menús diferenciales con inclusión de alimentos autóctonos; y, (iii) compras locales a proveedores del grupo étnico.

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

4.2.1.1.1.9 Noveno hecho irregular. Ausencia de estudio del sector

Se trata de un cuestionamiento que hizo la fiscalía al documento “estudio del sector”, como parte de los estudios previos, que calificó como un simple formato de transliteración de literatura nacional e internacional asociada a la

malnutrición escolar sin ninguna relación espaciotemporal con el proceso contractual del caso. En consecuencia, consideró que no se realizó un verdadero estudio del sector conforme a las exigencias del caso de cara al cumplimiento de las pautas del MEN, y del artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, vigente para la fecha de los hechos.

A este cargo se opone la defensa, señalando que sin importar si eran los transitorios de 2014 o los de 2015, pues ambos imponían la realización de unos estudios del sector, fue en el Decreto 1510 de 2013, art. 15, incluido después en el Decreto 1082 de 2015 donde se estableció el deber de las entidades de analizar el sector. Dicha normatividad, agregó, asignaba a la administración el deber de hacer un análisis para determinar el contexto de la contratación, es decir, identificar los riesgos y determinar los requisitos habilitantes por lo que el ordenamiento indicaba que la gobernación debía hacer un estudio de todo orden (legal, comercial, financiero, organizacional, técnico, y de análisis de riesgo) y dejar constancia en el proceso (Decreto 1510 de 2013, art. 15).

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

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

La entidad estatal debe dejar constancia de este análisis en los documentos del proceso.

La guía para la elaboración de estudios del sector de Colombia Compra Eficiente de 27 de diciembre de 2013, en relación con esta temática sentó las bases para la estructuración de los estudios del sector en la contratación pública, señalando como consideraciones necesarias para su realización, las siguientes: (i) el alcance del análisis del sector debe ser proporcional al valor y la complejidad del proceso de contratación, la naturaleza del objeto a contratar, el tipo de contrato y los riesgos identificados en el proceso de contratación; (ii) el estudio del sector y los lineamientos de la guía no deben utilizarse de manera mecánica, cada proceso tiene particularidades propias; (iii) el análisis del sector comprende diversos aspectos: técnicos, comerciales, organizacionales, legales y financieros, por lo que se recomienda que en su desarrollo participe un equipo multidisciplinario; (iv) para el desarrollo del estudio del sector la entidad estatal deberá observar la normatividad aplicable.

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

Revisado el documento “Estudio del Sector” (5.2.2.16), sin fecha de elaboración, presentado por la gobernación se advierte que hace referencia a datos generales desactualizados de años 2002 – 2010 que no tienen correspondencia con el sector de la

economía relacionado con el bien, obra o servicio relevantes en el proceso de contratación, en este caso el suministro de alimentos, como lo indica la guía de estudios del sector citada.

De lo anterior puede citarse, por ejemplo, el numeral 1. “Aspectos generales” donde se trae a colación un estudio del MEN sobre deserción escolar en los años 2002-2011 en Colombia; en el apartado A2. “Aspectos generales del mercado” en el que debieron abordarse aspectos económicos, técnicos regulatorios relacionados con el bien objeto del contrato²⁶, es decir, alimentos, transporte, salarios, etc.; el documento hace alusión al comportamiento del PIB en el Cesar en 2001 – 2011, variación del IPC, recaudo de impuestos nacionales, crecimiento del cultivo de palma y de la producción de carbón en el departamento; en el A2.1 el que pretende abarcar temas económicos, hace relación a la actividad económica pero no relacionada con el bien o bienes objeto del contrato sino al debilitamiento de la economía mundial, a la pérdida de dinamismo del PIB en Colombia 2011- 2012, al desempeño de la economía nacional en ese mismo periodo en comparación con otros países de la región, al crecimiento del consumo en el país, al deterioro de la oferta excepto en servicios sociales, comunales y personales, así como en el sector de la electricidad, gas, agua, agricultura, caza, silvicultura y pesca. El aumento de la explotación de minas y canteras en el año 2011 debido a la baja de la dinámica de extracción de carbón y petróleo, y alude también al comportamiento del PIB que fue impulsado por la actividad financiera, seguros inmobiliarios y servicios a las empresas; en los siguientes apartados A2.1.2,

²⁶ Colombia Compra Eficiente. Guía para la elaboración de estudios del sector., *ibidem*
Página 54 de 173

A2.1.3 y A2.1.4 contempla asuntos como la inflación y el mercado laboral citando datos de 2011 – 2012; la política monetaria internacional y mercados financieros con datos de los mismos años, y al crecimiento del PIB durante la década de 2001 – 2010; otros temas como la inflación de los años 2013 – 2014; las tasas de interés; el incremento salarial de 2014; las estampillas (A2.1.9) como costos asociados a la contratación; impuestos (A2.1.10); el Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros ICA fueron abordados en dicho estudio.

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

Del análisis comparativo entre los elementos y análisis que normativamente deben contener el estudio del sector (5.1.2.19), el propósito del mismo, como requisito de la etapa de planeación necesario para conocer el sector relacionado con el objeto de la contratación, y el contenido de dicho estudio elaborado por la gobernación en este caso, y cuestionado por la fiscalía, encuentra la Sala que ciertamente no satisface los requerimientos legales previstos para garantizar una debida planeación del contrato, pues se advierte, en principio una referencia a estudios del Ministerio de Educación Nacional a nivel del país y, subsiguientemente una reseña generalizada de datos de 2002-2010, desactualizados para la época del contrato, sobre aspectos técnicos y comerciales de distintas áreas de la economía no relacionadas con el sector que incumbe a la contratación como costos de mercado en el caso

de alimentos, como por ejemplo, al sector de la electricidad, gas, agua, agricultura, caza, silvicultura y pesca.

Al aumento de la explotación de minas y canteras en el año 2011 debido a la baja de la dinámica de extracción de carbón y petróleo, y alude también al comportamiento del PIB que fue impulsado por la actividad financiera, seguros inmobiliarios y servicios a las empresas que ninguna relación tienen con el objeto de la contratación de la alimentación escolar de la niñez del departamento del Cesar, por lo que se reitera, el estudio del sector elaborado por la gobernación en este caso, no satisface los requerimientos legales desde el punto de vista de su contenido y de su finalidad de garantizar una debida planeación del objeto contractual y, en consecuencia el cargo prospera.

4.2.1.1.2 Segunda irregularidad. Proyecto de pliego de condiciones. Capacidad instalada

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

requerido, con lo que se desbordaron los lineamientos del MEN y se atentó contra la participación plural de oferentes potenciales favoreciendo al operador escogido.

Para la defensa este cargo “carece de toda lógica y veracidad”. En primer lugar, porque, según dijo, este requisito no se estableció por capricho de la gobernación, pues hace parte de los lineamientos del MEN de 2014, en los cuales se indica: *“Infraestructura bodega. El operador puede o no contar con un espacio de bodega para realizar el almacenamiento (...)”*. Con base en esta pauta se expidió el proyecto de pliego de condiciones en el cual “mencionó” tal requisito, sin embargo, la gobernación no estableció de forma imperativa que los proponentes debían contar con una bodega de almacenamiento al momento de presentar la oferta, pues en ninguna parte del pliego aparece tal exigencia, lo que se exigió fue que en caso de no ser propietario del inmueble y tampoco tener uno en arrendamiento debía aportar una carta de intención suscrita por el propietario en la que se comprometiera a dar en arriendo el inmueble al operador favorecido, como quedó plasmado en la página 21 del proyecto de pliego de condiciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vistas así las cosas, concluye la Sala que, este requerimiento efectuado por la gobernación, sin duda alguna, riñe con los requisitos técnicos-administrativos que invoca²⁷.

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

Así, para la Sala, contrario a lo argüido por la defensa, la exigencia de contar con una bodega o con una carta de intención de arrendamiento en las condiciones impuestas, o sea desde la presentación de la oferta, viola los lineamientos técnicos aplicados y por contera los principios de transparencia y selección objetiva en cuanto que, además de no estar terminantemente contemplado, tampoco constituye un

²⁷ En este sentido el parágrafo 4º del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011 que expidió el Plan Nacional de Desarrollo, señaló: “Con el fin de alcanzar las coberturas universales en el Programa de Alimentación Escolar –PAE–, EL Gobierno Nacional trasladará del Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) al Ministerio de Educación Nacional (MEN), la orientación, ejecución y articulación del programa sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento para su prestación de manera concurrente con las entidades territoriales” (Énfasis agregado)

requerimiento exigible desde la presentación de la propuesta, sino a partir de la operación del programa, como se explicó. Tal exigencia, sin duda, impidió la participación de un mayor número de proponentes, favoreciendo a quienes ya venían ejecutando el programa.

Ahora, esta exigencia por estar reglada en los lineamientos técnicos del MEN no podía quedar a discrecionalidad de la administración como lo pretende Lafont Chica cuando señaló: *“dentro de la autonomía que revestía al departamento sí se hizo esa exigencia de demostrar una capacidad instalada”*, o cuando expresó; *“eso queda en primera instancia a criterio de la entidad territorial, las exigencias que puedan hacerse dentro de un proceso precontractual”*²⁸, pues el requerimiento desbordó el contenido del querer del ministerio, que como se explicó, es de perentorio cumplimiento, y por lo que resulta evidente la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, ya que al exigir la gobernación que el *proponente* contara con la bodega al momento de la presentación de la oferta y no después de adjudicado el contrato, impidió la posibilidad de que otros oferentes distintos de los que ya venían ejecutando el programa se presentaran.

4.2.1.1.3 Tercera irregularidad. Pliego de condiciones

La refiere a una serie de hechos acaecidos en el pliego de condiciones que en opinión de la fiscalía constituyen graves

²⁸ Testimonio de Octavio Javier Lafont Chica: audio a partir de 1:10:00, sesión de 23.11.22 parte 2.

irregularidades que desdican del cumplimiento de los requisitos legales de la contratación.

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

En segundo lugar, adujo que en el presupuesto oficial, anexo 2 de los estudios previos se calculó la dotación, capacitación y salario para aproximadamente 1.800²⁹ manipuladores, no obstante, en el num. 2.4.7.1 del pliego de condiciones se exigió que el operador debía ofrecer mínimo 350 manipuladoras, cifra que carece de sustento, pues no alcanza al 20% de lo indicado en el presupuesto, siendo la única explicación lógica la intención de favorecer al consorcio.

En tercer lugar, expuso que adicionalmente en el numeral 2.5.1 del pliego de condiciones se requirió para acreditar la *experiencia general* en la prestación de servicios de alimentos a escolares, allegar *máximo* cinco certificaciones de contratos terminados en los últimos cinco años, contados desde la fecha

²⁹ De acuerdo con el Anexo 2 Presupuesto oficial de los estudios previos, pág. 2 del anexo, se calcularon 1748 manipuladoras.

del cierre del proceso de selección, en cuantía igual o superior a dos veces el presupuesto oficial en salarios mínimos legales vigentes a la fecha de suscripción, exigencia que calificó de “ilógica”, pues el cumplimiento de las exigencias se acredita con *mínimos*. En su opinión este requerimiento limitó el acceso de terceros interesados en participar en la licitación, porque “únicamente” podía ser satisfecho por las dos personas jurídicas que conformaban el consorcio “escogido de antemano”.

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

De otra parte, añadió la fiscalía, que en el numeral 2.5.1 relativo a la *experiencia general* del proponente se pidió que

hubiera sido obtenida en el sector público, exigencia que limitó a otras empresas con aptitud para prestar el servicio.

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

En segundo lugar, se refirió el defensor al cuestionamiento del hecho de que en los estudios previos se hubieran previsto 1.748 manipuladores, pero en el pliego de condiciones solamente se exigieron 350 que cumplieran determinados requisitos, asunto que refutó aduciendo que en los lineamientos técnicos y en relación con la necesidad se requirió que los operadores debían contar con el personal necesario durante las distintas etapas de la ejecución del contrato para esto se exigió disponer de un número de manipuladores que garantizaran la calidad del servicio.

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

En tercer lugar, respecto de la irregularidad referida a la exigencia de la acreditación de la experiencia con *máximo* cinco certificaciones, explicó el defensor que lo que se buscaba era permitir a otros proponentes que no contaran con ésta pudieran conformar un consorcio o uniones temporales para que sumada esa experiencia pudieran participar.

En cuarto lugar, en relación con la exigencia de que en dos de los cinco contratos certificados se acreditara el suministro de 140 raciones diarias cuya sumatoria fuera de 11 millones de raciones a entregar en 59 días contando con 877 restaurantes escolares, que solo podía cumplir la Fundación Kabala; adujo el abogado que cada requisito de experiencia general o específica se fundamentó en lo establecido en el manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación expedido el 23 de diciembre de 2013 por Colombia Compra Eficiente, que definió la experiencia como el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades similares o iguales a las del objeto contractual. Esta irregularidad no existió.

En cuanto a este cargo, debe la Sala empezar por indicar que conforme al num. 3° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, *“Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando*

hubiere abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliego de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos". (Se destaca)

Como bien lo señala la fiscalía, en la página 5 del proyecto de pliego de condiciones se puso de manifiesto que comoquiera que los lineamientos definen orientaciones para la prestación de un servicio de calidad y ofrecen elementos técnicos para la ejecución de acciones alrededor de la alimentación escolar en Colombia y, consecuente con esto, el MEN *"expidió una última versión de los Lineamientos Técnico-Administrativos en el mes de abril de 2015, los cuales servirán de guía en cada uno de los componentes del PAE a ejecutarse en el departamento del Cesar"*.

Es decir, en esa oportunidad la gobernación expresó claramente que los lineamientos a tomar en cuenta en el desarrollo del proceso precontractual y contractual eran los últimos expedidos, es decir los de abril de 2015. No obstante, como lo indicó la acusación, en el 2.4.3 de ese mismo documento, al referirse en el anexo técnico a la capacidad instalada se invocaron los lineamientos de julio de 2014, erigiéndose en una irregularidad en el proceso de planeación, pues esto induce a error a quienes pretenden licitar por no tener claramente definidas las reglas de juego, ya que unos y

otros son distintos y por tanto contemplan exigencias diferentes, circunstancia que, sin duda vulnera el numeral 3° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 y por contera los principios de planeación y responsabilidad, en cuanto dispone que las entidades y los servidores públicos responden cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia *“hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”*.

Para la Sala, las condiciones descritas impiden atender la argumentación defensiva, en cuanto a que eran aplicables los lineamientos de 2014 y de 2015 por tratarse de un *“período de transición”*, y *“por ser complementarios y no excluyentes”*, pues esto resulta inaceptable frente a los principios mencionados.

Así, habiendo sido elaborados los estudios previos en julio de 2015 debieron aplicarse a todo el trámite los parámetros de abril de 2015, como en principio se expresó, y no otros, incluso, como lo dice Lafont Chica, así el proyecto de inversión se hubiera *“gestado”* en noviembre de 2014, pues finalmente se insiste los estudios previos del contrato se elaboraron en julio de 2015, cuando ya se encontraban vigentes los lineamientos de abril de ese año.

Además, no es cierto como dijo la defensa que el ministerio en su respuesta a un derecho de petición³⁰

³⁰ Prueba 5.2.2.44. El MEN respondió que en el marco de sus competencias en relación con el PAE: *“1. En el mes de julio de 2014 los Lineamientos Técnico-administrativos del Programa de Alimentación Escolar (PAE) versión transitoria. 2. Para la vigencia 2015 en el mes de abril, Lineamientos Técnico-administrativos del Programa de Alimentación Escolar (PAE)”* (Se subraya)

introducida por el testigo de la defensa, Jeisson Orjuela Acuña, hubiera manifestado que por tratarse de una “transición” para la época podían indistintamente aplicarse al PAE los lineamientos de 2014 o de 2015. Lo que allí se afirma es que en el marco de sus competencias el ministerio expidió una versión transitoria de los lineamientos en el mes de julio de 2014 y “para la vigencia de 2015, en el mes abril”.

Acerca de las casi 1.800 manipuladoras, en efecto, en los estudios previos se calcularon 1.748 personas, no obstante, en los numerales 7.5.1 y 2.4.7.1 del anexo 2 de esos mismos estudios, se exigió al operador, sin ninguna explicación, ofrecer solamente 350 manipuladores de alimentos, circunstancia que se erige en una seria irregularidad violatoria de los principios de responsabilidad y planeación, pues resulta a todas luces inadmisibles que se calcule un número determinado de personal manipulador de alimentos y solamente se exija el 20%, es decir apenas 350, desconociendo incluso los lineamientos de 2014 que manifestaron haber aplicado.

Ahora, el hecho de que se permita un ajuste de la cantidad de personal requerido dependiendo de las condiciones propias de cada servicio no justifica tan grande desproporción. De otro lado, los estudios previos no hablan de presentación de hojas de vida de 350 manipuladoras, sino de un número mínimo de 350 manipuladoras, lo que no resulta consecuente con los cálculos previos y los lineamientos del MEN que exigen un número mínimo de personal manipulador de alimentos acorde con un determinado número de raciones a servir.

Y esta conclusión no pierde validez ante las tardías dilucidaciones ofrecidas por la defensa y sus testigos en la medida en que en los documentos no obran, como corresponde, las explicaciones que ahora como justificación del cargo enarbola la defensa.

En punto de la experiencia general y específica del proponente a que hicieron alusión los numerales 2.5.1 y 2.5.2 del pliego de condiciones, lo primero para señalar que este tema fue también planteado por la fiscalía como “sexta anomalía” de la primera irregularidad relacionada con los estudios previos y revisado por la Sala, habiéndose hallado probado, por lo que la Sala no retomará este asunto nuevamente.

4.2.1.1.4 Cuarta irregularidad. Incumplimiento del objeto de la audiencia de asignación de riesgos

Según la fiscalía, de acuerdo al artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, esta audiencia tiene como fin precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones y analizar los riesgos y hacer la asignación definitiva de estos. Empero, atendiendo la constancia de 28 de julio de 2015, titulada *“acta de audiencia de aclaración del pliego de condiciones y de revisión de las asignaciones de riesgos dentro del proceso de licitación pública”*, advirtió que no garantizaron el cumplimiento de su objeto ya que dieron por satisfecho el requisito sin que la audiencia se hubiera realizado debido a la inasistencia del oferente “escogido de antemano”.

Para la defensa, el correcto entendimiento del precepto permite concluir que los pormenores del acta son producto de la discusión de las observaciones que postulen los oferentes que asistan a la audiencia y no la gobernación. Entonces, si no asistió ningún oferente no hubo discusión quedando constancia de ello en la respectiva acta como ocurrió.

En orden a dilucidar este asunto comienza la Sala por precisar el contenido y alcance del artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015, referido por la fiscalía como soporte del cargo: *“en la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de Riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de Riesgos”*.

Esta norma contiene el deber de las entidades públicas de incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes el espacio para la celebración de una audiencia denominada de *estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles* que puedan eventualmente derivarse de la ejecución del contrato, y tiene como propósito administrar dichos riesgos, controlarlos, gestionarlos, mitigarlos y efectuar una distribución proporcional entre las partes contratantes, *“actividad que debe sujetarse a un criterio de justicia y equidad, al tiempo que corresponde ejercerse con apego a los principios y reglas constitucionales y legales que orientan la actividad contractual del Estado”*.

Infiere la Sala de lo anterior que en los procesos de licitación pública las entidades estatales deben incorporar en el pliego de condiciones un espacio o audiencia de discusión para estimar los riesgos previsibles, determinarlos y asignar a las partes la responsabilidad de cada uno, en orden a una distribución equitativa, esto conforme con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitivas.

