



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

SEP091-2024

Radicación No. 00067

CUI 11001600010220130007501

Aprobado mediante Acta Extraordinaria No. 73

Bogotá, D. C., dos (02) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)

VISTOS

Celebrado el juicio oral y cumplida la audiencia para los fines previstos en artículo 447 de la Ley 906 de 2004, procede la Sala Especial de Primera Instancia a dictar sentencia de carácter condenatorio en contra del doctor JORGE CARLOS BARRAZA FARAK, en su condición de exgobernador del departamento de Sucre, acusado por la Fiscalía General de la Nación como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

1. Según la acusación, JORGE CARLOS BARRAZA FARAK como gobernador del departamento de Sucre, intervino en el trámite y celebración de los siguientes contratos de suministro, suscritos con JOSÉ LIZARDO MOLINA HORTA y LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ, representantes legales de la empresa LOS TRES EDITORES S.A.S., cuyos objetos y valores fueron:

Contrato n°. S.#70-001-0-01-10, de 27 de enero de 2010	
Objeto	Valor
Dotación de material de apoyo para el desarrollo y el mejoramiento de las competencias en los estudiantes de los grados 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11°, de 8 municipios del departamento de Sucre.	\$700.000.000, oo

Contrato n°. 70-015-0-06-2010, de 30 de junio de 2010	
Objeto	Valor
Dotación de textos escolares de inglés e informática para los estudiantes de grado 0 a 5 de primaria de las instituciones educativas oficiales de 7 municipios del departamento de Sucre.	\$700.000.000, oo

Contrato n°. S70-011-0-04-2011, de 5 de abril de 2011	
Objeto	Valor
Dotación de textos integrados de las cuatro áreas básicas para los estudiantes de los grados 1, 2, 3, 4 y 5 de 9 instituciones oficiales del departamento de Sucre.	\$499.928.000, oo

Contrato n°. 70-017-0-12-2011, de 20 de diciembre de 2011	
--	--

Objeto	Valor
Dotación de material bibliográfico de evaluación por competencias y estándares para los estudiantes del grado 11° de 35 instituciones educativas oficiales de 8 municipios del departamento.	\$399.960.000, oo

2. Los procesos contractuales en los que intervino el acusado, presentaron irregularidades relacionadas con el incumplimiento de los requisitos esenciales en su trámite y celebración, pues se suscribieron sin verificar las condiciones legales para su perfeccionamiento:

La editorial favorecida estaba seleccionada desde antes de iniciar el trámite, porque previo a la suscripción de los contratos hubo una negociación entre WILLIAM MACEAS AVILÉS, distribuidor de la empresa, y GUILLERMO CASTRO THERÁN, secretario de educación departamental, en la cual el primero presentó el análisis de los resultados de las pruebas del ICFES practicadas a los alumnos de los grados 3°, 5°, 9° y 11°, de las instituciones educativas oficiales de ese territorio, y el portafolio de libros que ofrecía la editorial.

Luego de algunas reuniones MACEAS AVILÉS recibió llamadas telefónicas de la secretaria de educación, en las cuales le informaron que había sido escogido el material ofrecido y esa dependencia procedería a oficiar a la secretaria de planeación para el efecto.

Días después, CASTRO THERÁN le solicitó la presentación formal de las propuestas junto con los soportes, para proceder a la contratación directa.

2.1. Las irregularidades en el trámite contractual consistieron en lo siguiente:

2.1.1. Los estudios previos se elaboraron en apariencia, por cuanto carecen de fecha de tramitación y fueron diseñados de acuerdo con la propuesta presentada por LOS TRES EDITORES S.A.S., sin tener en cuenta la existencia de otras sociedades dedicadas a la comercialización de textos escolares, vulnerándose el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008.

2.1.2. Los contratos se justificaron en la necesidad de mejorar la calidad educativa de los estudiantes de los colegios oficiales del departamento por el bajo nivel reportado en las pruebas del ICFES 2009-2011, instrumento de medición del Ministerio de Educación Nacional (MEN) que evalúa las destrezas de los estudiantes durante su formación básica y media a través de sus habilidades para la resolución de problemas; sin analizar las causas de la problemática ni consultar a los docentes y rectores de los colegios favorecidos.

2.1.3. La descripción del objeto se limitó a la dotación de textos escolares con la finalidad de solventar la necesidad de mejorar el nivel educativo de los estudiantes, sin analizar otras alternativas para suplir la insuficiencia, entre estas, ampliar la nómina de profesores e implementar una nueva estrategia educativa.

2.1.4. Las especificaciones técnicas del objeto contractual se definieron por el título de los libros sin describir sus características; análisis requerido para determinar las particularidades de su contenido, metodología y edición, incumpléndose la obligación de fijar previamente los criterios de selección del contratista del artículo 26-3 de la Ley 80 de 1993. Estrategia observada para direccionar la selección del contratista.

2.1.5. Se desconoció que el ICFES en 2009-2011 diseñó unas cartillas guías gratuitas para la capacitación en las pruebas de Estado según los lineamientos del MEN, disponibles en la página web para instituciones educativas públicas y privadas.

2.1.6. El valor de los contratos se obtuvo multiplicando las cantidades de los libros por el costo de cada ejemplar, sin consultar el censo estudiantil de los planteles educativos beneficiados.

2.1.7. No existe fundamento jurídico para aplicar la modalidad contractual directa, pues el valor de cada contrato excedía el tope de la menor cuantía \$334.750.000, oo y \$346.125.000, oo para las vigencias de 2010 y 2011, razón por la cual procedía la licitación pública, transgrediéndose el principio de legalidad previsto en el artículo 24-1-1 *ibidem*.

2.1.8. Con el propósito de justificar la contratación directa y eludir la licitación pública, se aplicó la excepción prevista en el literal g del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, “*cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado*”, con el

argumento relativo a que la empresa LOS TRES EDITORES S.A.S. tenía registrados los derechos de autor; causal que se configura cuando no hay más que una persona inscrita en el Registro Único de Proponentes (RUP) que pueda proveer el bien o el servicio por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser de acuerdo con la ley el proveedor exclusivo, de conformidad con el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008. Circunstancia no acreditada en los estudios previos ya que para 2010-2011 otras empresas se encontraban inscritas en el RUP dedicadas a la comercialización y venta de textos escolares, impidiéndoles que presentaran sus propuestas y la escogencia de la mejor.

2.1.10. Al seleccionar el contratista directamente sin convocar a otras editoriales se transgredieron los principios de legalidad, transparencia, planeación, publicidad y selección objetiva previstos en los artículos 123 de la Carta Política y 23, 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993. Modalidad utilizada para destinar \$1.939.924.000, oo de los recursos del sistema general de participaciones, sector educación, a la dotación de textos escolares sin estudios adecuados que permitieran concluir que ella era la mejor alternativa.