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082 de 2015 los pliegos de condiciones deben contener, entre otros aspectos, “los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes contratantes”. Según el artículo 2.2.1.2.1.1.2 *ibidem* la licitación contempla dos audiencias públicas obligatorias: (i) la de asignación de riesgos y (ii) la de adjudicación.

Bajo estos parámetros normativos, entiende la Sala, como la defensa, que la celebración de una audiencia pública para la tipificación, estimación y asignación de los riesgos es un deber que le corresponde a las entidades públicas y debe estar prevista en el pliego de condiciones.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala puede concluirse que la participación en la audiencia de asignación de riesgos en los procesos de licitación pública es un derecho del futuro proponente, por tanto, es opcional ejercerlo. El efecto práctico de su inasistencia no es otro que la aceptación de los riesgos en la forma que lo establezca la entidad pública contratante. En otros términos: si el futuro

proponente no acude a la audiencia de asignación de riesgos y tampoco efectúa las observaciones respectivas durante la etapa establecida en el pliego de condiciones para tal efecto, se produce una aceptación de la forma en que los riesgos han sido determinados por la administración, lo cual tendrá repercusión en todas las etapas del proceso de contratación, por lo que este cargo no prospera.

4.2.1.1.5 Quinta irregularidad. “Acta de audiencia de cierre y entrega de propuestas”

Según la acusación en esta audiencia solamente puede intervenir el representante legal de la firma proponente o la personas que mediante poder designe. Acorde con el acta correspondiente en este caso, a nombre del consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015 se presentó Eder Enrique Castro Páez, sin el respectivo poder, actuación que contraviene el documento de conformación del consorcio en el que se indicó que la única persona delegada para intervenir ante la administración era María Angélica Araújo Noguera. Y tal como consta en el acta de recibo de la propuesta de 6 de agosto de 2015, quien hizo la entrega fue Joaquín Gámez.

Sobre esta irregularidad adujo la defensa que se queda en el ámbito de la especulación por las siguientes razones: en primer lugar, para el cumplimiento de este requisito basta con la firma de la carta de propuesta por parte del representante legal del oferente que se llena con un simple formato, estima distinta la entrega de la propuesta que se hace en el lugar indicado por la entidad. Dice que la entrega material de la

oferta no está definida en la ley como un requisito habilitante, pues no mide la aptitud del oferente y tampoco exige que sea entregada personalmente por el oferente o por su representante legal. La propuesta, insiste, fue entregada por dicho ciudadano y suscrita por la representante legal del consorcio María Angélica Araújo sin más formalismos; de tal manera que contrario a lo afirmado por el fiscal, no hubo duda de quién presentó la propuesta, como quedó evidenciado en la prueba y tampoco de ese hecho se puede derivar una irregularidad.

Sobre este particular, la Circular Externa Única, versión 02 de 15 de julio de 2022, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- 11. APERTURA DE OFERTAS 11.1. Acta de cierre del proceso de selección, señala que cuando el proceso de contratación se publique en el SECOP I, vencido el término para presentar ofertas, la Entidad Estatal -sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.5 del Decreto 1082 de 2015- puede realizar la apertura de las propuestas en presencia de los proponentes o veedores que *deseen* asistir, y elaborar un acta de cierre en la cual conste la fecha y la hora de recibo de las ofertas, indicando el nombre o razón social de los oferentes y sus representantes legales. Cuando la circular citada afirma que la diligencia se puede adelantar en presencia de los proponentes que *deseen* asistir se debe entender que la presencia de estos no es obligatoria de tal modo que la asistencia de Castro Páez en nombre del consorcio favorecido sin que mediara poder especial que autorizara su representación carece de relevancia, pues en nada afecta la legalidad de audiencia así adelantada,

máxime que no ejerció ninguna actuación. El cargo no prospera.

4.2.1.1.6 Sexta irregularidad. Evaluación de la propuesta

Está referida a la evaluación de la propuesta, la cual, según la fiscalía, violó el artículo 2.2.1.1.2.3 (sic) del Decreto 1082 de 2015, toda vez que no se hizo con objetividad según dice se desprende del análisis de las evaluaciones técnicas y de los requisitos habilitantes jurídicos desarrollados por la gobernación.

Sustentó el cargo sobre la base de los siguientes hechos:

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

Segundo. El numeral 2.2.12 del pliego de condiciones indicaba que la gobernación revisaría los antecedentes disciplinarios de las personas naturales y de las personas jurídicas y haría lo propio con sus representantes legales, sin embargo, en la propuesta del consorcio oferente se observa que los certificados aportados corresponden a los de dos personas naturales: la Fundación Pa' Todo el Mundo, que no hacía parte del consorcio, y la Asociación de Manipuladores de Alimentos

del Cesar, sin que aportaran los antecedentes de la Fundación Kabala, integrante del consorcio, incumpliendo con este requisito impuesto por la gobernación con el propósito de favorecer al contratista previamente seleccionado.

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

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

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

Asimismo, Dangond Rosado, en 2021 con posterioridad a estos hechos, fue contratado en el segundo periodo del procesado como administrador para desarrollar el PAE. De otro lado, según la prueba 139, el experto Rodríguez Casallas sostuvo que la firma Suministros & Suministros Sion fue la más importante proveedora del contrato (54.27%) por \$6.858.042.000 empresa cuyo gerente suplente era otro familiar de los citados, Fabián Leonardo Dangond Rosado (prueba 68), lo que le permitió inferir que la gobernación favoreció el negocio familiar de Ivis del Carmen Rosado y que se apropiaran de los recursos públicos.

En punto de esta irregularidad la defensa sostuvo que se trata de otra afirmación sin sustento, porque la acreditación de estos aspectos surge del contenido de los documentos que soportan tanto el proceso contractual como la propuesta y no de uno solo, lo que se puede advertir de las pruebas, en donde aparecen registrados todos los aspectos echados de menos por ésta. Incluso en el punto 11 del aviso, página 3, figura el cronograma detallado de contratación.

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

Añadió que no era función del comité hacer un estudio de títulos para saber quiénes eran los familiares de la persona que presentó la carta de intención, pues eso no lo exigía la ley, debía simplemente verificar la existencia del predio, de su propietario y del compromiso de su futuro arrendamiento para lo cual bastaba el certificado de tradición y libertad, así que para la defensa esta irregularidad no existe.

En relación con el primer hecho de esta sexta irregularidad, ha de expresar la Sala que carece de la relevancia necesaria para que por sí misma permita tipificar el delito del artículo 410 del Código Penal, pues la omisión del proponente de diligenciar el espacio del literal k de la carta de presentación de la propuesta referido al número de folios es insustancial, no solo en sí misma, sino porque como lo señaló el defensor, en el acta de cierre y entrega de propuestas (5.2.2.29) se dejó constancia del número de folios que contenía, 2.017 en total, que efectivamente corresponden al de páginas marcadas en la propuesta (5.1.2.98), de tal manera que haber omitido escribirlo en el formulario no tiene la trascendencia que predicó la fiscalía.

En punto del segundo hecho, referente a los antecedentes disciplinarios, la Sala ha de decir que revisados los documentos pertinentes, es cierto, como lo sostiene la defensa, que la Fundación Kabala hasta el 15 de julio de 2015 se denominaba Fundación Pa' Todo el Mundo, NIT 824006175-7, por lo que el 27 de julio de 2015, fecha próxima a la entrega de documentación de la propuesta, se allegaron los antecedentes

disciplinarios a nombre de esta fundación y no de la primera, debido al cambio de nombre, y esta circunstancia debidamente comprobada permite asumir a la Sala que sí se cumplió con el requisito habilitante de contenido jurídico, y por tanto el cargo carece de sustento.

Del cambio de nombre y de su fecha da cuenta el certificado de existencia y representación allegado con la propuesta expedido por la Cámara de Comercio de Valledupar visible a folio 14 de la misma (5.1.2.98).

Sobre el tercer hecho referido a que la publicación en el SECOP I del informe de evaluación de la propuesta no se hizo el 10 de agosto de 2015 como lo estableció el cronograma, debe la Sala reiterar que no cualquier irregularidad en el trámite de la contratación pública tiene la relevancia penal que demanda la tipicidad del artículo 410 del Código Penal, sino solo aquellas que afecten sustancialmente los principios de la contratación, lo que no ocurre en este caso.

En cuanto a la razón de ser y el alcance del traslado del informe de evaluación de la propuesta, la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el gobierno, que se convirtió en la Ley 80 de 1993, señaló:

“...se otorga la facultad a los oferentes de conocer los informes, conceptos y decisiones producidos en el curso del proceso con el propósito de permitirles la formulación de observaciones y reparos, esto es, para que puedan discutirlos o controvertirlos en orden a preservar la igualdad de oportunidades (art. 24 inc. 2º)...se busca con ello no solo dar a conocer los estudios de cada una de las propuestas y su evaluación, sino también que los administradores reciban cierta colaboración de los participantes en el proceso de selección, quienes para el efecto tienen la oportunidad de

ilustrar a la administración sobre hechos y circunstancias relevantes y que eventualmente hayan pasado desapercibidas”.

Si la razón de ser de la publicación del informe de evaluación es darlo a conocer a los oferentes para que formulen observaciones, y en este caso solamente se presentó uno, precisamente a quien le fue adjudicada la licitación, carece de relevancia la omisión de la publicación sobre la que sustenta el cargo la fiscalía, por tanto, no es posible afirmar la violación de los principios de economía y publicidad invocados por la fiscalía, razones que conducen a la Sala a desechar el cargo.

Acerca del cuarto hecho, atinente al requisito de la bodega, tema que antes fue abordado desde el punto de vista de la oportunidad para acreditar el cumplimiento del requisito, y ahora lo esgrime la fiscalía en relación con el modo de acreditación indicando que pese a haberse exigido al proponente la propiedad del inmueble, finalmente al momento de la evaluación se aceptó una carta de intención de arrendamiento, lo que en su sentir constituye una grave irregularidad, pues de este modo se excluyeron otros posibles interesados; desde ya la Sala desechará el cargo por no tener correspondencia con los términos que para el efecto se previeron en el 2.4.3 “Capacidad instalada” del proyecto de pliego de condiciones. Para corroborar esta conclusión basta con leer el citado apartado, que igualmente coincide con lo previsto en el 7.3 de los estudios previos, en cuanto si bien en principio se exige que los proponentes deben contar con instalaciones locativas dotadas con los equipos necesarios para la conservación de alimentos, también lo es que, finalmente se contempla que en caso de no ser propietario del inmueble, y

tampoco tenerlo arrendado, *“deberá aportar carta de intención suscrita por el propietario del inmueble en la cual se comprometa a que arrendará el bien inmueble en caso de resultar favorecido con la adjudicación del contrato, así como el certificado de libertad y tradición del inmueble”*. Por tanto, este cargo no prospera.

La misma suerte correrá el relacionado con el parentesco de Juan David Dangond Rosado y de Fabián Leonardo Dangond Rosado con la señora Ivis del Carmen Rosado, y el presunto favorecimiento del negocio familiar, pues pese a las imputaciones que se hacen, que por sí mismas, aún en caso de probarse, no tipifican la conducta del 410 desde la perspectiva de sus requisitos esenciales; además la fiscalía no demostró legalmente el parentesco como corresponde, a través de los respectivos registros civiles de nacimiento, prueba idónea para tal efecto, por lo que no puede prosperar el cargo.

Sobre la verificación del cuantioso valor de la bodega en relación con el escaso capital social de la firma propietaria; del contrato de prestación de servicios de Juan David Dangond Rosado con la gobernación en 2021 para desarrollar el PAE; el hecho de que la firma Suministros & Suministros Sion, cuyo gerente suplente era Fabián Leonardo Dangond Rosado, hermano del primero y sobrino de Ivis Rosado Robles según afirmó la fiscalía, fuera la mayor proveedora de bienes para el consorcio contratista, circunstancia que en términos de la fiscalía favoreció el “negocio familiar” en detrimento de los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad en el proceso de evaluación de la propuesta;

ha de manifestar la Sala que se trata de aspectos que no eran materia de evaluación de la propuesta como se desprende del informe de evaluación técnica (5.1.2.99) y de su formato del que se evidencia se apreciaron requisitos habilitantes en aspectos jurídicos, financieros y técnicos. La evaluación técnica y económica involucró solamente asuntos como la calidad del servicio, valor de la oferta económica y apoyo a la industria nacional

Así las cosas, la omisión de evaluar los aspectos propuestos por la fiscalía atrás analizados no constituyen irregularidades violatorias de los principios de contratación.

4.2.1.1.7 Séptima irregularidad. Suscripción del contrato

De acuerdo con la fiscalía esta irregularidad acaeció en la celebración del contrato que fuera suscrito por el secretario general Jaime Luis Fuentes Pumarejo, por virtud de la delegación conferida por el Decreto 987 de 13 de julio de 2010, modificado por el 571 de 10 de agosto de 2011, vigentes para la época de los hechos y avalada por el procesado en el Decreto 00125 de 4 de mayo de 2013, por el cual le delegó la competencia para contratación a dicho funcionario.

A pesar de las anomalías, sostuvo la fiscalía, el delegado suscribió el contrato cuestionado lo que le permitió afirmar que el gobernador no ejerció control, supervisión ni vigilancia, eje de esta irregularidad. Añadió que la delegación no exime de responsabilidad al delegante por tratarse de una competencia

del servidor público acorde con los artículos 10, 12, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, art. 35 del Decreto 2150 de 1995 y la sentencia C-693 de 2008.

Además de las irregularidades del trámite contractual pudo advertir el ente acusador la existencia de las siguientes, relativas con la suscripción del contrato:

Primera: según la acusación, en la cláusula sexta del contrato 2015-02-1178 al señalar las obligaciones del contratista se dijo que estas eran acordes con los lineamientos técnico-administrativos del PAE versión transitoria de julio de 2014 expedidos por el MEN, a pesar de que ya estaba vigente la de abril de 2015, siendo ésta la publicada en el SECOP; lo que produjo una situación ambivalente prohibida por la ley de contratación estatal. Así pudo verificar cómo el contrato solo fue publicado hasta el día 14 de abril de 2016, aproximadamente seis meses después de su celebración y liquidación, lo que violó el principio de publicidad, pilar del de transparencia en el campo de la contratación estatal.

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

Para la defensa las irregularidades acabadas de señalar tampoco existen. Replicó que durante los años 2013-2015 periodo de la gobernación del procesado se adelantaron más de 4.200 procesos contractuales, entre ellos los del PAE, siéndole imposible estar a cargo de todos, por lo que los procesos se adelantaron bajo el principio de "legítima confianza".

En fin, para el apoderado su defendido confió en el adelantamiento del trámite contractual con apego a los principios de la contratación pública por parte de sus delegados convencido del obrar adecuado e informado en el ejercicio del control y seguimiento realizado, lo que materializó en el principio de confianza.

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

La Sala, en relación con la suscripción del contrato por el delegatario sin verificar que se hubieran observado los requisitos legales esenciales en el trámite de la contratación,

que la fiscalía atribuye al acusado por incumplir los deberes de dirección, orientación vigilancia y control resultantes de la delegación de la firma del contrato, ha de expresar que le asiste razón a la fiscalía en cuanto a que el contrato fue suscrito por el secretario general de la gobernación en condición de delegatario para este acto sin verificarse el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en su trámite, pues no de otra forma se explican las numerosas irregularidades en que se incurrió durante la fase precontractual, que, sin duda alguna de haber procedido el gobernador conforme a las obligaciones que impone un cabal cumplimiento de los deberes derivados de la delegación estas no se hubieran presentado.

En punto de si este le es atribuible jurídicamente al gobernador por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por el incumplimiento de los deberes provenientes de la delegación, es un asunto que será abordado en extenso posteriormente cuando se aboque el estudio del principio de confianza que invoca la defensa, y después en la sentencia, el cual por virtud de la delegación de todas las fase de la contratación protegidas por el tipo penal tiene incidencia en la imputación del resultado típico.

Siguiendo con el análisis de las otras ilegalidades advertidas por la fiscalía y en particular a la que atañe a la aplicación simultánea de los lineamientos técnico-administrativos de 2014 y 2015, este tema ya fue estudiado en el pliego de condiciones, de tal manera que se remitirá la Sala a lo allí determinado y, en consecuencia, se abstendrá de

estudiar el cargo para evitar infringir la prohibición de doble juzgamiento.

En lo referente al incumplimiento de la entrega de las garantías que debió ocurrir dentro de los tres días siguientes a la suscripción del contrato y a la publicación de este, seis meses después, de comprobarse se trataría de una afectación de la ritualidad acaecida en la fase de ejecución por lo que escapan a la tipicidad del artículo 410 del Código Penal, lo que obliga a la Sala a rechazar el cargo.

4.2.1.1.8 Octava irregularidad. Liquidación del contrato

La fiscalía planteó algunos hechos irregulares que calificó de sustanciales por haber impactado los principios fundamentales de la contratación, los cuales, según la acusación, se presentaron en la liquidación del contrato, y por ende son constitutivos del delito que se analiza.

Primero: la liquidación del contrato se hizo mediante acta suscrita el 23 de diciembre de 2015, en cuyo ordinal séptimo de las consideraciones se indicó que hasta el 24 de noviembre se había ejecutado un 68.44% faltando un 31.56%. Sin embargo, a renglón seguido, en el “avance de la ejecución” se afirmó que el contratista presentó facturación que acreditaba una ejecución del contrato del 89.75% quedando solo un 10.25%, por ejecutar, sin que se hubiera explicado dicha inconsistencia.

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

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

Cuarto: se liquidó el contrato sin verificar previamente el adecuado cumplimiento de las obligaciones pactadas. Así lo deduce de los testimonios de los docentes que declararon en el juicio: Melvis Oviedo Gelvis, Jaime Troncoso Suárez, Luis Eduardo Cotes Mogollón, rectores de algunos de los centros educativos donde se prestó el servicio del PAE, segundo

semestre 2015, quienes informaron acerca de las anomalías en la prestación del servicio en cuanto a que el complemento alimenticio no llegaba para todos los estudiantes por lo que en algunas oportunidades hubo la necesidad de reducir las porciones, hecho corroborado por Lugo Palomino, testigo de la defensa, quien dijo que se dejaron de entregar alimentos en un porcentaje del 10% solamente, “lo que corrobora en todo caso la falta de planeación”.

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

De estas irregularidades no se dejó constancia en la liquidación. Los testimonios de la defensa: Álvaro Collantes y Bibiana Picón, aunque pretendieron minimizar el hecho, admitieron que en algunos casos los alimentos llegaban en regular estado de conservación, debido a que no tenían los vehículos adecuadamente equipados. En otros los alimentos no alcanzaban para todos los estudiantes, por lo que era necesario reducir la ración.

Quinto: Adujo la fiscalía que probó lo expresado en la adición al escrito de acusación, esto es, la anomalía en la liquidación referida a las inconsistencias halladas en las muestras del 10% de las planillas reportadas por el operador

correspondientes a los meses de septiembre y noviembre de 2015 en desarrollo del contrato. Esto respecto de la base de datos del SIMAT y acorde a lo testificado por la investigadora experta, donde, dijo, se encontraron las siguientes inconsistencias:

(i) En el mes de septiembre de 2015 se revisaron 13.090 registros advirtiendo que 651 estudiantes reportados por el operador no estaban en el SIMAT; 807 registrados en el SIMAT no fueron beneficiados con el programa; y 361 es “la diferencia numérica en cuanto a beneficiarios reportados por el operador que no se encontraban matriculados”.

(ii) Para el mes de noviembre de 2015 se analizaron 12.638 registros de los cuales 411 beneficiarios reportados por el operador no estaban registrados en el SIMAT y 211 fue la diferencia numérica de los beneficiarios reportados por el operador que no se encontraban matriculados. Estas circunstancias fueron omitidas al momento de la liquidación por parte del procesado.

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

Finalmente, con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se conculcaron los principios de economía, planeación (art. 25, 26 y 30 L. 80 de 1993), responsabilidad

(art. 26 L. 80 de 1993), transparencia contenida en el de selección objetiva, publicidad, eficiencia y celeridad.

En punto de la indeterminación del porcentaje ejecutado del contrato, la defensa sostuvo que el mismo ascendió al 89.5% dentro de la secuencia razonable plasmada en el documento acta de liquidación. Añadió que en su consideración séptima se advierte que hasta el 24 de noviembre se había ejecutado el 68.44%, allí mismo se aclaró que faltaba el informe final que debía presentar el operador del periodo comprendido entre el 1 y el 24 de noviembre, fecha en la que terminó el contrato dándose a entender de manera clara que hasta ese momento se había presentado solamente la facturación hasta el mes de octubre y que con la presentación y aprobación del acta de liquidación se cancelaría el periodo del mes de noviembre. Posteriormente, más adelante, en el ítem "avance de la ejecución" se señaló el porcentaje final ejecutado por el operador del 89.5% relacionándose, por tanto, la facturación del mes de noviembre del 1 al 24, la cual hizo parte del acta de liquidación, requisito para reclamar el respectivo paz y salvo.

En lo referente a que el contratista presentó a la interventoría copia de una factura de suministro cuyo valor ascendió a \$12.636.685.229, pero que conforme al comprobante de egreso emitido por la gobernación el valor era de \$13.492.089.354, es decir, muy por encima de lo declarado por el operador; señaló que tal como lo mencionó el perito experto de la defensa en la contabilidad de la gobernación se registró que el consorcio facturó \$15.388.164.588 por concepto

de raciones entregadas aplicándose los descuentos por visitas técnicas que son glosas por la suma de \$127.276.000 para un pago total efectuado por la gobernación de \$15.260.887.877, pudiéndose deducir que se dejó de ejecutar la cifra de \$1.884.217.123 del valor inicial del contrato que fue superior a \$17.000.000.000.

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

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

Ahora, al analizar los recursos que se debieron invertir para mantener bien el producto en su estructura financiera del contrato dijo la defensa que, allí se tuvieron en cuenta tanto los costos directos como los indirectos. Al verificar los libros

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

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

En relación con estas irregularidades, comenzará la Sala el análisis de cada una en el mismo orden propuesto por la fiscalía, así:

Respecto de la proporción de la ejecución del contrato al momento de su terminación, una vez revisada el acta de liquidación del contrato 2015-02-1178 de 23 de diciembre de 2015 (5.2.2.33), concluye la Sala que le asiste razón a la fiscalía en cuestionar su legalidad por la evidente contradicción respecto de la proporción de la ejecución del contrato hasta el 24 de noviembre de 2015, fecha de su terminación, pues mientras en el ordinal séptimo de las consideraciones del documento se afirmó que *“hasta el 24 de noviembre se ejecutó el 68.44%, faltando por ejecutar 31.56%”*, a renglón seguido en el apartado *“avance de la ejecución”* se aseguró que a esa misma fecha *“el operador había presentado facturación por \$15.388.164.580 del total del contrato que representa un 89.75%, quedando un valor no ejecutado de \$1.756.940.420 que representa el 10.25%”*. Es decir, un mes después de terminado el contrato se suscribió el acta de liquidación sin haberse establecido a ciencia cierta la cantidad de ejecución del mismo.

No puede perderse de vista que el acta a que se hace mención tiene fecha de 23 de diciembre de 2015, es decir, un mes después de terminado el contrato, y aún no había claridad en cuanto al monto y porcentaje de lo ejecutado, y a pesar de esto, se procedió a su liquidación sin verificar el cumplimiento del contrato, hecho que, incluso, es aceptado por la defensa quien reconoce que hasta ese momento aún faltaba por presentar la facturación del mes de noviembre.

Además, sin contar aún con el informe final del periodo del 1 al 24 de noviembre por parte del operador, en el numeral 6 *“análisis financiero”* del acta de liquidación se aceptó como

“valor facturado noviembre ASA000005” la suma de \$3.639.715.570, o sea, se pagó la facturación correspondiente al mes de noviembre sin contar con el informe final de ese mes por parte del operador, es decir, sin soportes contables, lo que constituye una grave ilegalidad en la medida en que se gestionó y finiquitó el acta de liquidación sin tener la información completa.

En tales condiciones, contrario a lo argüido por el defensor, es claro que la liquidación del contrato se hizo sin el cumplimiento de los requisitos legales pues se procedió a su liquidación, un mes después de terminado, y el operador no presentó los soportes contables que justificaban los gastos que se reconocieron.

En cuanto al segundo hecho, es decir, la diferencia entre las facturas presentadas por el consorcio (causaciones) por valor de \$12.636.685.229 y los pagos efectuados por la gobernación de \$13.492.089.354 (5.1.2.139) que arroja una diferencia de \$855.404.125 pagada de más por ésta, estima la Sala que hace parte del mismo cargo anterior que se refleja en la irregularidad del acta de liquidación en la medida en que se procedió a efectuarla sin haberse presentado los informes completos de gastos por parte del consorcio hasta la terminación del contrato el 24 de noviembre de 2015 y sin la consolidación de todos los gastos y pagos, por tanto esta irregularidad se tendrá como parte del cargo anterior.

En lo atinente a que solamente 10 proveedores acumularon el 89.37% de la contratación y que solamente Sion

y Sion suministros, de propiedad de un pariente de Ivis Rosado proveyó el 54.27% de la misma, que según dijo la fiscalía, constituye una irregularidad en la liquidación, ha de decir la Sala que rechazará el cargo por tratarse de aspectos no relacionados con la liquidación del contrato, de acuerdo con lo siguiente:

La liquidación es el procedimiento a través del cual, una vez concluido el contrato, las partes *cruzan cuentas* respecto sus obligaciones. Su objetivo es determinar si las partes pueden declararse a paz y salvo mutuo o si existen obligaciones por cumplir y la forma en que deben ser cumplidas. Por esta razón, la liquidación solo procede con posterioridad a la terminación de la ejecución del contrato. Su marco normativo general está previsto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012. El trámite aplicable a la liquidación de los contratos estatales se encuentra en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007³¹.

En ese orden, los aspectos planteados por la fiscalía en este cargo no tienen cabida dentro del alcance y contenido de la liquidación, es decir, no forman parte de dicho proceso y no pueden por esto constituir irregularidad alguna, por lo que, se reitera, no puede prosperar este cargo.

Ahora, en cuanto a que el contrato se liquidó sin verificar el cumplimiento de las obligaciones pactadas, según se desprende de los testimonios de los docentes que declararon en

³¹ Colombia Compra Eficiente: Guía para la liquidación de los procesos de contratación. G-LPC-01.

el juicio, el cargo es genérico y vago, no apunta a un aspecto específico o concreto, en fin, carece de solidez y que además fue desvirtuado por los testigos Gelvis Oviedo Melvis³², Luis Eduardo Cote Mogollón³³, Luis Eduardo Cote Mogollón³⁴ y Jaime Troncoso Suárez³⁵, quienes en términos generales si bien admiten que hubo problemas en el suministro de alimentos y cantidades, también lo es que aseguran que eran oportunamente corregidos por el proveedor.

Además, como puede advertirse de la lectura del ordinal sexto del acta de liquidación que como resultado de las visitas practicadas por la interventoría y revisión documental desde el 27 de agosto al 24 de noviembre de 2015 se realizaron descuentos por incumplimiento de la cláusula séptima del contrato 2015 por valor de \$127.276.703³⁶, derivados de los informes de interventoría por concepto de inobservancia de los parámetros establecidos para los comedores escolares, y los alimentos en cuanto a su estado, gramaje, aporte de macronutrientes, etc., en los porcentajes allí establecidos, lo que significa que las deficiencias en el suministro de alimentos y en general en la prestación del servicio que puso de presente la fiscalía para sustentar el cargo, si fueron tomadas en cuenta en la liquidación, de ahí que deba reiterar la Sala, la improcedencia de este cargo.

En relación con las inconsistencias encontradas en las planillas de reporte de suministro alimenticios del operador de

³² Sesión de audiencia de 7 de septiembre de 2022. Parte 2. A 01:14:13 en adelante.

³³ Sesión de audiencia de 7 de septiembre de 2022. Parte 2. A partir de 01:47:51.

³⁴ Sesión de audiencia de 7 de septiembre de 2022. Parte 2. A partir de 01:47:51.

³⁵ *Ibidem*. Audio a partir de 01:29:50.

³⁶ Prueba 5.2.2.33. Acta de Liquidación del Contrato 2015-02-1178 a folio 4.

los meses de septiembre y noviembre de 2015, hallazgos que se pusieron de presente en la adición del escrito de acusación, con base en los resultados del informe de policía judicial núm. IC0006802899 del 20 de octubre de 2021 (5.1.2.141), que dio cuenta de una diferencia por “actividades anómalas” en cuantía de \$1.843.510, así: (i) septiembre 2015 por \$612.660; (ii) noviembre 2015 por \$430.120 y por \$800.730 para un total de \$1.843.510.

La defensa no registró análisis en su informe técnico, sin embargo, alude a raciones efectivamente entregadas y ejecutadas, así: *“(...) es importante aclarar que, para efectos de la comparación, tanto en el presupuesto como en la ejecución, se toman solo las raciones entregadas y ejecutadas por el contratista; es decir, 7.712.168 raciones entre complementos de la jornada mañana y almuerzo, restando de este valor obtenido las glosas”*.

Respecto a las diferencias establecidas en el informe citado, al cotejar la Sala la información ofrecida por la testigo experta contable de la fiscalía que reposa en la matriz de septiembre 2015³⁷, encontró un resultado distinto y diferentes inconsistencias que desvirtúa sus conclusiones.

Se encontraron, por ejemplo, un número significativo de estudiantes reportados por el operador que dijo no figuraban en el SIMAT, otros aparecían con sus nombres, pero con documento de identidad distinto, etc., que desconceptúan sus resultados.

³⁷ Prueba 5.1.2.124.

En síntesis, respecto de estas irregularidades plasmadas en la adición del escrito de acusación, basadas en las inconsistencias halladas en las planillas de raciones suministradas por el operador de los meses de septiembre y noviembre de 2015, el cargo no fue demostrado debido a las deficiencias establecidas por la Sala al confrontar la información ofrecida por la contadora testigo de la fiscalía Adriana Ruiz Hernández, según se vio, por tanto, no prospera.

4.2.1.2.9 Delegación y principio de confianza en materia contractual

Como viene de verse se pudo probar una serie de ilegalidades sustanciales que afectaron los principios esenciales de la contratación pública y que por tanto se ubican objetivamente en la hipótesis del artículo 410 del Código Penal, no obstante, ante la delegación efectuada por el gobernador de todas las fases de la contratación y la alegación de su defensor en cuanto que su prohijado obró amparado por el principio de confianza; se impone realizar un análisis de la acusación a fin de determinar si el procesado ejerció los deberes de orientación, dirección, control y vigilancia de la actividad contractual delegada que le son propios, en cuyo caso, de ser afirmativo, sería menester beneficiarlo con el amparo que le prodiga tal principio, o de ser negativo, imputarle jurídicamente el resultado por haber creado con el incumplimiento de sus deberes un riesgo jurídicamente desaprobado que se cristalizó en el resultado típico.

En ese sentido alegó la defensa que las irregularidades advertidas por la fiscalía, cuya existencia niega, no pueden serle atribuidas a su prohijado en atención a que todas las fases del proceso contractual estaban delegadas en los secretarios de despacho y él obró bajo el principio de confianza, es decir, en la seguridad de que sus delegados actuaron con estricto apego a la legalidad.

La delegación en materia de contratación estatal ha sido una herramienta útil para el cumplimiento de la función pública, razón por la cual la reglamentación prevé razonadamente la participación de diversos servidores públicos, a quienes se les atribuye funciones para actuar en los procedimientos precontractuales de licitación, adjudicación, o incluso con la finalidad de celebrar contratos, es decir, para dar impulso a las distintas etapas de la contratación³⁸.

El principio de confianza, como lo ha decantado la Sala, es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo. Para que opere es imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de instruir, vigilar, controlar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba delegada la función de adelantar la fase precontractual³⁹.

Pues bien, no obstante que la delegación dispuesta por el acusado para *tramitar, suscribir y liquidar* los contratos en los secretarios de despacho se circunscribió a: las dos primeras fases en el secretario general y la última en el secretario del

³⁸ Cf. CSJ. AP5404-2016. Rad. 44655.

³⁹ Cf. CSJ. SP15528-2016. Rad. 40383. Lo mismo: CSJ. SP4514-2020 Rad. 55345.

sector del respectivo contrato, en este caso de educación, de acuerdo con los términos del Decreto 000125 de la Gobernación del Cesar de 24 de mayo de 2013, artículo primero, literales *a)* y *g)* y el artículo sexto en consonancia con el capítulo VI de la Ley 80 de 1993; para la Sala, es claro en este caso, como se explicará más adelante, que la conducta es atribuible al acusado como quiera que se demostró que la delegación la hizo con el propósito de eludir su responsabilidad en la contratación, lo cual se deduce del hecho de no haber cumplido con los deberes legales derivados de la delegación.

Por ello no resulta admisible la pretensión de la defensa de desvirtuar el cargo aduciendo que su defendido sí cumplió con dichas obligaciones, tesis que intenta probar con una serie de documentos y testimonios que, a juicio de la Sala, por el contrario, reafirman que la delegación fue solamente un ardid creado para soslayar su responsabilidad y, además, que la omisión del cumplimiento de esos deberes fue deliberada.

Para sustentar esta conclusión basta revisar el manual de contratación de la gobernación de 2013 contenido en la Resolución 000124 de 23 de mayo de 2013 (5.1.2.10), expedida por el mismo procesado, en cuyas consideraciones puede inferirse no solamente la necesidad que había de regular en el manual *“todas las funciones internas en materia contractual, las tareas que deban acometerse por virtud de la delegación o desconcentración, las que derivan de la vigilancia y control de la ejecución contractual (...)”*, sino también el conocimiento que tenía de los deberes que debía cumplir en los casos de delegación para la tramitación de los contratos.

Ello conduce a la Sala a concluir que MONSALVO GNECCO sabía que al delegar la contratación conservaba los deberes aludidos de orientación, seguimiento y control de la misma y que esto no lo exoneraba de su cumplimiento, por lo que se deduce que la delegación la hizo con el propósito de eludir su responsabilidad. O ¿qué otra conclusión podría emerger del hecho de saber que la delegación le imponía unos deberes y a pesar de ello, incumplirlos? La respuesta no puede ser distinta a la planteada.

Además, llama la atención de la Sala que ese mismo manual en su artículo cuarto determine algunos organismos, entre estos, el comité de contratos⁴⁰ que debían apoyar la labor contractual de la gobernación, sin embargo, no existe constancia en la actuación acerca de alguna solicitud de apoyo o convocatoria de este comité por parte de la gobernación para efectos de la contratación que interesa, facilitando que el contrato se tramitara, celebrara y liquidara con violación de los principios pilares de la contratación pública.

De esto da cuenta el hecho de que conforme con el artículo sexto del manual el comité de contrato está integrado, entre otros, por un delegado del gobernador que no podía ser ningún secretario delegatario, sin embargo, no hay evidencia en la actuación de la reunión del comité para este caso, lo que refuerza la conclusión de la Sala acerca de la omisión del

⁴⁰ El comité de contratos es un ente asesor que apoya al gobernador y a los servidores públicos delegatarios en los procesos de contratación que desarrolla el departamento con el fin de propender por el cumplimiento de los principios contractuales, en especial, los de transparencia y selección objetiva. (Art. 5 de la Resolución 000124 de 2013, Manual de Contratación. (5.1.2.10)

acusado de ejercer sus deberes legales derivados tanto de la delegación como de sus funciones de gobernador, máxime cuando, según el artículo tercero del manual en mención, el comité antes de la publicación del proyecto de pliego de condiciones debió deliberar sobre el proceso contractual que cursaba, con el fin de ajustar si era necesario, las exigencias y elementos fundamentales del objeto requerido de conformidad con la normatividad jurídica contractual.

Es evidente entonces que el comité de contratos no operó en este caso, lo que reafirma la conclusión de la Sala en cuanto a que el acusado omitió el cumplimiento de sus deberes como ordenador del gasto derivados de la delegación, al mismo tiempo que de sus atribuciones esenciales como gobernador que le eran obligatorias conforme al manual de funciones (5.1.2.8).

A partir de los planteamientos expuestos, puede afirmar la Sala sin hesitación que fue libre decisión del gobernador delegar el trámite del proceso de contratación que interesa y, posteriormente apartarse del mismo, hasta el extremo de despreñar los distintos mecanismos de asesoría que tenía a su disposición para ejercer seguimiento, vigilancia y control del proceso de contratación, con el fin de adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que se ajustara a la legalidad.

Era tan clara la voluntad del gobernador de no ejercer sus deberes y competencias que ni siquiera, exigió el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo tercero del manual de contratación, que él mismo expidió, que ordena

perentoriamente para los procesos de licitación pública que previamente a la publicación del proyecto de pliego de condiciones se reúna el comité de contratos con el fin de ajustar, si a ello hay lugar, las exigencias y elementos fundamentales del objeto requerido. De ello no hay constancia en la actuación.

No hay duda que el gobernador no exigió los obligados reportes sobre el avance de ésta, tampoco impartió directrices u órdenes con el propósito de preservar la legalidad de la contratación.

La Corte ha sostenido de modo inveterado que los servidores públicos que ostentan la titularidad de la ordenación del gasto no les es dado rehuir su responsabilidad alegando el amparo del principio de confianza depositado en sus delegatarios, pues *“por manera alguna los convierte en simples «tramitadores» o «avaladores» de las labores desarrolladas por sus subalternos; ni significa, tampoco, que al representante legal de la entidad le competa solamente «firmar» los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer controles debidos”*⁴¹.

Con el fin de confutar el cargo, la defensa esgrimió un archivo digital excel (5.2.2.45) en el que aparece un extenso listado de contratos celebrados en el año 2015 por la secretaria general de la gobernación, entre ellos el 2015-02-1178 de 21

⁴¹ CSJ. SP6809-2016 de 25 de mayo de 2016, tomada de SP386-2023 de 13 de septiembre de 2023, radicado 62645.

de agosto de 2015, en donde, sin más detalles se describe el número del contrato, fechas de suscripción e iniciación, contratista, objeto, valor y tiempo de ejecución. En algunos casos se informa la clase de contratación, su estado y la dependencia que lo generó, información que a juicio de la Sala aparece irrelevante frente al cumplimiento de los deberes legales derivados de la delegación, pues en realidad esa información no constituye un real acto de vigilancia, orientación, ni control, y por el contrario es tan clara la intención del gobernador de no ejercer control sobre el proceso contractual que, como ya se dijo, obvió las distintas posibilidades de asesoramiento que tenía a su disposición para vigilar y controlar que la contratación del PAE se llevara conforme con la normatividad aplicable y se ajustara a los principios de la contratación.