2.1.11. Adicionalmente, la fiscalía destaca que: (i) el contrato n°. S#70-001-0-01-10 de 27 de enero de 2010 se suscribió un día antes de su registro en el banco de proyectos; y (ii) en el contrato n°. 70-017-0-12-2011 de 20 de diciembre de 2011, no se tuvo en cuenta que el 5 de abril de ese año se compraron textos integrados para mejorar el nivel educativo.

2.2. Pese a las anteriores irregularidades, BARRAZA FARAK expidió las Resoluciones n°. 0126 y 2001 de 27 de enero y 30 de junio de 2010, 1430 y 5760 de 5 de abril y 20 de diciembre de 2011, a través de las cuales los ordenó tramitar por contratación directa sin verificar en la etapa previa la existencia de otras empresas dedicadas a la venta y comercialización de textos escolares, es decir, ordenó la contratación directa sin existir estudios adecuados, suficientes y pertinentes que justificaran la necesidad, el objeto y las especificaciones técnicas para seleccionar el contratista como único proveedor dedicado a la comercialización de textos escolares no se acreditó, eludiendo de esta manera la licitación pública que en cada evento se imponía por la cuantía.

3. Además, celebró los contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales previstos, pues como ordenador del gasto tenía la obligación de constatar la etapa previa y concomitante para comprobar el cumplimiento de los artículos 2°, 12, 68, 71, 110, 111, 112 y 113 del Decreto 111 de 1996 y 29 y 30 de la Ley 80 de 1993, en particular: (i) la inscripción del proyecto en el banco de proyectos; (ii) la elaboración de los estudios previos; (iii) la solicitud del certificado de disponibilidad presupuestal; (iv) la emisión del acto administrativo de justificación para iniciar el proceso contractual; y (v) la invitación a presentar propuestas y suscribir el contrato.

Procedimiento que no cumplió con el fin de favorecer a la editorial LOS TRES EDITORES S.A.S., ya que se soslayó la licitación pública, los proyectos se inscribieron aparentemente, los estudios previos no fueron el desarrollo de una iniciativa

inscrita en el banco de proyectos, y carecen de fecha de elaboración, la propuesta del contratista no tiene sello de recibido de la gobernación y el acto administrativo que justificó la contratación directa se emitió el mismo día de la suscripción de los contratos¹.

En suma, se atribuyó al procesado tramitar los contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales y celebrar sin verificar la observancia de los mismos; transgrediendo los principios de legalidad, transparencia, publicidad, planeación y selección objetiva, previstos en los artículos 123 de la Carta Política y 23, 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993.

Por estos hechos el ente de investigación lo acusó como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, en concurso material, homogéneo y sucesivo, al tenor de lo normado por el canon 31 *ibidem*.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

JORGE CARLOS BARRAZA FARAK, identificado con la cédula de ciudadanía número 72.126.189 de Barranquilla, (Atlántico), nació el 24 de julio de 1962 en San Jacinto (Bolívar), hijo de CARLOS ADOLFO BARRAZA ALANDETE y ANGÉLICA CRISTINA FARAK DÍAZ, estado civil casado, profesión abogado, especializado en gestión pública, lugar de residencia Sincelejo

¹ En los contratos n°. S#70-001-0-01-10 de 27 de enero de 2010, la propuesta es de “enero de 2020”; en el n°. 70-015-0-06-2010 de 30 de junio de 2010, la propuesta es de “junio de 2010”; en el n°. S70-011-0-04-2011 de 5 de abril de 2011, la propuesta es de “2011”. Y en el n°. 70-017-0-12-2011 de 20 de diciembre de 2011, la propuesta es de “diciembre de 2011”.

(Sucre)².

ANTECEDENTES RELEVANTES

Actuación procesal

1. El 12 de septiembre de 2018, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, la fiscalía 5a delegada ante esta Corporación formuló imputación a BARRAZA FARAK, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo³. La fiscalía no solicitó medida de aseguramiento⁴.

2. El 18 de diciembre de 2018, el mismo funcionario presentó ante esta Sala el escrito de acusación⁵ y el 15 de septiembre de 2020, se realizó la audiencia de su formulación en la que se reiteró la imputación jurídica⁶.

3. En sesiones de 10 y 25 de noviembre de 2020⁷ y 4 de febrero de 2021⁸, se adelantó la audiencia preparatoria que culminó con la emisión y lectura del auto de pruebas, en el cual se decretaron y se inadmitieron algunas de las solicitadas por las partes⁹, determinación impugnada por la fiscalía, y confirmada el 2 de marzo de 2021¹⁰.

² Cfr. Folios 76 a 78 del cuaderno n°. 1. Estipulación n°. 2.

³ Cfr. Folios 76 a 79 del cuaderno n°. 1.

⁴ Cfr. Folios 76 a 78 del cuaderno n°. 1.

⁵ Cfr. Folios 1 a 55 del cuaderno n°. 1.

⁶ Cfr. Folios 137 a 141 del cuaderno n°. 1.

⁷ Cfr. Folios 137 a 149 del cuaderno n°. 1.

⁸ Cfr. Folios 251 a 255 del cuaderno n°. 2.

⁹ Cfr. Folios 186 a 249 del cuaderno n°. 2.

¹⁰ Cfr. Folios 338 a 382 del cuaderno al n°. 2.

4. El juicio oral se instaló el 31 de mayo de 2021, sesión en la cual el ente de investigación expuso su teoría del caso, incorporó 37 estipulaciones probatorias e inició su práctica probatoria con la aducción de los documentos públicos¹¹ y el testimonio de LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ, con quien introdujo los privados¹².

La audiencia pública continuó el 1° de agosto y el 26 de octubre de 2022 y el 23 de marzo de 2023, sesiones en las que se practicaron los testimonios de la fiscalía y la defensa¹³. Culminada la fase probatoria se expusieron los alegatos de conclusión por partes e intervinientes¹⁴.

6. El día 11 de julio de 2024, se produjo la audiencia de lectura de sentido de fallo y se agotó el trámite del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En virtud de lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía, el representante de víctimas y la defensa expusieron sus argumentos de conclusión, así:

1. Fiscalía

¹¹ Cfr. De 398 a 408 del cuaderno al n°. 2.

¹² Cfr. De la n°. 1 a la 2.

¹³ Cfr. Con el testimonio del acusado se introdujo la prueba documental.