Frente a esta situación es necesario recordar que dichas facultades implicaban solicitar información, así como realizar control y seguimiento de la actividad contractual. La vigilancia, por ejemplo, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del delegatario se ajustaran a la normatividad que regía la contratación específica; y, finalmente, el control permitía ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo, en fin que coordinara la actividad del delegatorio y supervisara suficientemente su actuación, actividad que no la podía ejercer con la simple obtención de la escueta información contenida en los archivos excel aducidos como prueba por la defensa.

En esa misma dirección allegó la defensa el Acta 1 de 21 de enero de 2015 (5.2.2.46) “Mesa de seguimiento a obras No. 3” que por la fecha de celebración ninguna relación tiene con el contrato en cuestión que data de agosto de 2015. Si bien se trata de una reunión orientada a revisar el desarrollo del PAE, por la fecha carece de relación con el contrato materia de cuestionamiento. A esto hay que añadir no solo que en el listado de asistencia aparece el año 2014, sino que el objeto de la reunión fue la de “realizar seguimiento al estado de avance del PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR”, es decir, a su ejecución, pero, de cualquier manera, ninguna relación con el contrato materia de esta actuación que permita inferir que ejerció los deberes exigibles derivados de la delegación para ampararse en el principio de confianza.

Otro tanto ocurre con los memorandos dirigidos al gobernador por el secretario general de junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2015 (5.2.2.49, 5.2.2.50, 5.2.2.51 y 5.2.2.52 y 5.2.2.53), que según dijo la defensa contienen información de la contratación realizada por el departamento durante esos meses, archivo digital que al ser revisado deja ver que se trata de una información general carente de importancia en relación con el cumplimiento de los deberes cuyo acatamiento se exigía al acusado.

No obstante, revisada la información contenida en estos se extraña, por ejemplo, una orden, una observación, una directriz, un informe detallado, una reunión sobre el manejo de los actos de trámite, de celebración o de liquidación, en fin, una

acción de real ejercicio de orientación, vigilancia y control por parte del gobernador, en particular del contrato de marras, que permita inferir que en verdad cumplió con esa obligación y que le hubiera permitido ampararse en el *principio de confianza*.

Tampoco los testimonios de Araújo Gutiérrez, secretario de educación, y Lafont Chica, funcionario de la secretaría de educación y supervisor del contrato, desvirtúan el cargo.

Si bien, por ejemplo, el primero dijo haber recibido “instrucciones del señor gobernador de este programa y los diferentes programas de la secretaría de educación” y que lo reportaba vía telefónica⁴², sin dar detalles, curiosamente para ilustrar su aserto evoca un documento del año 2013, GCD 001 de junio 24, es decir, dos años antes del contrato, cuando fungía como asesor jurídico de la gobernación, en el que según dijo, se daban instrucciones sobre la contratación. No obstante, revisado su contenido advierte la Sala que no hace referencia a hechos concretos relacionados con el contrato investigado, y tampoco a documento o acto alguno que en su condición de secretario de educación hubiera producido en acatamiento de alguna directriz u orden impartidas por el gobernador en cumplimiento de los deberes que le imponía la delegación.

Incluso ante una pregunta de la fiscalía acerca de si recibió solicitud de información sobre el contrato por parte del gobernador, no obstante vacilar en señalar que rendía informes a este, no precisó dicha información por lo que no es posible

⁴² Audio sesión de 12 de octubre de 2022. Parte 2. 00:54:10 en adelante.

dar crédito a sus afirmaciones⁴³, amén de que como se vio antes los documentos en los que pretende apoyar su dicho hacen referencia a datos generales de toda la contratación, sin particularizar en el contrato cuestionado, ni en acciones tomadas en ejercicio de sus deberes legales.

Lo mismo ocurre con el testimonio de Lafont Chica⁴⁴, quien al ser cuestionado acerca de si recibió instrucciones del gobernador de seguimiento y control en relación con el contrato 2015-02-1178, contestó que de manera directa no, sino a través del secretario de educación se recibían instrucciones del despacho, sin embargo, al intentar concretar la respuesta, adujo que *“sí sé que se retroalimentaba de manera constante la ejecución contractual”*, aludiendo en general a la ejecución del programa, mas no atinó a explicar qué clase de instrucciones recibió o cómo el gobernador las impartió o qué aspecto de la contratación en particular fue producto del cumplimiento de los deberes de control y vigilancia por parte del ordenador del gasto. Lo que reiteró al rematar esa misma respuesta fue: *“Entonces sí tengo entendido que a través del secretario de educación sí, sí se hizo, pues de manera reiterada seguimiento al programa”*. Sobre esto último, insiste la Sala, una cosa es el seguimiento que pudo haberle hecho al programa y otro el cumplimiento de los deberes derivados de la delegación en relación con el trámite, suscripción y liquidación del contrato.

Obsérvese entonces que los documentos esgrimidos, ni los testimonios citados en los que la defensa pretende

⁴³ *Ibidem* a 01:49:30 en adelante.

⁴⁴ Audio sesión de 13 de octubre de 2022. Parte 2. A partir de 01:32:34.

sustentar la vigencia del *principio de confianza*, permiten dar cabida a esta tesis defensiva y, por el contrario, todo apunta a demostrar que el procesado omitió deliberadamente el cumplimiento de sus deberes en el trámite contractual, por lo que objetivamente le es imputable este cargo amén de que tampoco los ejerció respecto del acto de la suscripción del contrato delegado por él en su secretario general.

Admitir la tesis de la defensa sería tanto como asumir que MONSALVO GNECCO en el proceso precontractual y contractual era un invitado al margen, un simple espectador de las decisiones asumidas por sus subalternos respecto de la contratación , cuando en realidad era su responsabilidad que todo el trámite se adelantara conforme a la ley; empero, en este proceso contractual no llevó a cabo ningún control o labor de vigilancia, razón por la que no le es posible escudarse en el principio de confianza con sus subalternos para trasladarles a ellos el compromiso penal que le corresponde asumir en este asunto, por lo que le es atribuible la acción típica.

Por ese motivo, reitera la Sala, es inadmisibles la invocación del principio de confianza, por cuanto, se deduce de todo el contexto probatorio que MONSALVO GNECCO fue coautor del comportamiento típico y, en consecuencia, no puede descargar en terceros una actuación indebida cuando él mismo participaba de ella por lo que de común acuerdo con el secretario general y el secretario de educación, creó un riesgo jurídicamente desaprobado, en la medida que se abstuvo de ejecutar los deberes legales de vigilancia y control, el cual se concretó en el trámite, suscripción y liquidación de un contrato

ilícito, que por supuesto sabía de antemano que no cumplía con los presupuestos legales que le concernían.

Es apenas obvio que, si actuó de común acuerdo con sus subalternos, distribuyéndose funciones y aportando objetivamente lo que le correspondía hacer para obtener el resultado típico; no puede ahora escudarse en el principio de confianza y aducirlo como argumento defensivo, puesto que lo que se deduce es que siempre fue consciente de que el trámite se estaba adelantando de forma amañada como quiera que se ha podido demostrar que se abstuvo de cumplir sus deberes derivados de la delegación, de donde se infiere que sabía que no se cumplían los requisitos de la contratación. En estos términos aparece todo el proceso contractual como un ardid para darle apariencia de legalidad.

Esta conclusión resulta apodíctica si, además, se toma en consideración la cantidad y la trascendencia de las irregularidades en que se incurrió durante todo el curso de la contratación y de la liquidación, como las de los estudios previos que carecen de los análisis de necesidad y conveniencia de la contratación; el número de estudiantes beneficiarios, que fue muy superior al real; el plazo de ejecución que se hizo por 59 días cuando el convenio interadministrativo 842, suscrito por el propio acusado disponía que debía hacerse por todo el calendario escolar, es decir, 180 días, lo que condujo al fraccionamiento del contrato, hecho fácilmente detectable y apreciable por él; permitir que su delegatario suscribiera el contrato a pesar de todas estas irregularidades y que se liquidara irregularmente sin la información y soportes

completos del cabal cumplimiento del objeto del contrato, lo que era evidente con la sola lectura del acta en la que quedó expresamente plasmada esta inconsistencia; son todos estos algunos de los hechos bastante significativos que indican que el gobernador no realizó ninguna acción preventiva orientada a ejercer el seguimiento, vigilancia y control, porque, como es apenas obvio, de haberlo hecho las habría detectado fácilmente. De lo que se deduce que si no cumplió con su deber no fue porque, como ya se vio, lo ignorara, sino porque tenía conocimiento de que dichas etapas se adelantaban con total desprecio por la legalidad de la contratación.

Además, a la Sala no le es ajeno que el contrato que se estudia tuvo origen en el convenio interadministrativo 842 de 30 de octubre de 2014 (5.2.2.5), suscrito entre el Ministerio de Educación Nacional y el departamento del Cesar representado para ese momento por MONSALVO GNECCO, quien en calidad de gobernador lo suscribió, teniendo entendido que su objeto era aunar esfuerzos para adelantar el PAE del año 2015 y que según la cláusula tercera, adquiría entre otras obligaciones las de establecer los mecanismos idóneos para garantizar la preservación de los recursos del ministerio y la de adelantar la adecuada ejecución del convenio según lo previsto en el Estatuto Anticorrupción, de las que finalmente se apartó con los resultados ya conocidos.

Del mismo modo se comprometió en el citado convenio a *“realizar el monitoreo, seguimiento y control de la ejecución del programa (...) efectuar al seguimiento permanente a la ejecución del presente convenio en sus diferentes etapas y vigilar el*

cumplimiento de las obligaciones de cada parte, en especial, de la calidad del servicio de acuerdo con las especificaciones pactadas y los lineamientos de EL MINISTERIO”, obligaciones que jamás cumplió dando lugar a una contratación a todas luces ilegal.

Que el citado convenio 842 haya sido suscrito por el acusado es un hecho indicativo de que conocía su contenido y, por tanto, sabía que éste le imponía la obligación de implementar el PAE 2015 para todo el calendario escolar y no parcialmente, y para ello dotó a la gobernación de todas las herramientas necesarias para contar con el presupuesto suficiente que garantizara los recursos para el calendario completo, incluso le otorgaba las posibilidades de su priorización y de acudir a vigencias futuras con el fin de contar con el presupuesto necesario para cumplir el objetivo.

En consecuencia, si el procesado sabía que era imperativo implementar el PAE por toda la vigencia 2015 y a pesar de ello consintió en que se hiciera parcialmente, no puede concluirse nada distinto a que conscientemente omitió sus deberes produciendo el ilícito resultado.

En otros términos, si el acusado como jefe de la administración y ordenador del gasto no activó las acciones necesarias en orden al cumplimiento de sus obligaciones legales para que la contratación se llevara a cabo conforme a la legalidad fue porque controló el proceso contractual, de otra forma no hubiera podido darse el resultado que, se insiste, buscaba.

Estas circunstancias permiten a la Sala inferir que todo el trámite solamente se elaboró y desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que él sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba, sin causa legalmente plausible el bien jurídico de la administración pública, de donde puede concluirse su eficaz contribución a la producción del resultado y, por contera, éste le es atribuible jurídicamente.

4.2.1.2 Del tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo, este delito debe ser el resultado de una conducta eminentemente dolosa, o sea que el agente debe obrar con conocimiento de los elementos del tipo objetivo y con la voluntad de su realización, lo que equivale a conocer y voluntariamente pretermitir los requisitos legales esenciales de la correspondiente contratación en las etapas que ampara el tipo penal: trámite, celebración y liquidación; igual sabía que habiendo delegado todo el proceso contractual tenía el deber legal de seguimiento, orientación, vigilancia y control, para que el personal que recibió el encargo adelantara sus distintas etapas acorde con la ley de la contratación pública y los principios superiores que la regulan.

En los términos del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción (aspecto cognitivo) y quiere su realización (aspecto volitivo). Lo mismo cuando la realización

de la conducta es prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De acuerdo con dicha definición la ponderación integral de los medios de prueba transmiten a la Sala la certeza de la configuración del dolo en el comportamiento de MONSALVO GNECCO, como quiera que fue consciente de la complejidad de la contratación relacionada con el PAE y por ello de la necesidad de estar atento a todo su desarrollo, sin embargo, abandonó deliberadamente sus deberes de orientación, vigilancia, control y supervisión a quienes delegó la función de tramitar, celebrar y liquidar el contrato 2015-1178 de 2023. Para la Sala es claro que no sólo conocía los elementos integrantes del tipo objetivo del delito, sino que voluntariamente decidió llevarlo a cabo.

Dadas sus condiciones personales y de formación profesional como economista y su amplísima experiencia en el área como el mismo lo reconoce, además de su condición de gobernador ya casi para culminar su primer periodo constitucional, es razonable inferir sin ninguna duda que previamente a adelantar el trámite contractual sabía que por tratarse del manejo de recursos públicos, la contratación oficial exige un riguroso cumplimiento de trámites y requisitos técnicos necesarios para su gestión, de tal manera que no puede ponerse en cuestión que tenía absoluto conocimiento, no obstante la delegación, de la necesidad de ajustar el proceso contractual integralmente a la legalidad que lo regía para llevar a término el contrato y del cumplimiento de sus deberes derivados de la delegación, que lo obligaban a estar al tanto de

todo su desarrollo y no simplemente abandonarlo en manos de sus subalternos, como conscientemente lo hizo.

Ahora, si bien el acusado no es abogado, es preciso señalar que el conocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo no involucra una comprensión técnica o completa de estos, basta la conciencia que una persona normal pueda tener sobre las consecuencias de sus actos que le permitan representarse la posibilidad de la comisión del ilícito.

Revisado el acervo probatorio⁴⁵, no puede ponerse en duda que MONSALVO GNECCO, se reitera una vez más, atendida su formación profesional como economista, especialista en evaluación social de proyectos, exrepresentante a la Cámara (2002-2006) y con amplia experiencia en el sector público como ordenador del gasto en el cargo de gobernador, sabía que la naturaleza, características e importancia de la contratación por estar relacionada con el programa de alimentación escolar del que mucho se habla en distintos escenarios públicos, le imponían el deber de ejercer un estricto control y vigilancia sobre la misma.

Por esto para la Sala resulta inadmisibile que pretenda ahora ampararse en el *principio de confianza* aduciendo que confió en la labor desempeñada por los subalternos en quien delegó las funciones de tramitar, celebrar y liquidar el contrato, porque como ya se esbozó líneas atrás, la delegación no lo eximía de sus deberes de dirección, orientación, control y supervisión del proceso contractual, compromiso que no podía

⁴⁵ Prueba 5.1.2.12. Hoja de Vida.

serle ajeno, no solo por su condición profesional especializado en estructuración de proyectos sociales sino por su vasta experiencia en el sector público que incluye la condición de exrepresentante a la cámara durante cuatro años y de haber ejercido el cargo de gobernador del departamento del Cesar durante más de tres años antes de los hechos, lo que lo dotaba de los suficientes conocimientos y experiencia para saber que la delegación no lo exoneraba de los deberes que surgían de ésta, aún así, a sabiendas, los despreció provocando el resultado conocido.

No hay una sola evidencia que indique lo contrario. Los elementos probatorios allegados por la defensa con los que pretendieron desvirtuar este incontrovertible hecho, llenos de extensos listados de procesos de contratación con apenas unos datos básicos de partes, cuantía y objeto, no suplen el cumplimiento de sus deberes legales, pues para que puedan estimarse satisfechos, por ejemplo, debió haber impartido órdenes, directrices, comunicados, mandatos, requerimientos o citaciones al comité del contrato que revelen que estuvo al tanto de que su trámite se ajustara a la ley; de que se celebrara en condiciones que garantizaran su legalidad, más si se tiene en cuenta que no podía serle ajena la cuantiosa suma de dinero público en juego; y, además, que su liquidación estuviera ajustada a las condiciones del contrato, en especial, antes de proceder a su pago final, verificar que se hubiera cumplido cabalmente el objeto del mismo y que las cuentas estuvieran claras para ahí sí proceder a autorizar su liquidación, sin embargo nada de esto hizo, por tanto, es claro que no ejerció los deberes surgidos de la delegación y que conscientemente

omitió a sabiendas de que con ello actualizaba los elementos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El acusado era consciente que adelantar la contratación a través de terceros con las notorias y numerosas irregularidades que se evidenciaron durante todo el curso de la contratación y la liquidación, como son: las deficiencias en los estudios previos que carecen de los análisis de necesidad y conveniencia de la contratación; el número de estudiantes beneficiarios, que fue muy superior al real; el plazo de ejecución que se hizo por 59 días cuando el convenio interadministrativo 842, suscrito por el propio acusado disponía que debía hacerse por todo el calendario escolar, es decir, 180 días; y permitir que su delegatario suscribiera el contrato a pesar de todas estas irregularidades y que se liquidara sin la información y soportes completos sobre el cumplimiento del objeto del contrato; sin realizar ninguna acción orientada a ejercer el seguimiento, vigilancia y control; actualizaba los elementos constitutivos del delito analizado.

Es decir, ante estas circunstancias se puede inferir que conocía, o lo que es lo mismo, era consciente de los elementos del hecho típico y de la posibilidad del resultado. También puede concluirse que a pesar de ese conocimiento orientó su voluntad hacia la realización del punible, del que siempre tuvo el control, por lo que la delegación solamente aparece como un pretexto para eludir su responsabilidad.

Es más, el acusado, por haber suscrito con el MEN el convenio interadministrativo 842 de 2014, sabía que debía

contratar el PAE 2015 durante todo el calendario escolar de 180 días y que de hacerse parcialmente vulneraba la legalidad de la contratación y las obligaciones que él a nombre del departamento adquirió al firmar dicho convenio. Esto era de su pleno conocimiento y, sin embargo, no se detuvo y propició su realización a sabiendas del resultado típico que se produciría.

MONSALVO GNECCO conocía el reglamento de los trámites internos aplicables a la actividad contractual del departamento, pues él mismo en su administración implementó el manual de contratación del departamento del Cesar⁴⁶, por tanto, sabía que pese a que podía desconcentrar o delegar la competencia para contratar en otros funcionarios, ello no lo desligaba del deber de dirigir, vigilar y controlar los procesos contractuales, sin embargo, de manera soslayada, se reitera, decidió no acatarlo.

De acuerdo con dicho manual⁴⁷, previo a la publicación del proyecto de pliego de condiciones en los procesos de licitación pública el comité de contratos, donde un delegado suyo tenía asiento, debía deliberar con el fin de ajustar las exigencias y elementos fundamentales del objeto del contrato de conformidad con la normatividad jurídica contractual, sin embargo, esto no se hizo, hecho probado del que se puede inferir no solo su conocimiento de que la contratación no se adelantaba conforme con los parámetros legales, sino de que su voluntad siempre fue la de obviar los requisitos legales del contrato con el fin, como se verá luego, de favorecer al

⁴⁶ Resolución 000124 de 23 de mayo de 2013, suscrito por MONSALVO GNECCO. Prueba 5.1.2.10.

⁴⁷ Artículos tercero y sexto.

contratista.

En ese mismo sentido el acusado incumplió los deberes de vigilancia y control contenidos en el capítulo II, artículos quinto a séptimo del Decreto 000987 de 13 de julio de 2010 de la gobernación del Cesar⁴⁸, que le imponía tales deberes como condición para el desarrollo de las delegaciones y de las competencias.