¹⁴ En la sesión de 1° de agosto de 2022 rindieron testimonio LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ, SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ, WILLIAM EDUARDO MACEA AVILÉS, LUIS EDUARDO SALAS FONTALVO y GUILLERMO CASTRO THERÁN; en la sesión de 26 de octubre de 2022, se practicó los testimonios de MÓNICA PATRICIA FIGUEROA DORADO, MARTHA DEL CARMEN GARCÍA DÍAZ, SAIDA ROSA VANEGAS ANAYA y AMAURY ANTONIO VERGARA LUNA. En la sesión de 23 de marzo de 2023, el acusado rindió testimonio.

Solicita la condena de BARRAZA FARAK como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo, porque, considera, probó más allá de toda duda la vulneración de los requisitos legales esenciales en el trámite y la celebración de los contratos, los cuales fueron “parcelados” para eludir la licitación pública, vulnerándose los principios de planeación, economía, transparencia, selección objetiva y de responsabilidad, de conformidad con los artículos 23 y 24-8 de la Ley 80 de 1993 y 42, 43, 3 y 4 de la Ley 1150 de 2007.

Según el ente de investigación, en todos los eventos se encontraron las siguientes irregularidades en la etapa precontractual:

Los estudios previos carecen de fecha y soportes, pues no están definidas las necesidades a satisfacer, ya que no explican por qué los textos servían para mejorar los resultados del ICFES. Deficiencia reflejada en la falta de diligenciamiento y el formato de la metodología general ajustada (MGA)¹⁵ y de la ficha estadística básica de inversión (EBI)¹⁶, siendo evidente la ausencia de los estudios de factibilidad y de prefactibilidad.

No se comparó en el mercado qué otras alternativas se encontraban. Si bien se adujo que la empresa LOS TRES

¹⁵ “La Metodología General Ajustada – MGA son pasos a seguir para formular los proyectos de inversión pública en Colombia. Se estructura como metodología, dado que presenta una secuencia ordenada de información que se integra de manera sistemática para facilitar la toma de decisiones y la gestión de los proyectos de inversión pública. Es general en el sentido que está concebida para registrar cualquier proyecto de inversión pública, independientemente de la fase en la que este se encuentre, del sector al que pertenezca y de las fuentes de financiación, tratándose por supuesto, del presupuesto público. Por último, por ajustada se entiende que ha venido evolucionando en el tiempo”. Documento_conceptual_2023.pdf (dnp.gov.co). Consultada: 30 de noviembre de 2023.

¹⁶ Formulario que resume la información que contiene el documento de formulación del proyecto de inversión.

EDITORES S.A.S. tenía los derechos de autor no se señalaron las características de los libros, infiriéndose que la escogencia del contratista fue caprichosa al no permitirse la participación de otras editoriales inscritas en el registro único de proponentes (RUP), para que la gobernación seleccionara la mejor alternativa y comparara si los libros eran los requeridos para solucionar la problemática, criterio que se aplica incluso a la contratación directa.

Las resoluciones que ordenaron la contratación directa no fundamentaron la inexistencia de pluralidad de ofertas, lo que no se puede confundir con la certificación del registro de derechos de autor, por lo tanto, no era el proveedor exclusivo registrado. Pese a estos defectos, el acusado suscribió los contratos en la misma fecha de dichos actos administrativos.

Considera la fiscalía que el hecho de haberse firmado el contrato n°. S#70-001-0-01-10 un día antes de su registro en el banco de proyectos, no fue un simple error administrativo como lo aduce el acusado, porque existen tres documentos fechados posteriormente, ellos son: el concepto de viabilidad signado por LILA LUZ LEYVA ANAYA, el formato MGA y el oficio de GUILLERMO CASTRO THERÁN que dio inicio al procedimiento precontractual, lo cual denota que el acuerdo de voluntades se firmó antes.

De otra parte, estima, de conformidad a lo indicado por la doctora MÓNICA PATRICIA FIGUEROA DORADO, directora nacional de calidad educativa del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación (ICFES), en el periodo 2010-2011 existían libros estándares colgados en la página web

COLOMBIA APRENDE de esa institución; además, pese a la contratación, no hubo mejoría en los resultados de las pruebas de Estado luego de cuatro años de la compra de los libros, ya que los estudiantes estuvieron por debajo de la media del nivel nacional en 2012 en un 49%, 58% y 38%, y en 2013 inferior en un 38%, reconociendo una leve mejoría en el grado 9°.

En fin, el trámite fue aparente para dar visos de legalidad a las irregularidades, pese a ellas el enjuiciado suscribió los actos administrativos que autorizaron la contratación directa y los contratos vulnerando la selección objetiva, toda vez que el contratista fue escogido antes de la firma de los contratos.

2. Apoderado del departamento

Coadyuva la petición de condena del ente fiscal porque considera que el enjuiciado actuó en posición de garante sin tener aplicación el principio de confianza, descartando un error de tipo invencible. Por el contrario, estima, desconoció los principios de legalidad, transparencia y planeación consagrados en los artículos 123 de la Carta Política, 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, con conocimiento y voluntad.

3. Defensa técnica

Pide absolver por duda probatoria ya que la fiscalía jamás imputó el fraccionamiento de contratos, lo cual constituiría “*otro delito*”. Resalta que aludió a documentos contenidos en un CD desconocido, impidiendo la defensa técnica. Añade que tampoco se demostró la antijuridicidad y la “*punibilidad*” de la

conducta, quedando incólume la presunción de inocencia.

Asevera que, si bien la prueba documental enseña unos errores administrativos, estos no son dolosos ya que podrían corregirse por la oficina de control interno del departamento.

Critica al apoderado de la gobernación ya que al coadyuvar la petición de la fiscalía no entiende por qué razón alude a la posición de garante, al error de tipo y a la inexistencia del principio de confianza, pasando por alto que no hubo daño, debido a que el ente de investigación jamás censuró la calidad de los libros, y admite que estos llegaron a las instituciones educativas beneficiadas.

En su sentir, el problema jurídico es de interpretación de la normatividad contractual aplicable sobre la inexistencia de la pluralidad de oferentes, por tener la empresa LOS TRES EDITORES S.A.S. registrados los derechos de autor que autorizaba la contratación directa, empero, la fiscalía sostiene que procedía la licitación pública.

Sobre el particular aduce que el artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹⁷, autoriza contratar directamente cuando no hay pluralidad de ofertas, causal reglamentada por el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008, el cual prevé dos numerales¹⁸, cuando: 1. no exista más de una persona inscrita en el RUP; y 2. que solo haya una que pueda proveer el bien o el servicio, por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor; o por ser, de acuerdo con la ley, su

¹⁷ Modificado por la Ley 1150 de 2007.

¹⁸ En criterio del defensor en realidad son tres causales.

proveedor exclusivo; circunstancias que deben soportarse en los estudios previos.

En su criterio basta que concurra uno de esos eventos para contratar libremente, contrario a lo que considera el ente fiscal que exige la presencia de todos, lo cual demuestra que la administración obró de buena fe ya que la editorial presentó su portafolio de servicios a la secretaría de educación con la certificación de los derechos de autor, así como el ISBN para comercializar sus productos. Así las cosas, estima, no se infringió ninguna norma contractual como lo comprobó la procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, al absolver disciplinaria y fiscalmente al acusado, ya que la dotación de los textos fue una herramienta para mejorar el nivel educativo.

Argumenta que por tratarse de la modalidad directa no procedía la tabla de contratación, y la editorial LOS TRES EDITORES S.A.S. no tenía por qué ser el único proveedor dedicado a la venta de libros escolares, pues lo relevante era ser la titular de los derechos de autor.

Si bien la fiscalía sostuvo que había más empresas inscritas en el RUP, ello significa que los textos producidos por ellas serían clonados y los certificados de derechos de autor de estas espurios, incurriendo en los delitos de defraudación a los derechos de autor contenidos en los artículos 270 y 272 del Código Penal.

No es cierto, aduce, que el proyecto respecto del primer contrato se haya registrado con posterioridad a la celebración

del contrato, según el análisis del siguiente contexto documental:

Fecha	Actuación
6 de enero de 2010.	Acta sobre la especialización del proyecto.
18 de enero de 2010.	Oficio mediante el cual se radicó el proyecto.
25 de enero de 2010.	Chequeo técnico de la secretaría de planeación para que el proyecto sea corregido.
27 de enero de 2010.	Certifica el proyecto la secretaría de planeación.
28 de enero de 2010.	Concepto de viabilidad por el líder del proceso.
27 de enero de 2010.	Resolución que autorizaba la contratación directa y elaboración del contrato.

De conformidad con esta línea de tiempo, aduce, la inscripción en el banco de proyectos no fue aparente porque el certificado de dicho trámite es arrojado por un software después de alimentarse con los datos del proyecto, por ello, en la ficha se aprecia la fecha de elaboración de cada documento.

En todo caso, recuerda que el análisis de los estudios previos, de conformidad con el manual de funciones, le correspondía a la secretaría de educación y a la oficina jurídica de la gobernación, como consecuencia de la desconcentración de funciones; y si bien no tienen fecha, ello era un requisito inane porque se trataba de un trámite interno para obtener el aval de la oficina jurídica sin necesidad de radicación.

CASTRO THERÁN, secretario de educación, afirma, nunca advirtió al acusado sobre las irregularidades, por el contrario, éste junto con sus subalternos estuvieron convencidos de que la contratación procedente era la directa, razón por la cual firmó los contratos sin vulnerar los requisitos

legales esenciales pues no tenía motivos para desconfiar del trabajo de ellos. Tampoco se puede afirmar que omitió ejercer control sobre sus actividades pues ni siquiera se indagó si en algún consejo de gobierno se trató el tema de la contratación.

Sobre el principio de confianza, considera que en determinadas entidades como la gobernación, es necesaria la división de funciones para cumplir sus fines, lo cual exige la vigilancia del jefe de la administración, quien tiene la potestad de conformar su equipo de trabajo según los perfiles de cada unidad ejecutora, por tanto, se necesitan las más altas calidades como las que concurrían en CASTRO THERÁN y el asesor AMAURY ANTONIO VERGARA LUNA, quienes jamás fueron intimidados por el acusado para escoger la modalidad contractual directa.

Adicionalmente, en su criterio, además de no concurrir el estándar probatorio para una condena, la censura de la fiscalía es abstracta porque nunca determinó cuál fue la comisión por omisión y la imputación jurídica del resultado atribuido al procesado de conformidad con los artículos 9 y 25 del Código Penal, y la jurisprudencia de esta Sala contenida en CSJ SEP0017-2021, rad. 49599, siendo evidentes los vacíos investigativos porque no se acreditó el pacto de voluntades, la división de trabajo, el acuerdo criminal y el aporte objetivo trascendente entre el acusado y el contratista para eludir la licitación pública. Ni siquiera se determinó la distribución interna de las secretarías que tuvieron a cargo la etapa precontractual y no se demostró la manipulación por parte del acusado de las etapas precontractual y contractual o que tuviera injerencia administrativa en dicha fase.

Por contraste, ante tales falencias lo probado es la realización de estudios técnicos, económicos y jurídicos para determinar la modalidad contractual realizando una selección objetiva, respetando el principio de transparencia.

En todo caso, recuerda que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es una norma en blanco que reenvía a otras extrapenales, y que es el legislador quien debe establecer cuáles son y no el operador jurídico, razón por la cual su estructura debe ser cerrada, sin que el ente fiscal se inmiscuya en la motivación de la entidad para escoger la alternativa de contratación.

4. Defensa material

Pide la absolución porque estima que la fiscalía no probó que había otras empresas inscritas en el RUP con derechos de autor y libros con contenidos iguales a los ofrecidos por LOS TRES EDITORES S.A.S., ya que de acreditarlo ello significaría que dichas editoriales cometerían fraude.

En su sentir existe atipicidad de la conducta al operar el principio de confianza, lo contrario sería condenar por responsabilidad objetiva.

En apoyo de su postura, afirma, la gobernación aplicó el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008, el cual establece las hipótesis de inexistencia de pluralidad de ofertas, sin que ello proceda únicamente cuando no exista registro en el RUP, puesto que convergen otros eventos como el certificado de los derechos de autor, sin que sea necesario que se reúnan las tres

condiciones porque basta una de ellas.

Asegura que los textos fueron preseleccionados por los rectores quienes avalaron su buena calidad en el contenido, razón por la cual la secretaría de educación elaboró el proyecto para presentarlo en planeación departamental. Oficina que devolvió los cuatro proyectos para que fueran corregidos, lo que desvirtúa el delito pues de haber anomalías dicha dependencia debió advertirlo; en todo caso, y de existir carecen de dolo porque son yerros administrativos corregibles por control interno.

Considera que las estadísticas del ICFES no son pruebas conducentes para demostrar la ilicitud de la conducta, conforme al salvamento de voto del auto de pruebas.

Sobre las inconsistencias en las fechas advertidas por el ente de investigación, asegura, fue un yerro del funcionario encargado de esa labor, siendo imposible alterarlas ya que el software de planeación es automático. En todo caso, el contrato se elaboraba en la oficina jurídica según el manual de funciones, sin asignar la fecha.