En efecto, los citados artículos exigían que previamente a la contratación los delegatarios presentaran ante el comité de contratos los planes de necesidades y de compras, los pliegos de condiciones de cada contratación, condicionando además el trámite de las etapas contractuales al cumplimiento de estos requisitos. Incluso el artículo sexto conminaba a los delegatarios a presentar al delegante dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes un informe detallado de los contratos en el que se consignara datos como número del contrato, nombre del contratista, fecha, valor, objeto y estado con las observaciones, conceptos y recomendaciones pertinentes, con la advertencia de que de no hacerlo el delegatario no podía seguir ejerciendo la delegación, sin embargo, todo esto fue omitido por el gobernador desatendiendo sus deberes legales.

De otra manera no puede explicarse el hecho de que no se percatara de las protuberantes irregularidades presentadas en la etapa precontractual si no es porque se prestó para ello. De haber realizado la revisión correspondiente así fuera de manera

⁴⁸ Prueba 5.1.2.13.

aleatoria y desprevenida como se planteó anticipadamente, o hubiera convocado el comité de contratos o acudido a los organismos asesores de la contratación previstos en el capítulo segundo del manual referido que él perfectamente conocía por haberlo expedido, habría advertido las relevantes y reiterativas irregularidades a las que se ha hecho amplia referencia y, respecto de las cuales pretende desligarse invocando el principio de confianza, cuando, como se probó, es un hecho cierto que el amparo no operó pues se demostró que deliberadamente se abstuvo de vigilar y controlar el proceso de contratación.

Así, es concluyente que el procesado siempre fue consciente, o sea, sabía que al no ejercer los deberes que le imponía la delegación cumplía con su propósito de realizar la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y a pesar de eso, desde los albores de la contratación dirigió su voluntad hacia ese propósito, materializándola, lo que, sin duda revela el carácter doloso del actuar delictual con el que obró.

4.2.1.3 La antijuridicidad.

La conducta endilgada al procesado además de típica es antijurídica, toda vez que lesionó efectivamente y de manera grave el bien jurídico de la administración pública, al soslayar los principios esenciales de la contratación pública que es menester proteger.

No puede perderse de vista que en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos la vulneración del bien jurídico se verifica con el *«simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa»*⁴⁹, pues como se viene indicando, es la legalidad en el trámite impartido en la contratación estatal lo que se protege, de allí, que más allá de cualquier otra cosa, lo cierto es que se despreciaron los principios de la contratación omitiendo acoger las previsiones del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Para la Sala no hay duda que con su conducta el acusado MONSALVO GNECCO violó los principios de la contratación tutelados por el bien jurídico de la administración pública al no controlar el irregular proceso de contratación y pasar por alto en todas sus tres fases, una serie significativa, no solo por su número sino por su trascendencia, de requisitos necesarios para su implementación, incumpliendo así las normas de la contratación que por su naturaleza le era imperioso respetar.

De esta manera infringió los principios básicos pilares de la contratación pública, al permitir que se presentaran unos estudios previos deficientes, sin el apropiado análisis de cada uno de sus componentes que hacen posible una correcta y conveniente planeación, necesaria para una responsable inversión y manejo de los recursos departamentales, cuya disponibilidad tenía el acusado por su condición de jefe de la administración y ordenador del gasto.

⁴⁹ CSJ. SP. Rad. 25495 de 6 mayo de 2009.

Del mismo modo, afectó en grado sumo el bien jurídico al permitir convenientemente que sus delegados suscribieran y liquidaran un contrato que no cumplía con los requisitos de legalidad, y del que además no determinó claramente el cumplimiento de su objeto, presupuesto necesario para autorizar el pago del saldo al tiempo de la liquidación.

Estas circunstancias, se insiste, permiten a la Sala inferir que todo el trámite solamente se elaboró y desarrolló con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que él sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba, sin causa legalmente plausible, el bien jurídico de la administración pública.

En conclusión, con las irregularidades cometidas a lo largo del trámite, celebración y liquidación del contrato 2015-02-1178 se vulneró sin justa causa el bien jurídico de la administración pública amparado por el artículo 410 del Código Penal.

4.2.1.4 La culpabilidad.

Acorde a los elementos de convicción obrantes en la actuación, es incontrovertible que LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, al realizar los hechos objeto de reproche se encontraba en uso de sus plenas capacidades cognitivas que le permitían conocer la ilicitud de sus actos y determinarse conforme con ese conocimiento, por ende, debe ser tenido como persona imputable.

La culpabilidad constituye el tercer elemento de la conducta punible, después de la tipicidad y la antijuridicidad. Estas configuran el denominado injusto típico y se identifican como la faceta valorativa, descriptiva y, en suma, objetiva, del delito. La culpabilidad, en cambio, relaciona el injusto con su responsable. No es un presupuesto destinado a constatar la realización del delito, sino orientado al análisis de imputación del injusto a la persona⁵⁰.

Culpabilidad se identifica con reprochabilidad. Según lo ha señalado la Corte⁵¹, se responsabiliza al sujeto porque, *“teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”*⁵², *“estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley”*⁵³. Se plantea, por lo tanto, que el agente estaba en capacidad de ajustar su obrar a derecho y la realización del delito fue producto de una decisión libre⁵⁴.

Este tercer elemento del hecho punible tiene raigambre en el artículo 33 del Código Penal del cual se desprende que actúa con culpabilidad quien al momento de ejecutar la conducta es capaz de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con ella.

La forma en que se desarrolló el *iter criminis*, incluida la delegación otorgada a sus secretarios de despacho, permiten

⁵⁰ Cf. CSJ. SP055-2023, radicado 62542 de 22 de febrero de 2023.

⁵¹ Cf. CSJ. *Ibidem*.

⁵² Ver CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497 y CSJ SP2649-2022, rad. 54044.

⁵³ CSJ. SP5356-2019, rad. 50525.

⁵⁴ CSJ. SP2649-2022, rad. 54044.

suponer fundadamente a la Sala que MONSALVO GNECCO estuvo siempre en capacidad de comprender la ilicitud del proceso contractual que se adelantaba sin el cumplimiento de sus requisitos legales a tal punto que la delegación se evidencia como un ardid para eludir su responsabilidad en el actuar típico y antijurídico que sabía se configuraba con el cúmulo de irregularidades que presentaba la contratación, y no obstante ese conocimiento, en lugar de ajustar su comportamiento a derecho, voluntariamente optó por consumarlo con las consecuencias de que da cuenta la actuación.

Ya se dijo al estudiar el tipo subjetivo (5.2.1.2), que las condiciones personales y profesionales, además de su experiencia en el sector público permitieron inferir que el gobernador sabía de la ilicitud de la conducta y, a pesar de ello quiso su realización, siéndole en consecuencia exigible una conducta ajustada a derecho porque conocía de su ilicitud y estaba en condiciones de determinarse libremente conforme a esa comprensión, y es aquí donde radica el juicio de culpabilidad, máxime que no obra en su favor una circunstancia que la excluya.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y acogiendo la solicitud de condena de la fiscalía, la Sala declarará al acusado como coautor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme lo prevén los artículos 29 y 410 del Código Penal.

5.2.2 Peculado por apropiación en favor de terceros agravado

En la acusación la fiscalía al amparo de la Ley 906 de 2004, acusó al procesado del delito de peculado por apropiación en favor de terceros agravado por la cuantía en calidad de coautor.

El tipo penal que se atribuye, vigente para la época de los hechos materia de investigación fue definido en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 397. PECULADO POR APROPIACIÓN. *El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La jurisprudencia tiene establecido⁵⁵ que para su estructuración se requiere: (i) un sujeto activo calificado – servidor público–; (ii) la apropiación en provecho personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de

⁵⁵ Cf. CSJ. SEP00124-2019. Rad. 47255 de 18 de diciembre de 2019.

bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y (iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

De igual modo, señaló que se trata de un delito de ejecución instantánea, vale decir, se consuma cuando el bien oficial es objeto de un acto externo de disposición con ánimo de apropiación⁵⁶, esto es, *“cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”*⁵⁷.

4.2.2.1 Tipo objetivo

Sobre este delito la fiscalía señaló que del informe elaborado por Luis Alberto Rodríguez, quien realizó el análisis técnico y financiero del contrato cuyo monto fue fijado en \$17.145.105.000, se pudo establecer una diferencia de \$1.565.140.142 pagada de más al contratista.

Dicho análisis permitió advertir que el precio de la mayoría de alimentos fue sobrevalorado, superando los indicados en el boletín SIPSA 123 que fue el tomado como

⁵⁶ CSJ. AP. Rad. 38188 de 18 abril de 2012.

⁵⁷ CJS. SP18532-2017. Rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

referencia por la gobernación, y que en el caso de los alimentos que no estaban disponibles en las plazas de Valledupar los valores asumidos fueron superiores al promedio. Asimismo, se presupuestó un porcentaje adicional del IPC que se fijó en 4.4% cuando el del DANE era de 3.66% y, también se reconoció un 1% más por concepto de estampillas que fue calculado en 5.5% cuando su valor real era de 4.5%, lo que ocasionó una indebida apropiación de recursos públicos.

En síntesis, concluyó que el acusado MONSALVO GNECCO permitió la apropiación de \$3.174.651.582 en favor del Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, en detrimento del patrimonio económico del departamento del Cesar, suma que constituye la cuantía del delito de peculado, al no realizar los deberes de vigilancia y control que le concernían.

De acuerdo con la acusación presentada por la fiscalía la cuantía del peculado proviene de las siguientes diferencias: (i) \$1.565.140.142 en la fijación del presupuesto oficial; (ii) \$105.226.014 por IPC; (iii) \$148.453.998 por estampillas; (iv) \$11.336.000 por capacitación de manipuladoras de alimentos; (v) \$1.318.412.793 por salario de manipuladoras; (vi) \$24.239.125 por la póliza de cumplimiento; y, (vii) \$1.843.510 por inconsistencias en las planillas del operador en septiembre y noviembre de 2015 (adición escrito de acusación).

Concepto	Valor
Diferencias en la fijación del presupuesto oficial	\$ 1.585.140.142
Diferencias IPC	\$ 105.226.014
Diferencias estampillas	\$ 148.453.998
Diferencias capacitación de manipuladoras	\$ 11.336.000
Diferencias salario manipuladoras	\$ 1.318.412.793
Diferencias póliza de cumplimiento	\$ 24.239.125
Diferencias por actividades anómalas reportadas en los meses de septiembre y noviembre de 2015 (adicción al escrito de acusación)	\$ 1.843.510
TOTAL	\$ 3.174.651.582

Desde ya puede afirmar la Sala que revisada la actuación y efectuado el correspondiente análisis, salvo algunos ajustes que se explicarán a continuación, el cálculo del valor de la ración presupuestado de la manera como se hizo por la administración y las demás diferencias advertidas en la acusación, implicaron un sobrecosto que afectó gravemente el erario departamental tipificando el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía.

A continuación, se abordará el análisis de cada una de las diferencias obtenidas por la fiscalía para establecer en el caso concreto su materialidad y de ser necesario el ajuste de valores correspondiente.

4.2.2.1.1 Diferencia en la fijación del presupuesto oficial

Aunque la bancada de la defensa ha venido alegando que el proyecto de inversión del contrato se realizó en octubre de 2014 y por ello en los estudios aplicaron datos del momento, lo cierto es que la resolución de apertura de la licitación pública, el pliego de condiciones, los estudios previos y las cartas de presentación de la propuesta que precedieron al contrato 2015-

02-1178 fueron elaborados en julio de 2015, por lo que lo pertinente debió haber sido que todos los estudios y análisis se hubieran basado en datos e información de este último año, pese a ello, como no se hizo así, la Sala para ser consecuente con el proceso investigativo tomará para su análisis comparativo los datos de octubre de 2014, sobre los que se centró el debate en el juicio.

En los estudios del sector⁵⁸ - C2. Alimentos se hizo el análisis del abastecimiento y disponibilidad de estos a nivel nacional y en el departamento del César, así como la producción y la distribución en las centrales mayoristas tomando para el efecto el boletín SIPSA 123 de 24 de octubre de 2014, emitido por el DANE.

En los estudios previos⁵⁹ anunció la gobernación que se calculó el valor del costo de la materia prima de cada ración (complemento alimenticio jornada de la mañana y almuerzo) consultando para ello el valor de los alimentos de dicho boletín y el catálogo de productos disponible en sus respectivas páginas *web*; luego procedió a estimar el valor de las diferentes minutas establecidas en los anexos de los lineamientos técnico-administrativos del PAE en su versión transitoria de julio de 2014.

La Sala teniendo en cuenta el Anexo 2 – “Presupuesto Oficial de los estudios previos”, procede a la correspondiente revisión:

⁵⁸ Prueba 5.1.2.19 fiscalía

⁵⁹ Prueba 5.1.2.18 fiscalía.

La resolución de apertura de la licitación pública, el pliego de condiciones, los estudios previos, las cartas de presentación de la propuesta tienen fecha de julio de 2015, sin embargo, a lo largo del juicio los intervinientes manifestaron que el Proyecto de Inversión se realizó en el mes de octubre de 2014, este documento no se encontró dentro del expediente del caso, sin embargo, al revisar los puntos 12 y 13 del Convenio Interadministrativo 842 de 30 de octubre de 2014, si debían realizar dicho proyecto.

Cabe resaltar que, como ya se dijo, si los estudios previos del contrato tienen fecha de julio de 2015, lo correcto debió ser que aplicaran precios actualizados de esa época, sin embargo, con el fin de ser consecuentes con el proceso investigativo se tomarán para el estudio los datos de octubre de 2014, en los que se centró el debate en el juicio.

En los Estudios del sector⁶⁰ - C2. Alimentos se hizo el análisis del abastecimiento y disponibilidad de estos a nivel nacional y en el departamento del César, así como la producción y la distribución en las centrales mayoristas tomando para el efecto el boletín SIPSA 123 de 24 de octubre de 2014, emitido por el DANE.

En los Estudios previos⁶¹ anunció la gobernación que se calculó el valor del costo de la materia prima de cada ración (complemento alimenticio jornada de la mañana y/o almuerzo)

⁶⁰ Prueba 5.1.2.19 fiscalía

⁶¹ Prueba 5.1.2.18 fiscalía.

consultando para ello el valor de los alimentos de dicho boletín y el catálogo de productos disponible en sus respectivas páginas *web*; luego procedió a estimar el valor de las diferentes minutas establecidas en los anexos de los lineamientos técnico-administrativos del PAE, en su versión transitoria de julio de 2014.

De igual manera, los peritos de la fiscalía y de la defensa mencionaron en el juicio que utilizaron el mismo boletín y la misma versión de los lineamientos, por lo tanto, para su revisión la Sala aplicará estos.

Los lineamientos técnico-administrativos del MEN, tienen un apartado dedicado a definir las características que debe cumplir cada grupo de alimentos, este aparece en el punto 7.5 Características de calidad de los alimentos - anexo 19. Características de calidad de los alimentos programa de alimentación escolar. (Pág. 131)

La Sala teniendo en cuenta el Anexo 2 - Presupuesto Oficial de los estudios previos procede a la correspondiente revisión.

La discusión versa sobre el precio de los alimentos fijados. Al revisar en los documentos del contrato anunciaron que se utilizaba el Boletín del Sistema de Información de Precios y Abastecimiento del Sector Agropecuario - SIPSA 123 de la semana del 24 de octubre de 2014 del DANE.

Dicho boletín contiene un precio mínimo, uno máximo y uno medio, y enuncia la tendencia de los productos al alza, a la baja o se mantiene. Por regla económica, se debería utilizar el precio medio, sin embargo, no se encontró alguna norma en donde especifique cuál valor aplicar, de tal modo que, si el precio se encuentra dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos en el boletín, sería correcto.

En los dichos estudios no estipuló la gobernación cuáles valores aplicó, por lo tanto, se puede utilizar cualquiera de los tres, o uno que se encuentre dentro del rango de los mismos, es por esto que en el análisis de la Sala los precios que se encuentran dentro del rango no se modificaron.

Para este estudio se realizará la revisión de cada uno de los precios y en el caso de que alguno se encuentre por encima del precio máximo o por debajo del precio mínimo registrado en el Boletín 123 se ajustará al valor máximo del mismo boletín y los productos que no registren en el boletín se dejarán con el valor consignado en los estudios previos.

A continuación, se ajustarán los precios y se explicarán el criterio de la Sala para adoptar cada uno de ellos, en orden a ajustar el presupuesto a su dimensión real.

Lácteos

Leche en polvo: se presupuestó un valor de \$18.027.90 que está por encima del valor máximo del boletín por lo que se ajusta al valor máximo: \$16.667.

Leche pasteurizada: el producto no obra en el boletín, por lo tanto, se deja el valor \$2.473 de los estudios previos.

Carnes - huevos - quesos

Huevos: en los lineamientos del PAE indican que el huevo debe corresponder al tipo A, por lo tanto, se toma el huevo rojo A. Registraron un valor de \$282.70 que está por encima del precio máximo, por lo que se ajusta al máximo: \$257.

Queso campesino: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos: \$7.250.

Carne roja: según los lineamientos, se permite cadera, centro de pierna y bola, el resto (cogote, palomilla, cigarrillo) solo se pueden utilizar, cuando la preparación es carne molida o albóndigas.

Al validar los precios en el boletín ninguna de las carnes permitidas registra el valor de \$14.000 consignado en los estudios previos, la única que registra dicho valor es la carne de res chatas, sin embargo, esta no registra entre las permitidas en los lineamientos, por lo tanto, se toma el valor máximo de la carne de res bola de brazo, bola de pierna, cadera y centro de pierna de \$13.000.

Pollo pechuga: en los lineamientos técnicos administrativos del PAE indican que solo se permite ofrecer

pechuga, pierna o pernil. Al revisar el valor consignado en los estudios previos de \$6.500 es igual al del boletín.

Cereal acompañamiento

Galletas o tostadas: al revisar el boletín el valor de las galletas saladas 3 tacos en Valledupar tienen registrado un precio mínimo de \$7.937, máximo de \$8.333 y medio de 8.135, en los estudios previos el valor es de \$7.607 el cual se encuentra por debajo del valor mínimo registrado y es por esto que se ajusta al precio máximo del boletín.

Pan: el producto no registra en el boletín, por lo tanto, se asume el valor de \$5.000 presupuestado.

Arepa de maíz: el producto no registra en el boletín, por lo tanto, se asume el valor de \$1.233 presupuestado.

Arroz: según los lineamientos corresponderá al grado 2 grano partido o quebrado grande, tres cuartos del total del grano entero; debe cumplir con la norma NTC 671, arroz blanco pulido para consumo humano en su revisión vigente.

Al revisar el valor registrado en los estudios previos está por debajo del precio del boletín, por lo que se ajusta de \$1.811.70 al valor máximo en Valledupar del arroz de primera que es \$2.040.

Papa: el valor de \$603,90 registrado en los estudios previos está por debajo del valor mínimo de la papa única que

registra en Valledupar, por lo que se ajusta al precio máximo que es \$680.

Plátano verde: en los estudios previos registra el valor de \$965.70 el cual está por debajo del precio del boletín en Valledupar para el plátano hartón verde, se aplica el precio máximo más cercano que es \$1.200.

Ñame: en los estudios previos registra el valor de \$1.559.70, al revisar los valores registrados para Valledupar del ñame diamante y del ñame espino, dicho valor está entre el mínimo y el máximo, por lo que se deja el mismo.

Plátano amarillo: no registra precio en Valledupar, por lo que se deja el precio aplicado en los estudios previos de \$965.70.