Pide se reconozca la duda probatoria ya que no es suficiente para acreditar su responsabilidad penal firmar el mismo día las resoluciones que ordenaron la contratación directa y los contratos, lo cual era normal pues sus jornadas laborales empezaban a las 5 a.m. hasta altas horas de la noche.

Califica los argumentos de la gobernación como políticos y no jurídicos, ya que no existe prueba respecto a que desde

antes del proceso contractual se hubiese escogido al contratista, no se demostró el daño y se soslayó que como gobernador estaba facultado para contratar directamente.

AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA Y SENTENCIA

Al haber anunciado en el sentido de fallo en el que se declara culpable al doctor JORGE CARLOS BARRAZA FARAK por la comisión del delito de contrato sin cumplimiento en concurso homogéneo y sucesivo, se realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia con el fin de conocer sus condiciones personales, sociales, familiares y modo de vida del procesada, así como escuchar las solicitudes relacionadas con la fijación del quantum punitivo y la posible concesión de subrogados o sustitutos penales, en desarrollo de la cual las partes e intervinientes manifestaron lo siguiente¹⁹:

1. La fiscalía, solicitó una pena ejemplar por las condiciones de BARRAZA FARAK, persona que ha ostentado el poder en la región, la cual servirá para persuadir a la sociedad.

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

3. El defensor²⁰ solicitó que al momento de imponer la pena pondere las altas condiciones sociales, familiares y personales de BARRAZA FARAK, cuyo arraigo laboral está demostrado según constancias procesales; además, no tiene

¹⁹ Cfr. Audiencia de individualización de pena y sentencia. 11 de julio de 2024.

²⁰ Cfr. Audiencia de individualización de pena y sentencia. 11 de julio de 2024. Record: 17:40.

antecedentes penales, fiscales y disciplinarios y atendió los llamados de la justicia. Pese al sentido del fallo, el delito atribuido no es de gravedad ni ocasionó daño patrimonial al Estado, sino que se generó en la interpretación de una norma frente a la modalidad contractual.

Si bien reconoce que el artículo 38 B sobre la prisión domiciliaria establece unos requisitos, no desconoce que existe una restricción tácita pero espera se pondere su historia de vida²¹.

5. El procesado coadyuva a los argumentos de su defensor y acata el sentido del fallo e interpondrá los recursos en su oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo n°. 01 de 2018 que modificó el artículo 234 Superior, la competencia para pronunciarse de fondo en primera instancia dentro de los procesos adelantados contra gobernadores está radicada en la Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, máxime que los delitos atribuidos al doctor JORGE CARLOS BARRAZA FARAK están vinculados con el ejercicio de las funciones de gobernador del departamento de Sucre.

²¹ Mencionó “la sentencia CSP SP130-2013 y la T-153 de 1998”.

2. Requisitos para proferir sentencia

Acorde a lo previsto en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004, para dictar fallo condenatorio deberá existir conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia de las categorías de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado a partir de las pruebas debatidas en la audiencia de juicio oral, las que deben ser apreciadas en conjunto siguiendo los criterios establecidos para cada medio de convicción.

Atendiendo las referidas premisas, la Sala asumirá el examen de las pruebas vertidas en el juicio oral, con el objeto de establecer si el doctor BARRAZA FARAK es responsable de los delitos por los cuales fue convocado a juicio.

Para el efecto presentará el marco teórico relacionado con el delito imputado, determinará el contenido y alcance de sus elementos, estudiará cada contrato para determinar los hechos probados, y analizará en conjunto el acervo probatorio de cara a las reglas de la sana crítica, con el fin de definir si logró arribar al grado de conocimiento requerido para condenar.

3. Tipicidad objetiva

3.1. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

La fiscalía acusó al procesado como probable autor responsable de la comisión de este delito, el cual es descrito por el artículo 410 del Código Penal -con el aumento de la Ley 890

de 2004-²²:

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

El supuesto de hecho encierra el actuar de un servidor público que entre sus atribuciones deba intervenir en el proceso de contratación, y haya incumplido los presupuestos sustanciales en el trámite o liquidación, u omitido verificar su concurrencia en las etapas de trámite, celebración o liquidación²³.

Implica dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, incumplir los presupuestos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos hasta su celebración y, la segunda, omitir la verificación del cumplimiento de los condicionamientos legales en su perfeccionamiento, incluso los concernientes a la fase precontractual y los relacionados con la liquidación²⁴.

De esta forma la ley diferenció la conducta ejecutada por los servidores públicos al tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación²⁵.

²² Este acápite seguirá el marco teórico de la Sala contenido en CSJ SP00017-2021, rad. 49599; CSJSP0057-2021, rad. 0026, reiterado en CSJ SEP0011-2024, rad. 50618 y CSJ SEP042-2024, rad. 00491.

²³ Cfr. CSJ SP-18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP00017-2021, rad. 49599; y, CSJ SP0057-2021, rad. 0026. También en CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

²⁴ Cfr. *Ibidem*. Reiterado en CSJ SP00017-2021, rad. 49599; y, CSJ SP0057-2021, rad. 0026. Reiterada en CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

²⁵ Cfr. *Ibidem*.

La primera modalidad alude al trámite del contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que en la restante el contenido de la prohibición se hace consistir en no comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en dicha fase al momento de firmarlo. Distinción fundamentada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales²⁶.

Es decir, a través de esta figura las etapas previas y de ejecución están asignadas al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto. Labor que este ejecuta verificando el cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer de los recursos del ente territorial²⁷. Los artículos 12²⁸ y 25-10²⁹ de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales, podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las

²⁶ Cfr. *Ibidem*.

²⁷ Cfr. CSJ SP18532-2017, rad. 43263; reiterada en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599 y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

²⁸ Artículo 12. De la Delegación para Contratar. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones ~~o concursos~~ en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Inciso adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. *Parágrafo.* <Parágrafo adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso.

²⁹ ARTÍCULO 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: [...].

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y la desconcentración no derivan en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación³⁰, pues la función de adjudicación está a su cargo³¹.

El elemento normativo del tipo denominado requisitos esenciales hace alusión al respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, los cuales son: los de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva, contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993³² y las disposiciones que los desarrollan, normativa aplicable a la fecha de los hechos³³.