Guineo verde: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se aplica el valor presupuestados de \$706.20.

Yuca blanca: el valor de \$630 registrado en los estudios previos está por debajo del valor mínimo de la yuca criolla que registra en Valledupar, por lo que se ajusta al precio máximo de \$700.

Pasta: el precio presupuestado de \$2.453 es igual al del boletín.

Fruta entera y de jugo

Los valores son iguales, por tanto, se relacionan una sola vez.

Mandarina: en los estudios previos registra \$1.013.80 valor que está por debajo del mínimo de la mandarina común en el boletín, por tanto, se ajusta al valor máximo que corresponde a \$1.400.

Mango: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos de \$2.300.

Banano: el precio presupuestado fue de \$706.20, está por encima del máximo del boletín, por lo que se ajusta al valor máximo correspondiente a \$650.

Melón: el precio registrado en los estudios previos de \$1.074.75, está por debajo del valor mínimo del boletín, por lo que ajusta al valor máximo que es \$1.500.

Piña: el precio presupuestado de \$1.044 está por debajo del valor mínimo de la piña perolera del boletín, por esto se ajusta al valor máximo de \$1.200.

Naranja: el precio presupuestado de \$400 está por debajo del valor mínimo de la naranja común registrado para Valledupar en el boletín. Se ajusta al valor máximo de \$500.

Papaya: el precio registrado en los estudios previos de \$613.90 está por debajo del valor mínimo de la papaya maradol registrado para Valledupar en el boletín. Se ajusta al valor máximo de \$800.

Lulo: el precio presupuestado de \$3.208.70 está dentro del rango máximo del boletín de \$3.400. Se asume el mismo valor.

Maracuyá: el precio registrado en los estudios previos de \$1.560 está por debajo del valor mínimo registrado para Valledupar en el boletín. Se ajusta al valor máximo de \$2.000.

Guayaba: el precio presupuestado de \$1.248.30 está por debajo del valor mínimo para Valledupar del boletín. Se ajusta al valor máximo de \$1.400.

Tomate de árbol: el precio registrado en los estudios previos de \$1.510.30 está por encima del máximo del boletín. Se ajusta al valor máximo del boletín de \$1.440.

Azúcares

Azúcar: el valor presupuestado de \$1.535.30 está dentro del rango máximo de la azúcar sulfitada del boletín de \$1.540. Se asume el mismo valor.

Chocolate: el precio presupuestado de \$9.533.70 está por encima del valor máximo del chocolate dulce del boletín, por tanto, se ajusta al valor máximo del boletín \$9.000.

Panela: El precio presupuestado de \$2.037.20 está por encima del valor máximo de la panela cuadrada blanca que registra en Valledupar el boletín de \$1.889, por lo que se ajusta a este valor de \$1.889.

Grasa

Aceite: el costo presupuestado de \$3.917 es igual al del boletín. Se deja \$3.917.

Mantequilla: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín por lo que se deja el valor presupuestado de \$10.925.

Otros

Cebolla: no se especifica el tipo de cebolla y ningún valor corresponde con los del boletín, por lo que se deja el mismo valor presupuestado de \$933.60.

Tomate: el costo presupuestado de \$1.958.75 está por encima de los máximos del tomate chonto, rio grande y rio grande ocañero \$1.680, \$1.500 y \$1.667 respectivamente, es por esto que se deja el precio máximo más alto de los tres que es del tomate chonto y corresponde a \$1.680.

Cebollín: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín. Se asume el valor presupuestado de \$1.242.

Ají pimentón: el precio presupuestado de \$2.083 es igual al del boletín 123. Se asume \$2.083.

Zanahoria: El precio registrado en los estudios previos de \$925.60 está por debajo del valor mínimo registrado de \$1.083 para Valledupar en el boletín, por esto se ajusta al valor máximo de \$1.167.

Ajo: el valor presupuestado de \$2.639.70 está por debajo del valor mínimo registrado para Valledupar en el boletín, por esto se ajusta al valor máximo de \$3.000.

Habichuela: el precio presupuestado de \$1.800 está por encima del valor máximo que registra el boletín para Valledupar, por lo que se ajusta al valor máximo de \$1.750.

Pepino: El precio presupuestado de \$474.75 está por debajo del mínimo para Valledupar del boletín 123, por esto se ajusta al valor máximo de \$800.

Repollo: el precio registrado de \$421,20 está por debajo del valor mínimo para Valledupar en el boletín, por esto se ajusta al valor máximo de \$500.

Espinaca: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, al validar el valor registrado en los estudios previos corresponde al de Barranquilla, Granabastos, por lo que se deja el mismo valor de \$3.867.

Remolacha: el precio presupuestado de \$504 está por debajo del valor mínimo registrado para Valledupar en el boletín 123. Se ajusta al valor máximo de \$583.

Apio: el precio presupuestado de \$1.079.10 está dentro del rango de precios del boletín es por esto que deja el mismo valor.

Lechuga: el costo presupuestado de \$1.200 está por encima del valor máximo que registra el boletín para Valledupar, por lo que se ajusta al valor máximo de \$1.000.

Almuerzos

Para el costo minuta-patrón almuerzo, utilizaron alimentos y precios iguales a los del complemento alimenticio de la mañana, por lo que se detallan a continuación los faltantes:

Fideos: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos de \$848.

Frijol: En el boletín registra para Valledupar frijol cabeza negra nacional y frijol Zaragoza, sin embargo, ninguno de los precios corresponde con el registrado en la minuta de los estudios previos (\$4.628), por lo que se deja el valor máximo del frijol Zaragoza que es el más alto de los dos con un valor de \$6.000.

Lenteja: el precio presupuestado de \$3.115 está por encima del máximo del boletín para Valledupar. Se ajusta al valor máximo de \$3.000.

Hígado: este suministro es de controversia dentro del proceso por el valor registrado en los estudios previos de \$65.460.

El testigo de la defensa Octavio Javier Lafont Chica manifestó que *"hubo un error en el valor del hígado en la digitación o cálculo de la fórmula"*⁶².

También mencionó *"El hígado se tuvo en cuenta en la lista de alimentos, pero no se incluyeron en el menú"*⁶³.

Al revisar el boletín el hígado no registra como producto, por lo tanto, no existe base según los estudios previos para comparación.

Se revisaron las causaciones – gastos de administración y ventas⁶⁴ y no se encontraron facturas o soportes de compra por de hígado.

La defensa del procesado en el juicio manifestó que fue un error de digitación y dado que no se cuenta con una base de comparación de precios dentro del expediente se opta por colocar el valor de \$6.546 que es un valor razonable para el hígado.

Rúgula: no tiene parámetro en Valledupar en el boletín, por lo que se deja el valor registrado en los estudios previos de \$421.20.

⁶² Sesión audiencia 13 de octubre de 2022 Parte 1. A 1:14:55

⁶³ Sesión audiencia 24 de noviembre de 2022 Parte 1. A 1:15:47

⁶⁴ Prueba Fiscalía S.1.2.115

Se realiza el mismo procedimiento de costo que en la minuta-patrón complemento alimenticio jornada mañana el costo de la ración ajustada queda en \$782.

Este costo presenta una diferencia de \$5 menos, respecto con el del contrato objeto de estudio que es de \$787 y de \$26 pesos con el hallado por la fiscalía que corresponde a \$756.

Se realiza el mismo cálculo para el costo minuta-patrón almuerzo con el cual el precio de la materia prima-alimentos queda en un valor de \$1.071.

El costo hallado del almuerzo de \$1.071 genera una diferencia de \$188 menos con el relacionado en el contrato de \$1.259 y con el hallado por la fiscalía \$989, generando una diferencia de \$82.

En las tablas se detalla los valores utilizados y el procedimiento realizado.

Se hace importante mencionar que de cincuenta y un (51) alimentos relacionados en las minutas únicamente ocho (8) tienen el mismo precio o se encuentran dentro del valor mínimo y máximo del boletín SIPSA 123.

Ahora bien, al realizar el procedimiento de costo que en la minuta patrón complemento alimentario jornada mañana el costo de la ración ajustada queda en \$782 y el del almuerzo en \$1.071 para este estudio.

Este valor corresponde al costo de materia prima - alimentos utilizado para determinar el costo total de la ración.

Ha de destacar la Sala que el valor imputado por la fiscalía por este concepto es de \$1.565.140.142, valor que está errado, ya que para el mismo asumió el costo total de la ración y no solo el de alimentos, luego suma los otros conceptos generando una doble contabilización.

Es decir, la fiscalía tomó el costo de la ración total ajustada según sus cálculos; cambiando el costo de materia prima por ración, el porcentaje de IPC, el porcentaje de estampillas y con este obtuvo el valor total de la ración de \$1.696 y \$1.973 para el complemento alimenticio de la mañana y el almuerzo respectivamente.

Estos valores los multiplicó por el total de raciones de los 59 días, que son para la mañana 5.157.131 y para el almuerzo 3.463.890 raciones, resultando un valor total del contrato de \$15.579.964.858.

Luego a este valor le descontó el costo total del contrato, es decir, \$17.145.105.000 y obtuvo el costo relacionado como diferencias en la fijación del presupuesto oficial de \$1.565.140.142.

Un segundo error se presenta al tomar el valor total de las raciones del contrato, debido a que no se ejecutó el cien por ciento del presupuesto y se pagó de acuerdo a lo suministrado.

Debió tomar solo el valor del costo de materia prima - alimentos para este punto.

Al finalizar el estudio de cada concepto, según los resultados obtenidos del mismo, se detallarán las cifras obtenidas.

La discusión versa sobre el precio de los alimentos fijados. Al revisar en los documentos del contrato anunciaron que se utilizaba el boletín del sistema de información de precios y abastecimiento del sector agropecuario – SIPSA 123, de la semana del 24 de octubre de 2014 del DANE.

Dicho boletín contiene un precio mínimo, uno máximo y uno medio, y enuncia la tendencia de los productos al alza, a la baja o los que se mantienen. Por regla económica se debería utilizar el precio medio, sin embargo, no hay norma que especifique cuál valor aplicar, de tal modo que se tendrán como correctos los precios que se encuentren dentro del rango mínimo y máximo establecido en el boletín.

En dichos estudios no estipuló la gobernación cuáles valores aplicó, por lo tanto, se puede utilizar cualquiera de los tres, o uno que se encuentre dentro del rango de los mismos, es por esto que en el análisis de la Sala los precios que se encuentran dentro del rango no se modificaron.

Para este estudio se revisará cada uno de los precios y en caso de que alguno se encuentre por encima del máximo o por

debajo del mínimo registrado en el Boletín 123, se ajustará al valor superior del mismo boletín y los productos que no registren se dejarán con el valor consignado por la gobernación en los estudios previos.

A continuación, se ajustarán los precios y se explicará el criterio de la Sala para adoptar cada uno de ellos, en orden a avenir el presupuesto a los valores de los alimentos conforme al boletín.

Importa mencionar que de 51 alimentos relacionados en las minutas únicamente ocho tienen el mismo precio o se encuentran dentro del valor mínimo y máximo del boletín SIPSA 123 y los demás superan el rango establecido en éste.

Ahora bien, al realizar el procedimiento de costo en la minuta patrón complemento alimenticio jornada mañana el costo de la ración ajustada queda en \$782 y el del almuerzo en \$1.071 para este estudio. Este valor corresponde al costo de materia prima - alimentos utilizado para determinar el costo total de la ración.

Ha de destacar la Sala que el valor imputado por la fiscalía por este concepto es de \$1.565.140.142, valor que está errado ya que para ello asumió el costo total de la ración y no únicamente el de alimentos, luego sumó los otros conceptos generando una doble contabilización.

Es decir, la fiscalía tomó el costo de la ración total ajustada según sus cálculos, cambiando el costo de materia

prima por ración, el porcentaje de IPC, el porcentaje de estampillas y con este obtuvo el valor total de la ración de \$1.696 y \$1.973 para el complemento alimenticio de la mañana y el almuerzo respectivamente.

Estos valores los multiplicó por el total de raciones previstas en el contrato de los 59 días, que son para la mañana 5.157.131 y para el almuerzo 3.463.890 raciones, resultando un valor total del contrato de \$15.579.964.858.

Luego a este valor le descontó el costo total presupuestado del contrato, es decir, \$17.145.105.000 y obtuvo una diferencia de \$1.565.140.142 en la fijación del presupuesto oficial atribuida en la acusación, cuando lo correcto era aplicando las cifras obtenidas sobre las raciones realmente suministradas.

Este error se presenta al contabilizar el valor total de las raciones previstas en el contrato, cuando solamente debió hacerlo respecto del total de las raciones suministradas, que fueron menos de las presupuestadas debido a que no se ejecutó el cien por ciento y se pagó solamente las raciones servidas. Debíó tomar solo el valor del costo de materia prima de alimentos para este punto.

Al finalizar el estudio de cada concepto, según los resultados obtenidos del mismo, se detallarán las cifras obtenidas.

4.2.2.1.2 Índice de precios al consumidor (IPC) año 2014. Diferencia hallada: \$105.226.014

En este punto, la fiscalía indicó que *“los datos oficiales del DANE señalan con absoluta claridad que el IPC del año 2014 fue de 3.66% y no del 4.4%”*.

En el valor de la ración de los estudios previos aplicaron el 4.4% por este concepto.

La defensa del procesado en el juicio manifestó que el IPC aplicado fue el de octubre de 2014, que no se aplicó el de diciembre debido a que en el momento de las proyecciones este no se conocía. No obstante, al validar el IPC de alimentos y general para el mes de octubre de 2014 este no coincide, corresponde a 4.27% y 3.29%⁶⁵ respectivamente.

El perito de la defensa manifestó que imputaron el IPC de alimentos, ya que el objeto del contrato es alimentación escolar y la fiscalía argumentó que debieron asumir el IPC general debido a que el contrato incluye otros conceptos como salarios, arrendamientos, etc.

Al revisar los estudios previos el valor del IPC fue aplicado al valor del subtotal 1, que incluye los conceptos de materia prima - alimentos y administración. Con esto, el IPC a aplicar debió ser el general ya que en el ítem de administración están incluidos los salarios, instalaciones, servicios públicos, papelería, los cuales tienen un peso importante en el valor de la ración. En el caso del complemento alimenticio de la mañana

⁶⁵ Tomado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc/ipc-historico#indices-y-ponderaciones-base-2008>.

el valor de alimentos es apenas del 44% del total del costo de la ración, es decir, inferior al 50%, mientras que los demás ítems tienen una proporción del 56%. En la ración del almuerzo los alimentos alcanzan una proporción del 54% de su valor total, el 46% restante lo componen los demás ítems.

Aunque el proyecto de inversión lo realizaron en octubre de 2014 para efectos presupuestales, en el momento de la elaboración de los estudios previos del contrato, julio de 2015, debieron actualizar los porcentajes con el índice anual anterior, ya que este aplica a los incrementos anuales en el país.

De acuerdo con lo anterior, el IPC aplicable era el de 3.66%⁶⁶ y no el de 4.4%, determinando una diferencia de 0.74% de más en el valor de la ración, que al hacer las correspondientes operaciones arrojó un mayor valor de \$105.226.014.

**4.2.2.1.3 Estampillas. Diferencia hallada:
\$148.453.998**

En los estudios del sector⁶⁷ se afirma sobre el asunto de impuestos que *“no se tiene en cuenta el IVA, debido a que el numeral 19 del artículo 475 del Estatuto Tributario excluye del impuesto sobre las ventas al suministro de alimentos con destino a programas de asistencia social.*

⁶⁶ Tomado de Prueba 5.1.2.46 de la Fiscalía

⁶⁷ Prueba 5.1.2.19 de la Fiscalía

Sobre la retención en la fuente a título de renta se dijo que este tipo de servicios se encuentra excluido por disposición del parágrafo del artículo 78 ET 512-8 *“Servicios de restaurante y cafetería prestados por los establecimientos de educación”* conforme al artículo 476 del Estatuto Tributario.

En el apartado A2.1.11 Impuesto de Industria y Comercio. Avisos y Tableros – ICA, se dijo que es un tributo de carácter municipal que grava toda actividad industrial, comercial o de servicios que se realiza en cada ciudad en forma ocasional o permanente con o sin establecimientos, el cual se estima en el 7 x 1000 aplicado sobre el valor total del contrato.

En los estudios previos⁶⁸ respecto de este tema enunciaron: *“5. También se estimaron otros gastos correspondientes a la legalización del contrato para el año 2015”*.

Con base en lo anterior, este porcentaje corresponde a la legalización del contrato que son pagos para que este se lleve a cabo, no mencionaron que el porcentaje incluía impuestos que son aplicables por la ejecución del mismo.

En el contrato de suministro 2015-02-1178⁶⁹, en la cláusula segunda, valor del contrato, indicaron: *“valor que cubre todos los conceptos requeridos para el desarrollo del contrato, y demás impuestos e imprevistos”*.

⁶⁸ Prueba 5.1.2.18.

⁶⁹ Prueba 5.1.2.16.

Es decir, el valor del contrato incluía todos los impuestos e imprevistos. En el caso de los imprevistos asignaron un porcentaje del 5%.

De acuerdo con la Ordenanza 066 de 2012, los porcentajes de las estampillas aplicables al contrato son: (i) Pro Desarrollo Departamental: 1%; (ii) Pro Desarrollo Fronterizo: 1.5%; (iii) Pro Cultura: 1%; (iv) Pro Universidad Popular del César: 0.5%; y (v) Bienestar del Adulto Mayor: 0.5%. En total 4.5%, que corresponde al porcentaje de las estampillas aplicables.

Ahora bien, aunque el ICA fue aplicado al contrato en los porcentajes correspondientes a cada municipio, en los documentos del contrato no dejaron estipulado que esa estimación del 1% adicional en el concepto de estampillas correspondía a este valor. Asimismo, no expresaron que ese u otro porcentaje iría a la aplicación de este impuesto.

Al indicar que el valor del contrato incluía todos los impuestos e imprevistos se asumió el valor aplicable por concepto de ICA.

Como quiera que no se puede dejar a estimación o interpretación los porcentajes indicados en el costo por ración y como no se enunció en los estudios que ese porcentaje del 1% adicional indicado en el ítem de estampillas correspondía al ICA, se ajusta el importe por estampillas al 4.5% que corresponde a las aplicables al contrato, y no al 5.5% como se

presupuestó. Ese ajuste entonces arroja una diferencia de \$148.453.998 de más.

4.2.2.1.3 Diferencia por capacitación de manipuladoras: \$11.336.000

La fiscalía manifestó que se encontraron diferencias entre los valores presupuestados en la etapa de planeación, así como en la propuesta presentada y lo ejecutado, según el libro contable auxiliar entregado por el contratista. En ese sentido se presupuestó que para la capacitación de las manipuladoras se destinarían \$12.236.000 pero tan solo se destinaron \$900.000, resultando una diferencia de \$11.336.000.

Al revisar los documentos de causación⁷⁰ en el archivo digital denominado: CAUSACIONES - GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y VENTAS - 000491- 000637, se encontraron soportes de causación que suman un total de \$3.182.000, y tienen un concepto específico relacionado con capacitación, por lo que la cifra resultante de \$3.182.000 se tendrá en cuenta por la Sala como ejecutada por concepto de capacitación de manipuladoras. Lo anterior indica que estos informes tuvieron en cuenta este concepto y lo verificaron. El testimonio del señor Luis Eduardo Cote Mogollón⁷¹ en calidad de rector en San Martín, manifestó que las manipuladoras sí eran capacitadas.