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

³⁰ La Ley 489 de 1998 define las figuras de delegación y desconcentración en el entorno de la organización y funcionamiento de las entidades estatales, como la transferencia de funciones de un órgano o cargo a otro, ocurrida por regla general al interior de la misma entidad. En la delegación, la transferencia se realiza únicamente por el titular de la función a través de un acto administrativo expreso, a veces de manera general otras de manera específica, para lo cual debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. Sobre la desconcentración determina que la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico y se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, transfiriendo en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser ejercida por el órgano desconcentrado y no por otro y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. *Cfr.* CSJ CSJ SP 00017-2021, rad. 49599.

³¹ *Cfr.* CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ CSJ SP 00017-2021, rad. 49599 y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

³² Al respecto CSJ SP4463-2014, reiterado en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; CSJ SP15528-2016, rad. 40383; CSJ SP00017-2020, rad. 49599, reiterada en CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

³³ *Cfr.* Entre estas, la Ley 1150 de 2007.

consagrados en su texto³⁴.

Así mismo, el artículo 209 de la Carta Política prescribe que la función pública está al servicio del interés general, la cual se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones³⁵.

Ahora, de los artículos 1° y 2° de la Carta Política y 3° de la Ley 80 de 1993, se desprende que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común, por lo tanto, sujeta a los fines esenciales del Estado, y sus trámites están regidos por tales principios³⁶.

De otro lado, los artículos 1³⁷, 3³⁸, 23³⁹, 24⁴⁰, 25⁴¹ y 26⁴² de la Ley 80 de 1993, disponen que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y

³⁴ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; reiterada en CSJ SP00017-2021, rad. 49599 y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

³⁵ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383; CSJ SP00017-2021, rad. 49599 y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618..

³⁶ Cfr. CSJ SP 00017-2020, rad. 49599 y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

³⁷ Artículo 1°. *Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.*

³⁸ Artículo 3°. *De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, [...], colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*

³⁹ Artículo 23. *De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.*

⁴⁰ Principio de transparencia.

⁴¹ Principio de economía.

⁴² Principio de responsabilidad.

principios que rigen la contratación de las entidades estatales⁴³.

En otras palabras, tal preceptiva indica el marco jurídico de los procesos contractuales a observar por los servidores públicos al tramitar y celebrar los contratos, siendo razón fundamental para que en su ejecución las entidades cumplan no solo los fines estatales sino la eficiente prestación de los servicios públicos a la comunidad, y garanticen los derechos e intereses de los administrados⁴⁴.

El principio de planeación debe irrigar todas las fases contractuales. Mecanismo con el que se impide la improvisación, pues prevé una gestión preventiva del daño antijurídico, reflejada en la importancia del establecimiento de criterios de selección, definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, y en el estudio de oportunidad, conveniencia y de mercado⁴⁵.

El Consejo de Estado ha sostenido sobre el particular:

El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de

⁴³ Cfr. CSJ 00017-2021, rad. 49599; y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

⁴⁴ Cfr. CSJ SP15528-2016, rad. 40383. SEP00017-2021, rad. 49599; y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*.

*licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden*⁴⁶.

De ahí la importancia de la selección del contratista y la celebración de los contratos respetando el régimen jurídico a aplicar. Su ejecución y posterior liquidación deben ser ajenas a la improvisación, el resultado de una tarea programada y planeada que permita regir la actividad contractual dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden, diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado⁴⁷.

En relación con lo anterior, de especial relevancia resulta el principio de economía⁴⁸ del cual se extrae, entre otras, la exigencia de contar con estudios de conveniencia y oportunidad debidamente documentados que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización. Ello en manifestación directa de la máxima de planeación que debe ser atendida en todos los procesos contractuales⁴⁹, que tiene

⁴⁶ Cfr. CE 070012331000199900546-01, 28 mayo 2012, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

⁴⁷ Cfr. CE 15001233100019880843101-8031. 5 junio de 2008, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Citada en CSJ CSJ SP 00017-2020, rad. 49599.

⁴⁸ Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio: 1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones. 2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias. 3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados. 4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato. 5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten. (...).

⁴⁹ Cfr. CSJ SP513-2018, rad. 50530.

como finalidad la eficiencia de la administración en la actividad contractual en procura de lograr los máximos resultados en el menor tiempo y costo para asegurar la selección objetiva⁵⁰, evitando pliegos de condiciones ambiguos.

De ahí que, en virtud del principio de responsabilidad⁵¹ los servidores públicos deben cumplir los fines de la contratación para proteger los derechos de la entidad, y que esté prohibido adelantar licitaciones sin realizar previamente los estudios técnicos y pliegos de condiciones, completos y sin ambigüedad para evitar interpretaciones subjetivas⁵².

Por su parte, el principio de transparencia⁵³ resguarda la imparcialidad y la selección objetiva del contratista, en consecuencia, su escogencia por regla general debe hacerse mediante licitación pública salvo las excepciones relacionadas con asuntos de menor cuantía, contratos interadministrativos y arrendamientos o adquisición de inmuebles, entre otros.

⁵⁰ Cfr. CE 850012331000030901. 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo (rad. 15324).

⁵¹ Artículo 26. Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio: 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos. (...).

⁵² Cfr. CE 850012331000030901 (rad.15324). 29 de agosto de 2007, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

⁵³ Ley 80 de 1993: Artículo 24. Del Principio de Transparencia. En virtud de este principio: [...] 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

Por esa razón, la selección de los contratistas debe edificarse sobre la base de la igualdad de los interesados, de la objetividad, la neutralidad y la claridad de las reglas impuestas para la presentación de las ofertas, la garantía del derecho de contradicción, la publicidad de las actuaciones de la administración, y la motivación detallada del informe de evaluación del acto de adjudicación o de la oferta más favorable para los intereses de la administración⁵⁴.

De otro lado, la selección objetiva⁵⁵ implica el deber de la entidad de elegir la propuesta más benéfica y las finalidades que ésta busca con la actividad contractual sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier motivación subjetiva, conforme a las reglas, criterios o parámetros legales previstos en el pliego de condiciones. Guarda una estrecha relación con el principio de transparencia y encierra, entre otras cosas, la garantía que la administración al escoger el contratista seguirá la modalidad de selección prevista para la tipología del contrato que pretende celebrar⁵⁶.

3.2. Constatación de la convergencia de los elementos del tipo penal

La fiscalía asumió la carga de probar que el procesado como gobernador del departamento de Sucre tramitó los contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales y los celebró sin verificar su cumplimiento, vulnerando los principios de legalidad, transparencia, publicidad, planeación

⁵⁴ Cfr. CE, 25000-23-26-000-1995-0867-01 (17767). 31 de enero 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Y CSJ SEP016-2022, rad. 00255.

⁵⁵ Artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

⁵⁶ Cfr. CE, rad.76001-23-33-000-2013-00168-01 (50045). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CSJ SEP016-2022, rad. 00255.

y selección objetiva.

El primero de los requisitos del tipo, esto es, el sujeto activo calificado se encuentra acreditado con la estipulación n° 2, ya que para la fecha del trámite y celebración de los contratos el enjuiciado fungía como gobernador de Sucre, es decir, como ordenador del gasto, y le asistía el deber de tramitarlos observando los requisitos legales esenciales y celebrarlos previa su verificación en la etapa precontractual, en concordancia con los principios contenidos en los artículos 23, 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993⁵⁷.

Acreditada la calidad de servidor público y la competencia funcional para celebrar contratos, la Sala respecto al núcleo de la conducta punible debe precisar que por ser el mencionado ilícito un tipo penal en blanco es imperativo acudir a las normas que regulan la contratación estatal, con el fin de determinar cuáles son los requisitos esenciales que se debían observar en las fases precontractual y contractual.

En ese orden, el debate jurídico se circunscribió a constatar las supuestas irregularidades en los estudios previos, consistentes en que fueron aparentes pues ya se había escogido al contratista, carecían de fecha, no hubo un verdadero análisis de la necesidad, ni de sus causas, no se consultó a los rectores y docentes, no se tuvieron en cuenta otras alternativas, jamás se especificó el objeto contractual, se inadvirtió que el ICFES tenía publicados libros guías en la página web para preparación de estudiantes, se omitieron los estudios de precios del mercado, el valor de los contratos se

⁵⁷ Los artículos 24, 25 y 29 fueron modificados por la Ley 1150 de 2007.

obtuvo multiplicando las cantidades de textos por el costo de cada uno, no se consultó el censo estudiantil, ni se justificó el tipo de selección; y la modalidad de contratación se trastocó, por cuanto no procedía la directa sino la licitación pública, constituyendo un pretexto aducir la excepción de inexistencia de la pluralidad de oferentes, con base en que la empresa escogida tenía registrados los derechos de autor.

Para desvirtuar la acusación, la defensa sostuvo que se realizaron estudios previos acordes con la necesidad de las instituciones educativas favorecidas, y que la contratación directa procedía porque la editorial LOS TRES EDITORES S.A.S. tenía registrados los derechos de autor.

Pues bien, pese que los contratos fueron rotulados como de suministro la verdad es que son de compraventa⁵⁸ porque las partes se obligaron recíprocamente. En efecto, las obligaciones del vendedor se redujeron a la entrega de la cosa vendida (los libros) y las del comprador (a la administración), pagar el precio del bien objeto del contrato, es decir, convergen sus características de bilateralidad, onerosidad y de ejecución instantánea⁵⁹.

Hay que recordar que el contrato de suministro se distingue porque *“...una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas*

⁵⁸ Cfr. Código Civil: ARTÍCULO 1849. CONCEPTO DE COMPRAVENTA. *La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.*

⁵⁹ Cfr. CE, 2500023-260001996-02344-01 (22601). 27 febrero 2013. Sección Tercera.

o servicios⁶⁰. Además, de bilateral es de tracto sucesivo, particularidad que lo diferencia de la compraventa ya que su objeto no consiste en asegurar a las partes una prestación única que puede realizarse en momentos diversos, sino en disponer por cierto tiempo varias prestaciones o una continuada, por lo que la entrega de los bienes o la ejecución de los servicios objeto del contrato se hace regularmente durante un periodo a cambio de un precio.

Según el Consejo de Estado: *«la periodicidad de las prestaciones de cosas o servicios, es lo que permite distinguir el suministro de los contratos individuales que se refieren a las cosas como el contrato de compraventa...dación que debe realizarse en forma sucesiva o diferida»*⁶¹.

Ahora, la investigación demostró que se vulneraron los principios de legalidad, transparencia, publicidad, planeación y selección objetiva, consagrados en los artículos 23, 24, 25 y 30 de la Ley 80 de 1993, como se examinará más adelante.

En particular, la gobernación estaba obligada a observar el deber de planeación, en virtud del cual, para todas las modalidades de contratación y antes de iniciar el proceso de selección del contratista, era imperativo elaborar los estudios y análisis suficientemente serios y completos con la finalidad de establecer las opciones existentes para satisfacer la necesidad del contrato, la descripción del objeto a adquirir y la justificación del tipo contractual escogido.

⁶⁰ Cfr. Código Civil. ARTÍCULO 968. CONTRATO DE SUMINISTRO DEFINICIÓN. El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

⁶¹ Cfr. CE, rad. 25000232600020021616 (28402). 29 de enero de 2014. Sección Tercera.

Antes de abordarse el análisis de las anomalías en los estudios previos y determinar si la modalidad de contratación escogida por el acusado fue la correcta, la Sala precisará cuál es el alcance de los estudios previos de conveniencia y necesidad, y luego abordará en qué consiste la contratación directa por inexistencia de pluralidad de oferentes, aclarando desde ya que ninguna de las dos modalidades de contratación, directa o por licitación, excluye aplicar los principios rectores de la función pública.

3.2.1. Sobre la naturaleza de los estudios previos de conveniencia y oportunidad

Con independencia del tipo de contratación, son obligatorios para todos los eventos salvo la urgencia manifiesta⁶². Son esenciales para la contratación, de conformidad con los fines de la administración pública, ya que esta no puede obedecer al capricho o a la voluntad de los ordenadores del gasto, sino que debe motivarse de manera clara y precisa en ellos⁶³. Su desconocimiento vulnera los principios generales de planeación, economía, transparencia, responsabilidad y selección objetiva.

El artículo 3° del Decreto n°. 2474 de 2008⁶⁴, vigente para

⁶² Cfr. Decreto 2474 de 2008: Art. 77. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá: (...): Parágrafo 1°. En caso de urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces del acto a que se refiere el presente artículo, y no requerirá de estudios previos.

⁶³ Cfr. CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, rad. 11001-03-25-000-2012-00762-00 (2520-12), 20 de octubre de 2014.

⁶⁴ Que reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

la fecha de los hechos preveía que en desarrollo de los numerales 7° y 12° del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, todas las modalidades de contratación estarían precedidas de los estudios y documentos que soportaran la elaboración del pliego de condiciones o términos de referencia, de manera que los proponentes pudieran comprender adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad.

Así mismo, exigía que dichos documentos debían estar a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y contener como mínimo los siguientes elementos:

1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.

2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar.

3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.

6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.

7. *El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.*

3.3.2. La contratación directa por inexistencia de pluralidad de oferentes como excepción a la licitación pública

Según las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007⁶⁵, la licitación pública constituye la regla general para la selección objetiva del contratista y la contratación directa la excepción, en la segunda, la entidad prescinde de las formalidades establecidas para la primera.