⁷⁰ Prueba 5.1.2.115.

⁷¹ Sesión de audiencia de 7 de septiembre de 2022. Parte 2. A 2:05.04

Teniendo en cuenta lo analizado anteriormente se evidencia que no solo está el documento relacionado por la fiscalía por \$900.000, sino que hay más documentos que incluyen el concepto específico de capacitación que tendrá en cuenta la Sala y que finalmente disminuyen la diferencia enrostrada por la fiscalía por este cargo.

Es por esto, que la cifra resultante de la suma de los valores registrados en los documentos soporte que contienen el concepto de capacitación explícito se tendrán en cuenta como valores ejecutados, este es \$3.182.000. El concepto de "capacitación manipuladoras" se encuentra en el ítem de administración por lo que se ajustará a la cifra mencionada para determinar el valor real de la diferencia.

**4.2.2.1.4 Diferencia por salario manipuladoras:
\$1.318.412.793.**

La fiscalía manifestó que se encontraron por este concepto diferencias entre los valores presupuestados en la etapa de planeación, la propuesta presentada por el consorcio y lo ejecutado, según el libro contable auxiliar entregado por el contratista. En ese sentido, en salarios de manipuladoras se presupuestaron \$3.580.227.300 pero solamente invirtieron \$2.261.814.507, lo que arroja una diferencia de \$1.318.412.793.

El perito contable de la fiscalía mencionó⁷² que según el auxiliar por terceros, las cuentas 61653014 de manipuladoras

⁷² Prueba 5.1.2.141 pág. digital 3.

y la cuenta 61653037 de liquidaciones manipuladoras, se invirtieron \$2.261.814.507.

Al revisar los libros auxiliares por tercero⁷³ de las cuentas 61653014 denominada manipuladoras, tiene un valor total de \$2.037.446.092.61 y la cuenta 61653037 denominada liquidación manipuladoras de \$224.368.414 para un total de \$2.261.814.506.61, cifra que coincide con la mencionada por la fiscalía.

Sin embargo, al revisar las otras cuentas contables de los mismos libros, se encuentra la 61653029 denominada liquidación manipuladoras por \$165.238, por lo que la suma de las tres cuentas mencionadas arroja un resultado de \$2.261.979.744,61, es decir, que por estos conceptos se probó una ejecución por esta última cantidad, que disminuye en \$165.238 la diferencia hallada por el ente acusador.

No se cumplió con el número de manipuladoras conforme a lo presupuestado y la diferencia presentada es bien importante, por lo cual la Sala ajustará el valor a lo realmente invertido por este concepto.

Se debe tener en cuenta que el concepto de manipuladoras se encuentra relacionado en el Anexo 2 de los estudios previos en el ítem de administración, por lo tanto, la suma se reducirá a \$2.261.979.744.61 con el fin de obtener el valor real de la ración.

⁷³ Prueba 5.1.2.133.

**4.2.2.1.5 Diferencia por póliza de cumplimiento:
\$24.239.125**

La fiscalía manifestó que se encontraron diferencias entre los valores establecidos y lo ejecutado según el libro contable auxiliar entregado por el consorcio. En ese sentido se presupuestó por pólizas de seguros \$65.000.000, pero solamente costó \$24.239.125, resultando una diferencia de \$40.760.875 presupuestados de más.

Al revisar los libros auxiliares por tercero⁷⁴ registraron en la cuenta 51309501 denominada pólizas de cumplimiento un valor de \$24.239.125.

La póliza de cumplimiento (5.1.2.110) y la de responsabilidad civil y extracontractual (5.1.2.111), fueron aprobadas mediante Resolución 000935 del 27 de agosto de 2015 (5.1.2.113).

De acuerdo con lo anterior, se tomará el valor realmente pagado por las pólizas, teniendo en cuenta que los presupuestos deben ajustarse a la realidad y la cifra que fue registrada está muy por encima de lo realmente pagado.

Al igual que el punto anterior, este concepto de póliza de cumplimiento se encuentra en el ítem de administración, por lo que se ajustará a \$24.239.125, para hallar el valor real de la ración.

⁷⁴ Prueba N°5.1.2.133 de la Fiscalía

4.2.2.1.6 Costo por ración del valor de la administración ajustado

Teniendo en cuenta lo expuesto se realizan los ajustes de los valores en el formato del anexo 2, obteniendo un valor de \$612 de administración por ración.

Se pone de relieve que los errores aritméticos presentados en los anexos del contrato se subsanaron debido a que afectan el valor de la ración.

A continuación, en la tabla denominada "Costo Administración por Ración - Ajustado se detallan los valores utilizados y el costo obtenido".

Tabla Costo Administración por Ración - Ajustado

Administración	Und/Mes	Cart	Meses/días	Valor Parcial	Total
Costo de instalaciones para el almacenamiento y empaque de los alimentos y otros					
Instalaciones Zona 1	UND	1	4	7.000.000	28.000.000
Instalaciones Zona 2	UND	1	4	7.000.000	28.000.000
Instalaciones Zona 3	UND	1	4	7.000.000	28.000.000
Servicios Públicos	GL	1	4	2.000.000	8.000.000
Implementos para empaque mallas, costales, canastas, esillas, etc	GL	1	4	2.000.000	8.000.000
Papelaría, señalización, velas informativas, etc.	GL	1	4	2.000.000	8.000.000
Implementos e insumos de aseo - restaurantes - cocinas	UND	1	4	308.827.188	1.226.508.664
Implementación Planes de Saneamiento (Control de Plagas - fumigación)	UND	880	1	115.000	101.200.000
Kit de Menaje Comedor (Plato, Vaso y Cuchara)	UND	87400	1	3.000	262.200.000
Costo del Equipo Profesional, Técnico y Operativo					
Director General	UND	1	4	5.000.000	20.000.000
Coordinadores 1 x zona	UND	3	4	4.000.000	48.000.000
Nutricionistas 1 x zona	UND	3	4	3.500.000	42.000.000
Ingeniero de alimentos 1 x zona	UND	3	4	3.500.000	42.000.000
Técnicos en saneamiento 1 x zona	UND	3	4	1.800.000	21.600.000
Jefe de Bodega 1 x zona	UND	3	4	2.500.000	30.000.000
Jefe de compras	UND	1	4	2.500.000	10.000.000
Operarios 6 x zona	UND	18	4	1.200.000	86.400.000
Auxiliares administrativos 2 x zona	UND	8	4	1.200.000	28.800.000
Contador Público	UND	1	4	2.500.000	10.000.000
Auxiliares contables	UND	2	4	1.200.000	9.600.000
Profesional Talento Humano	UND	1	4	2.500.000	10.000.000
Auxiliares Talento Humano	UND	2	4	1.200.000	9.600.000
Dotación Manipuladoras (Cada 2 meses)	UND	1748	2	80.000	279.880.000
Capacitación Manipuladoras	UND	1748	1	7.000	3.182.000

Salarios Manipuladores	UND	1104,38	58	34.715	2.261.979.745
Equipo de Transporte					
Vehículos de Transporte - transporte de alimentos 4 x zona y 3 para compras de alimentos en otras ciudades	UND	15	4	7.500.000	450.000.000
Vehículos de transporte 4x4 - transporte de Personal 1 x zona	UND	3	4	5.000.000	60.000.000
Exámenes de Laboratorio					
Instalaciones Mensual el 10% de las IED + Bodegas					
Ambiente	UND	88	4	31.000	10.912.000
Agua	UND	88	4	65.000	22.880.000
Superficie	UND	88	4	30.000	10.560.000
Examen médico, coprológico, frotis de garganta y cultivo de uñas (KOH) - manipuladoras	UND	1748	1	30.000	52.440.000
Microbiología 1% de las raciones					
Recuento total de aerobios mesófilos	UND				
Coliformes totales	UND	146	4	60.000	35.040.000
Staphilococcus aureus	UND				
Recuento de mohos y levaduras	UND				
Gastos de legalización del contrato					
Póliza de Cumplimiento a una tasa del 0,5% valor amperado	UND	1	1	24.239.125	24.239.125
TOTAL					5.276.821.534
Raciones Diarias	Días/mes	Rac/Día	Rac/Mes	Rac 59 días	Valor por ración
	21	146100	3068100	6.619.900	612

4.2.2.1.1.7 Conclusiones

En los cálculos del valor de la administración se subsanaron los errores aritméticos, ya que inciden en el costo de la ración.

Se realizaron los ajustes presentados en el costo minuta-patrón complemento jornada de la mañana y costo minuta patrón almuerzo de acuerdo con lo detallado en el análisis de la Sala, lo cual arrojó como resultado el costo complemento jornada de la mañana un valor por ración de \$782 y \$1.071, por ración del almuerzo.

El Índice de Precios al Consumidor – IPC se ajustó al 3.66% según lo explicado.

El porcentaje por gravamen de estampillas se redujo al 4.5% por las razones que se expusieron.

En el valor de la capacitación de las manipuladoras se ajustó de \$900.000 que reconoció la fiscalía a \$3.182.000, que acepta la Sala como ejecutados; además se compusieron los correspondientes cálculos en los ítems de salarios de las manipuladoras y de la póliza de cumplimiento de acuerdo con lo expuesto.

Al realizar los ajustes mencionados el costo total por ración del programa de alimentación escolar para el complemento de la mañana debió ser \$1.654 y para el almuerzo \$1.998.

En el cuadro que sigue denominado costo por ración ajustado, se detallan los valores calculados por la Sala, según lo señalado.

Cuadro - Costo por ración ajustado

Costo por ración Ajustado del Programa de Alimentación Escolar detallado 2015			
Modalidad	%	C.A. Mañana	Almuerzo
Materia Prima - Alimentos		782	1.071
Administración		612	612
Subtotal 1		1.394	1.683
IPC Año 2014	3,66%	51	62
Subtotal 2		1.445	1.745
Estampillas	4,5%	65	79
Imprevistos (Mayores costo de Transporte y Alza de los Alimentos)	5,0%	72	87
Utilidad	5,0%	72	87
Total Ración		1.654	1.998

Ahora bien, se multiplicarán las raciones entregadas por el costo ajustado para hallar el valor ejecutado del contrato.

Se revisaron los datos de las raciones entregadas y facturadas por el contratista las cuales fueron avaladas, se le realizaron los descuentos por glosas ordenados por la interventoría y de los impuestos, arrojando el valor neto pagado al contratista de \$15.203.960.583.

A continuación se sustituye el valor de la ración por el establecido por la Sala de \$1.654 para el complemento alimentario y \$1.998 para el almuerzo, se realizan los mismos descuentos aplicados (glosas interventoría e impuestos) arrojando el valor que debió cobrar el contratista fue de \$13.666.938.755

Se obtiene la diferencia entre el valor neto cobrado por el contratista \$15.203.960.583 contra el neto ajustado resultado del análisis de la Sala: \$13.666.938.755, obteniendo una diferencia de \$1.537.021.828 que es el mayor valor pagado por la gobernación al contratista y que constituye la cuantía del peculado por apropiación en favor de terceros.

Establecido el mayor valor pagado al consorcio contratista por el suministro de la alimentación a los escolares del departamento, se hace necesario recordar que el peculado se consume cuando se sustrae el bien de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlo o de un tercero. En este caso, los recursos oficiales objeto de la apropiación se pagaron al contratista cuando MONSALVO GNECCO aún ejercía como gobernador y fue en ese momento en el que se materializó la sustracción y se privó a la entidad territorial de los recursos,

impidiéndole su disponibilidad material y jurídica⁷⁵.

En síntesis, conforme a lo anterior, para la Sala no cabe duda que la conducta de peculado se consumó con la apropiación de los ingentes recursos que se pagaron de más por virtud de la ilegal contratación y liquidación del contrato de suministro de alimentos, apropiación de recursos a favor de terceros que provino del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control de la actividad contractual, a los que estaba obligado por virtud de la delegación que confirió a sus secretarios de despacho.

De esto último, como se ha venido diciendo, emana el juicio de reproche pues teniendo el deber de ejercer actos de orientación, dirección, seguimiento y control de toda la actividad contractual, los omitió dando lugar a la apropiación de los cuantiosos recursos del departamento destinados a la alimentación de los estudiantes de los colegios oficiales del Cesar, a favor de terceros.

Así, la apropiación no puede considerarse producto de la casualidad, la delegación del trámite, la celebración y liquidación del contrato, la inadecuada elaboración de los estudios previos, la exigencia de requisitos que solamente podía cumplir el consorcio favorecido, el aumento artificioso del costo unitario de la ración con inclusión de valores no justificados y en ocasiones inflados, el escaso rigor con el que se elaboró el presupuesto, la suscripción del contrato en tan precarias condiciones de legalidad de las que hizo caso omiso

⁷⁵ CSJ. SP. Rad. 38396 de 10 de octubre de 2012.

pretendiendo ser ajeno a su trámite, la ligereza con la que se procedió en la liquidación del contrato y el cuantioso sobrecosto que se generó; revelan una dinámica comisiva en la que el acusado lideró todas las acciones necesarias con el fin de apropiarse de los recursos públicos en pro del interés particular de terceros y en detrimento del erario departamental.

Ante tan evidente realidad es absolutamente incuestionable que el haberse tramitado, celebrado y liquidado el contrato de forma tan irregular con la provechosa aquiescencia del acusado, no solo configuró el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sino que a su vez constituyó el medio idóneo para apropiarse en provecho ajeno de los recursos del programa de alimentación destinado a los niños, niñas y adolescentes de las escuelas oficiales del Cesar, por la voluntad del gobernador MONSALVO GNECCO.

Del *iter criminis* ya reseñado puede concluirse que el gobernador acusado como ordenador del gasto al permitir convenientemente tramitar, formalizar y liquidar el contrato en las condiciones en que se hizo dio lugar a la apropiación de ingentes recursos públicos en provecho de terceros y, por tanto, materializó el delito de peculado al facilitar que terceros accedieran ilegalmente a cuantiosos recursos destinados a la alimentación de los niños y niñas del Cesar.

Es claro entonces para la Sala la directa conexión entre los dos delitos, pues al establecer el compromiso penal del enjuiciado en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales

ello se proyecta en el peculado en consideración a que del contexto de toda la situación emergen razones más que suficientes para asegurar que los sobrecostos derivaron de las irregularidades en las etapas previas y, en particular, de la planeación presupuestal y de la liquidación del contrato donde se probaron profundas falencias que junto con las otras ya analizadas permiten a la Sala colegir que se trató de un proceso amañado gestionado para soslayar los requisitos del contrato y la selección objetiva del contratista, y de este modo apropiarse en favor de éste de los recursos públicos de los que da cuenta la actuación.

De otra parte, los valores del erario departamental objeto de la apropiación se pagaron o autorizaron por MONSALVO GNECCO antes de que culminara su periodo constitucional cuando era aún gobernador del Cesar, siendo ese el momento en que se consumó la apropiación al privar al ente territorial de su disponibilidad, sin que forzosamente quien cumpliera la acción entrara a disfrutar o gozar de aquellos, basta para ello el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público⁷⁶.

Acerca de la apropiación, ha precisado la Corte que la norma hace alusión a que:

el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es, de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumir el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los recursos, lo que cometería sería otra figura delictual como un hurto o una estafa.

⁷⁶ Cf. CSJ. SP. Rad. 38396 de 10 de octubre de 2012.

Es la disposición directa que se tiene sobre los bienes, lo que permite el legislador hacer uso de la partícula "se" para simbolizar que la apropiación debe hacerla el servidor público y para ello no requiere que los recursos ingresen materialmente a sus arcas, sino que, con clara lesión al bien jurídico de la administración pública, se destinen sin más a las de terceros⁷⁷.

También ha entendido la Corte, que este punible se ejecuta:

no solo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por razón de sus funciones ubicándose en situación de ejercer poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica.

En síntesis, conforme los anteriores presupuestos, no cabe duda que en este asunto la conducta se consumó con la apropiación ilegal de los recursos, cuya disponibilidad jurídica ostentaba el acusado MONSALVO GNECCO por razón de sus funciones de gobernador y ordenador del gasto, y en virtud de ello se apropió a favor de terceros de \$1.537.021.828.

Lo cierto es que en este proceso contractual nada se dejó al azar: las irregularidades en el trámite del contrato, la deficiencia de los estudios previos, el fraccionamiento de la contratación, la incorrecta estructuración del presupuesto que dio lugar a los sobrecostos, su celebración a pesar de todo esto y su liquidación sin contar con los soportes e información

⁷⁷ Cf. CSJ. SP. Rad. 26450 de 8 de noviembre de 2007 y CSJ. SP. Rad. 20400 de 6 de abril de 2005.

completa del estado de la ejecución del contrato; obedecen a una serie de actos criminales llevados a cabo para favorecer el interés de terceros en detrimento del erario departamental.

En tales condiciones es irrefutable que la comisión del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales constituyó el medio empleado para permitir que el contratista acrecentara ilegalmente su patrimonio, gracias a la voluntad del gobernador MONSALVO GNECCO, pues como acaba de demostrarse su participación fue eficiente para consumir la apropiación de recursos en favor de terceros.

Lo anterior conlleva a que la conducta del aforado encuadre en el tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros agravado, al disponer de los recursos en el monto atrás indicado en favor de terceros cuya administración le fue confiada con ocasión a sus funciones como gobernador del departamento del Cesar.

Como corolario puede asegurar la Sala que la conducta del aforado encuadra en el tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros agravado de dineros del Estado cuya administración le fue confiada por su condición de gobernador del departamento del Cesar durante el período constitucional 2012-2015 para el cual fue elegido popularmente.

En ese orden, se configura en grado de certeza el tipo objetivo del peculado por apropiación por el que se acusó a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, en condición de

gobernador del Cesar en calidad de coautor.

4.2.2.2 Tipo subjetivo

La ponderación de los elementos materiales probatorios introducidos en el juicio oral, también transmiten a la Sala la certeza de que el acusado cuando cometió el punible sabía que se configuraba la apropiación en pro del contratista de los recursos públicos en la cuantía determinada por la Sala.

Esto puede predicarse de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, de quien, dadas las circunstancias probadas que rodearon los hechos puede inferirse sin duda que en este caso voluntariamente abandonó sus funciones como jefe de la administración que regentaba contenidas en la Resolución 004070 de 26 de octubre de 2009, manual de funciones y de competencias de la gobernación (5.1.2.8), que le imponían cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (num. 3.1), dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento (num. 3.2), velar por la recaudación exacta de las rentas departamentales (num. 3.11), revocar los actos de los subalternos contrarios a las leyes u órdenes superiores (num. 3.22), entre otras, permitiendo, a sabiendas, la pérdida de los recursos financieros departamentales.

Dadas las circunstancias anotadas y atendido el curso de los acontecimientos ya ampliamente reseñado puede concluirse que sabía de su responsabilidad como ordenador del gasto y comprendía sin duda que de permitir la apropiación a favor del contratista de los recursos invertidos en los contratos

incurriría en el delito de peculado y a pesar de ello, favoreció la apropiación, absteniéndose de cumplir con los deberes derivados de la delegación del proceso contractual.

Además, todas estas circunstancias, como ya se dijo, llevan a la Sala a concluir que todo el proceso contractual se adelantó con el único propósito de darle apariencia de legalidad a la contratación que él sabía no satisfacía las exigencias legales sustanciales y que vulneraba sin causa legalmente atendible el bien jurídico de la administración pública y por contera se apropiaba en favor de terceros de dineros oficiales.

El resultado de todo esto fue, sin duda alguna, comprendido por el procesado, quien a pesar de ello no se detuvo y produjo voluntariamente el cuantioso detrimento a sabiendas de la complejidad de la contratación que se convenía, la cual no le era ajena, pudiéndose concluir que conocía las consecuencias y voluntariamente quiso que se produjera el resultado conocido.

Insiste la Sala, el resultado era comprendido por el exgobernador pues sabía que al apartarse de sus deberes de vigilancia y control del trámite, celebración y liquidación irregular de la contratación que delegó, los recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva, lo cual garantizaría su apropiación, lo que permite concluir fundadamente que todo fue proyectado para apropiarse de los recursos que habían sido destinados al suministro de la alimentación escolar con los cuales sería complementada la alimentación de los niños, niñas y adolescentes en edad escolar

a quienes iba dirigido el programa.

Para la Sala es claro que el gobernador MONSALVO GNECCO sabía que su conducta pasiva desembocaría en la apropiación de los recursos y, no obstante, ese diáfano conocimiento, que necesariamente tenía por su formación profesional y vasta experiencia en el sector público, no se detuvo y dirigió su voluntad a la comisión del delito, que le permitió acceder a los recursos públicos y de este modo apropiárselos en favor de terceros.

No a otra conclusión puede arribarse si se toma en consideración lo impensable que resulta que ante tan ostensible cúmulo de irregularidades, varias de bulto, no se hubiera percatado de lo que ocurría, cuando para esto le bastaba un simple vistazo al trámite seguido, amén de su condición de economista con estudios de especialización con más de 13 años de experiencia profesional y trayectoria en el sector público, razonamiento que permite asumir que deliberadamente incumplió con sus deberes derivados de la delegación y de sus funciones para de esta forma tener acceso a los recursos oficiales y apropiárselos en favor de terceros.

Ahora bien, dado el decurso de los acontecimientos ya ampliamente reseñado puede concluirse que el procesado sabía de su responsabilidad como ordenador del gasto y comprendía que de apropiarse en favor de terceros de los recursos del PAE incurriría en el delito de peculado, a pesar de ello, no se detuvo, dando lugar deliberadamente al peculado.

El resultado sin duda era comprendido por el gobernador, pues sabía que al suscribir una contratación irregular los recursos dispuestos para su ejecución serían desembolsados en forma definitiva lo cual garantizaría su apropiación, lo que permite concluir fundadamente que todo fue perfectamente calculado para que el contratista terminara apropiándose de los recursos.

En suma, LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, como ya se vio en su condición de economista, especialista en evaluación social de proyectos, en ejercicio de sus funciones públicas como gobernador por espacio de algo más de tres años, sabía perfectamente que tramitar contratos con violación de sus requisitos legales y celebrarlos o liquidarlos sin verificar las condiciones de legalidad y apropiarse de recursos públicos en pro de terceros, quebrantaba el bien jurídico de la administración pública.

Probado en grado de certeza que MONSALVO GNECCO conocía suficientemente los elementos objetivos del tipo y que a pesar de eso encaminó su voluntad a su materialización, no deja duda de que en su caso se configura el tipo subjetivo del peculado por apropiación, por haber obrado dolosamente, ya que no obstante conocer los elementos del tipo objetivo de peculado orientó su voluntad a la apropiación de dineros públicos en favor de terceros en la cuantía antes determinada.

4.2.2.3 Antijuridicidad

Como se dijo antes, para la configuración de este elemento no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe presentarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad⁷⁸.

En el caso presente, la conducta endilgada al acusado además de típica de peculado es antijurídica en tanto su proceder no solo formalmente contravino la normatividad penal, sino de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al permitir la apropiación por el funcionario delegatario a favor de terceros de recursos del erario departamental en detrimento de su patrimonio, produciendo, como se probó, un evidente menoscabo económico en la hacienda del departamento del Cesar.

En esta ocasión pudo probarse fehacientemente la apropiación de ingentes recursos del departamento del Cesar en favor de terceros particulares que acrecentaron su patrimonio en cuantía \$1.537.021.828, probándose no solo la antijuridicidad formal sino también la material, por la lesión efectiva del bien jurídico de la administración pública tutelado

⁷⁸ Cf. CSJ. SP. radicado 38103 de 30 abril de 2013.
Página 165 de 173

por el legislador, sin que en favor concurra una causal de exclusión de la antijuridicidad.

4.2.2.4 La culpabilidad

La culpabilidad, como ya se vio, no es otra cosa que el juicio de reproche en virtud del cual se le atribuye al sujeto activo de la conducta la comisión de un delito porque dadas sus condiciones personales y sociales al tiempo de su realización se encontraba en condiciones de orientar su comportamiento conforme a derecho y no lo hizo.

Acorde con la objetividad que la actuación ofrece, en ningún momento se ha sugerido que al realizar todas y cada una de las conductas atribuidas al procesado, este no se encontrara en pleno uso de sus facultades y capacidades cognitivas que le hubieran impedido comprender la ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, y tampoco concurre en su favor alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal. LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO libremente decidió proceder antijurídicamente para ubicarse en el campo de la criminalidad, y lesionar sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, por lo que debe responder penalmente por la comisión del injusto penal de peculado por apropiación agravado en favor de terceros.

Vistos los elementos de convicción obrantes en la actuación, no se pone en duda que LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, al realizar los hechos objeto de reproche se

encontraba en uso de sus plenas capacidades cognitivas que le permitían conocer la ilicitud de sus actos y determinarse conforme con ese conocimiento, por ende, debe ser tenido como persona imputable.

La forma premeditada y calculada como se desarrolló y ejecutó el *iter criminis*, empezando por la delegación conferidas a sus secretarios para todas las etapas de la contratación; la apariencia de legalidad que pretendieron imprimirle a todo el trámite desde los estudios previos, su irregular celebración y fraudulenta liquidación, todo lo cual desembocó en la defraudación de los recursos departamentales, permiten a la Sala asumir fundadamente que MONSALVO GNECCO estuvo siempre en capacidad de comprender la ilicitud de su conducta, sin embargo, pese a ese conocimiento, en lugar de ajustar su comportamiento a derecho, voluntariamente optó por consumarlo con las consecuencias de que da cuenta la actuación.

Ya se dijo al estudiar el tipo subjetivo (5.2.1.2), que las condiciones personales y profesionales, además de su experiencia en el sector público permitieron inferir que el gobernador sabía de la ilicitud de la conducta y, a pesar de ello quiso su realización, siéndole en consecuencia exigible una conducta ajustada a derecho porque conocía de su ilicitud y estaba en condiciones de determinarse libremente conforme a esa comprensión, y es aquí donde radica el juicio de culpabilidad, máxime que no obra en su favor una circunstancia que la excluya.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y acogiendo la solicitud de condena de la fiscalía, en consonancia con los cargos probados, la Sala declarará a LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO como coautor penalmente responsable del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

5.2.2.5 Circunstancias de mayor y menor punibilidad

En este caso se tendrá en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 1 del artículo 58 del Código Penal por haber recaído el peculado sobre recursos destinados a satisfacer las necesidades de alimentación de la niñez y adolescencia de la niñez estudiantil del departamento en condiciones de pobreza que le fuera imputado en la acusación.

En opinión de la Sala la atribución de la circunstancia del numeral 1 del artículo 58 no viola el principio *non bis in idem*, pues si bien la naturaleza de los recursos es pública y por tanto coincide con el objeto material del peculado, el desvalor de la conducta no obedece a su naturaleza, sino al hecho de su *destinación*, como quiera que se trata de recursos que debieron aplicarse a actividades de utilidad común en beneficio de niñas, niños y adolescentes escolarizados de poblaciones vulnerables, con lo cual se colman los presupuestos de la agravante genérica deducida⁷⁹.

El numeral 9 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000 consagra como circunstancia de mayor punibilidad la posición

⁷⁹ Cf. CSJ. SP846-2020, radicado 56434 de 11 de marzo de 2020.

distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

La concurrencia de una cualquiera de tales calidades en el procesado traduce una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades individuales y sociales, lo cual explica que el delito cometido se considere más grave⁸⁰.

En términos de la Corte Constitucional, esta causal de agravación no es “*gratuita*” sino que surge:

a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los “distinguidos”, eso es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos –a quienes más se ha dado de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico⁸¹

En ese sentido, de la sola contrastación entre la acusación y lo probado en esta actuación, a tono con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía que la fiscalía atribuyó al procesado, emerge nítida la circunstancia de agravación punitiva, puesto que para el segundo semestre de 2015, época en que se tramitó, celebró y liquidó de forma irregular el contrato y fueron entregados los recursos apropiados, MONSALVO GNECCO era el gobernador del Cesar cargo para el cual había sido elegido popularmente.

⁸⁰ Cf. CSJ SP7633-2016, rad. 38999 de junio 8 de 2016.

⁸¹ Cf. CC C-038 de 19 de febrero de 1998.

El cargo que para entonces ostentaba el acusado sin duda alguna corresponde al más alto en la estructura de la rama ejecutiva departamental, por lo que puede afirmarse que ocupaba un lugar privilegiado en la sociedad y en esa medida un reconocimiento social, además de demandarle una mayor exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades como administrador y ordenador del gasto, así como el acatamiento de la Constitución y las normas de contratación estatal, lo cual explica la mayor severidad de la sanción.

En lo que atañe a la circunstancia del numeral 10 *ibidem*, relativa a la de obrar en coparticipación criminal, también se demostró que en el desarrollo del *iter criminis* intervinieron de manera mancomunada, previo acuerdo y mediante una contribución objetiva a su realización con dominio colectivo del hecho, de tal forma que sin la intervención de otros no hubiera sido posible la comisión del hecho por el ordenador del gasto.

La Sala reconocerá en favor de MONSALVO GNECCO la circunstancia de menor punibilidad del num. 1 del artículo 55 del Código Penal, esta es, la carencia de antecedentes penales, toda vez que no hay constancia en el expediente que los tenga.

En relación con el reconocimiento de esta causal de menor punibilidad, ha dicho la Sala de Casación Penal⁸² que la pretensión punitiva de sancionar en sus justos límites corresponde exclusivamente al Estado y por tanto, es a éste a

⁸² CSJ. SP. Radicado 19970 de 27 de abril de 2005.

quien incumbe demostrar la existencia de los antecedentes para que produzcan efectos jurídicos, de tal manera que si no se prueban, como ocurre aquí en donde no hay evidencia de los antecedentes penales del procesado, debe asumirse que carece de ellos.

5.2.2.6 Situación de detención del acusado

El artículo 451 de la Ley 906 de 2000, en relación con la definición de la situación de la detención del procesado privado de su libertad al tiempo del anuncio del sentido del fallo, señala:

ACUSADO PRIVADO DE LA LIBERTAD. El juez podrá ordenar su excarcelación siempre y cuando los cargos por los cuales fue encontrado culpable fueren susceptibles, al momento de dictar sentencia, del otorgamiento de un subrogado penal.

Aunque como consecuencia del carácter condenatorio del sentido del fallo y de la improcedencia, en principio, de algún subrogado penal el procesado debe seguir privado de la libertad, la Sala advierte innecesario, por ahora, ordenar su traslado a un centro de reclusión a cargo del INPEC, como quiera que LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO ha venido concurriendo voluntariamente a las diligencias realizadas con ocasión de esta actuación y en la de imposición de medida de aseguramiento se le dio el beneficio de la detención domiciliaria, por tanto, se dispone que continúe privado de la libertad en su domicilio hasta la emisión de la sentencia en la cual se adoptará la decisión definitiva sobre ese particular una vez se individualice la pena de prisión a imponer y se haga un pronunciamiento definitivo sobre la procedencia de los subrogados penales,

incluso, si es del caso, tomando en cuenta los argumentos a los que se refiera la defensa en orden a la concesión de alguno de los subrogados penales durante el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, anuncia que emitirá sentencia de condena en contra de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, gobernador del departamento del Cesar, como coautor penalmente responsable del concurso de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado por la cuantía con las circunstancias de mayor punibilidad indicadas en la acusación.

Entérese a partes e intervinientes de lo decidido.

Contra esta decisión no proceden recursos.

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario



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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicación 00491

Respetando a ultranza la regla de las mayorías aplicada para adoptar decisiones en un órgano colegiado como este, si bien estoy de acuerdo con declarar culpable al otrora Gobernador del Departamento del Cesar, LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, manifiesto mi disenso con la decisión de emitir sentido del fallo condenatorio por el ilícito de *peculado por apropiación* dada la ausencia de prueba que acredite más allá de toda duda razonable su intervención en calidad de coautor en tal ilícito patrimonial.

En la providencia de la que parcialmente me aparto, tras darse por acreditada la responsabilidad penal del acusado por el delito de carácter contractual, se consideró igualmente demostrada su participación en la conducta punible de *peculado por apropiación* en atención al incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control sobre la actividad contractual, que culminó con la celebración del contrato de suministro 2015-02-1178 de 21 de agosto de 2015 del Programa de Alimentación Escolar (PAE), suscrito entre el

departamento del Cesar, a través de su secretario general Jaime Luis Fuentes Pumarejo y el Consorcio Alimentación Escolar a Salvo 2015, representado por María Angélica Araújo Noguera.

Para la Sala mayoritaria es absolutamente incuestionable que al haberse tramitado, celebrado y liquidado el aludido contrato de forma irregular con el asentimiento del acusado, no solo se configuró el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, sino que a su vez éste se constituyó en el medio idóneo para apropiarse en provecho ajeno de recursos estatales, sin que tal resultado lesivo, como se plasma en la providencia, pueda considerarse *«producto de la causalidad»*, cuando la delegación del trámite contractual y las irregularidades cometidas en sus distintas fases *«revelan una dinámica comisiva en la que el acusado lideró todas las acciones necesarias con el fin de apropiarse de los recursos públicos en pro del interés particular de terceros y en detrimento del erario departamental.»*

La razón de mi disenso tiene que ver precisamente con el anterior razonamiento, pues en mi criterio, aunque se haya acreditado la delegación de la actividad contractual por parte del aforado, el incumplimiento de sus deberes de control y vigilancia, así como las irregularidades acaecidas en las distintas fases contractuales del mencionado negocio jurídico —lo que sustenta el sentido del fallo condenatorio por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*—, mal podría a partir de estas premisas avalarse un contexto que probatoriamente resulta deficitario para así endilgar al

acusado el delito de *peculado por apropiación*.

A diferencia de lo sostenido por la Sala mayoritaria, considero que, de los medios probatorios aducidos para sustentar la condena en contra de MONSALVO GNECCO por el delito de *peculado por apropiación*, no se infiere más allá de toda duda razonable su intervención en calidad de coautor y, en concreto, que haya delegado la contratación con la finalidad de eludir los requisitos legales esenciales, como medio para, en conjunto con otras personas, apropiarse dolosamente de recursos estatales.

Y es que, si la atribución de responsabilidad al acusado por el ilícito de *peculado por apropiación* fue ligada a la materialización del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, en una relación de medio a fin, debió acreditarse probatoriamente, entre otros asuntos, que desde la etapa precontractual cuestionada se determinó de manera artificiosa el precio unitario que se pagaría por las raciones alimentarias a contratar, en aras de lograr una apropiación ilícita de recursos públicos como consecuencia de sobre costos y que esto era conocido y querido por el aforado, exigencia probatoria que, en mi criterio, no se encuentra satisfecha.

Por el contrario, de la providencia parece desprenderse que la variación en el precio de ciertos conceptos cuyo presunto sobre costo dio lugar a la atribución del punible de *peculado por apropiación* ocurrió en el desarrollo del contrato,

como lo atiente a las manipuladoras efectivamente contratadas y a las capacitaciones dispuestas para ellas, más no en sus inicios a efectos de presupuestar un precio unitario más elevado del que correspondería cancelar al futuro contratista, de manera que, insisto, para poder vincular al enjuiciado a estos sobre costos tal y como se sustenta en la providencia, tendrían que mediar, por lo menos, indicios de que él sabía que desde el presupuesto se estaban plasmando unos valores ficticios para subir el precio unitario por ración, los cuales no avizoro.

Ahora bien, los reparos sobre la cuantía del delito de *peculado por apropiación* no se agotan en los ítems relativos al salario de manipuladoras y sus capacitaciones, también subsisten respecto del precio de las materias primas considerado correcto por la Sala (incluyendo su actualización), así como del porcentaje de estampillas ajustado, dadas las falencias en la metodología¹ utilizada para su cuantificación, lo cual refuerza a su vez el escenario de duda latente en este caso.

Por citar algunos ejemplos, no encuentro explicación por qué precios inferiores a los consagrados en el boletín SIPSA 123 octubre 2014² fueron incrementados por la Sala para determinar el costo ajustado de ración, lo cual arrojó un valor de \$782 para el complemento de mañana y \$1.071 para

¹ Si bien en la providencia se explicitaron parte de las operaciones matemáticas llevadas a cabo para calcular el costo de ración considerado adecuado por Sala, algunos pasos para su cuantificación no fueron plasmados en la decisión.

² Boletín tomado como referente para realizar el cálculo del precio unitario de las raciones a contratar.

el almuerzo, cuando el cálculo de tales valores con los precios inferiores consagrados en el presupuesto (estudios previos), arrojaría cifras menores a las consideradas correctas en la providencia.

Así mismo, no se tomó en consideración el pago del impuesto de Industria y Comercio -ICA- por el contratista, a efectos de precisar el porcentaje de impuestos considerado correcto para la realización de las operaciones tendientes a determinar la cuantía del presunto sobrecosto³, como tampoco se precisaron las razones por las cuales la Sala tomó como referente un precio de ración de \$1.654 (mañana) y \$1.998 (almuerzo) luego de hacer los correspondientes ajustes, cuando para la Fiscalía este último ítem fue calculado en un valor inferior de \$1.973.

Es que, si bien se predica la responsabilidad penal del enjuiciado en el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, no se puede desdeñar la clara diferenciación entre tal ilícito con el de *peculado por apropiación*, de ahí que de darse aquél no necesariamente se configura éste, como claramente lo ha precisado la Sala de Casación Penal, entre otras providencias, en SP2705-2018 11 julio 2018, rad. 51574.

³ Recuérdese que en los estudios previos fue presupuestado un 5.5% por concepto de estampilla, el cual fue recalculado por la Sala en un 4.5%, sin que hubiese tomado en consideración el porcentaje correspondiente con ocasión del pago del ICA, pese a que este impuesto debe tenerse en cuenta para la determinación de los precios unitarios. Sobre el particular cfr. Colombia Compra Eficiente, Respuesta a la consulta 4201913000007822. Por su parte, aunque en la decisión se afirma que a las raciones entregadas y facturadas por el contratista se le realizaron los descuentos por glosas ordenados por la interventoría y de los impuestos, no se precisa a cuáles tributos hace referencia.

En efecto, aunque en otras situaciones puede presentarse un concurso heterogéneo entre tales delitos, en mi criterio, en este caso en manera alguna puede concluirse que la materialización del ilícito contractual indefectiblemente conduce al de carácter patrimonial, o que este último solo se explica en función del otro.

En definitiva, las deficiencias probatorias al momento de sustentar la atribución de responsabilidad al procesado por el delito de *peculado por apropiación* y los reparos en torno a la determinación de su cuantía me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria pues, al subsistir dudas sobre la intervención de LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO como coautor de tal ilícito contra el patrimonio estatal, en virtud del principio de *in dubio pro reo*, considero que debió emitirse sentido del fallo absolutorio en su favor por ese punible.

En estos términos dejo rendido mi desacuerdo.

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

Fecha ut supra.