El estatuto contractual de 1993 autorizaba contratar directamente, entre otros casos, en la inexistencia de pluralidad de oferentes de conformidad con el literal j numeral 1° del artículo 24⁶⁶, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007⁶⁷.

El artículo 17 del Decreto 2170 de 2002⁶⁸ restringe los

⁶⁵ Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

⁶⁶ (...) 1°. *La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...) j) Cuando no exista pluralidad de oferentes (...).*

⁶⁷ Las excepciones a la licitación pública según el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 son: la selección abreviada, el concurso de méritos (para consultorías o proyecto), la contratación directa (la urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos interadministrativos, contratación de bienes y servicios en el sector defensa y en el DAS que necesiten reserva, los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicos, contratos de encargo fiduciario, inexistencia de pluralidad de ofertas, contratación de bienes y servicios del sector defensa, urgencia manifiesta, mínima cuantía).

⁶⁸ Derogado por el artículo por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008.

eventos de inexistencia de pluralidad de ofertas a cuando: (i) no existe más de una persona inscrita en el registro único de proponentes (RUP)⁶⁹, en los contratos respecto a los cuales se requiera dicha inscripción conforme al artículo 22 de la Ley 80 de 1993⁷⁰; y (ii) sólo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de autor, o por ser, de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo. Circunstancias que debían constar en el escrito de conveniencia y oportunidad.

Esta causal fue retomada por el literal g del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 reglamentado por el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008⁷¹, vigente para la fecha de los hechos, así:

Artículo 81. *Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes:*

1. *Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP.*
2. *Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.*

⁶⁹ Cfr. Registro Único de Proponentes - RUP | CCB . Consultada: 20 de marzo de 2024. Es un registro de creación legal en el cual se deben inscribir todas las personas naturales o jurídicas nacionales y las extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con entidades estatales. En el RUP reposa la información de experiencia, capacidad jurídica, financiera y organizacional, y la clasificación UNSPSC relacionada con los contratos que aspiran a celebrar con el Estado Colombiano. Artículo 6, de la Ley 1150 de 2007: *Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.* Con la Ley 590 de 2000 el registro mercantil y el RUP se integró en el Registro Único Empresarial a cargo de las Cámaras de Comercio con el fin de reducir trámites ante el Estado.

⁷⁰ Derogado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

⁷¹ Derogado por el Decreto 734 de 2012. Causal regulada nuevamente en el artículo 2.2.1.2.1.4.8. del Decreto 1082 de 2015: *“Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional. Estas circunstancias deben constar en el estudio previo que soporta la contratación”.*

Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación.

El Consejo de Estado ha determinado que la posibilidad de acudir a la contratación directa con base en esta causal debe estar precedida de unos estudios previos que determinen que definitivamente no existe pluralidad de oferentes, pues en dichas circunstancias no se justifica adelantar un proceso de convocatoria pública, porque iría en contra de los principios cardinales de la contratación estatal y de la función administrativa como los de economía, eficiencia y celeridad:

En estos casos en que solo una persona estaría en posibilidad de cumplir el objeto contractual, la contratación directa facilita, sin abandonar en todo caso los principios de publicidad y transparencia, que la Administración pueda negociar los términos del contrato con el oferente único, con el fin de obtener, por esa vía, la mejor propuesta posible para el interés general. Si se usara la licitación pública, además de la ineficacia de un llamado público a contratar, la administración perdería esos espacios de negociación y quedaría atada a los términos de la oferta del único participante, quien al saber por anticipado que no tendrá oponentes, ajustará su propuesta a los mínimos requeridos por la entidad en el pliego de condiciones, desvirtuándose así los fines de la licitación⁷².

En todo caso, debe haber certeza que el bien, servicio u obra que la entidad requiere solo puede ser realizado por una persona que exista en el mercado, de lo cual debe quedar constancia en los estudios previos⁷³, aspecto que tiene que ver con la modalidad contractual de conformidad con el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008.

La ausencia de pluralidad de oferentes en la contratación directa de ninguna manera implica que el proceso contractual

⁷² Cfr. CE, 11001-03-06-000-2009-00049-00 (1966) A. 25 de febrero de 2010, Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁷³ Cfr. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Editorial: Legis, tercera edición, 2016. Pág. 506.

pueda adelantarse al margen de los principios de la Ley 80 de 1993, los cuales se flexibilizan.

Recuérdese que son elementos fundamentales del proceso licitatorio: *i)* la libre concurrencia que permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar, principio que es relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente, *ii)* la igualdad de los oferentes que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia orientador de la contratación estatal, es decir, la identidad de oportunidades para los sujetos interesados en contratar con la administración, y *iii)* la sujeción estricta al pliego de condiciones como elemento fundamental del proceso licitatorio que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes⁷⁴.

3.3.3. Sobre el caso concreto

Las pruebas incorporadas en el juicio y que dan cuenta de los procedimientos contractuales llevados a cabo en la secretaría de educación departamental, permiten concluir que la contratista estaba escogida con anterioridad, ya que la gobernación no elaboró unos adecuados estudios previos, lo que dio al traste con la correcta selección del contratista que

⁷⁴ Cfr. CE, rad. 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). 19 de julio de 2001.

en términos del numeral 1° del artículo 24 del Estatuto de Contratación⁷⁵, debía efectuarse a través de licitación pública y no por la modalidad directa; además, no es cierto que no hubiesen otras empresas inscritas en el registro único de proponentes (RUP), para su comprobación, como se verá, no bastaba que el contratista presentara la certificación de derechos de autor sobre unos libros que no habían sido especificados con anticipación. Pese a la notoriedad de estas irregularidades el acusado avaló el trámite y suscribió los contratos sin verificar el cumplimiento de requisitos legales. Veamos:

Los estudios previos elaborados en la secretaría de educación sin fecha cierta, ni autor, no fueron lo suficientemente serios y completos, porque:

a) Se elaboraron en apariencia, como quiera que fueron diseñados de acuerdo con la cotización presentada por la empresa LOS TRES EDITORES S.A.S., y sin tener en cuenta la existencia de otras editoriales dedicadas a la comercialización de textos escolares.

b) Los contratos se justificaron en la necesidad de mejorar la calidad educativa de los estudiantes por el bajo nivel reportado en las pruebas ICFES 2009-2011, sin que se analizaran las causas del problema, ni consultaran a los rectores o docentes.

⁷⁵ Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, pero retomado por la misma normatividad en el numeral 1° del artículo 2°: “(...) Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo”.

c) La descripción del objeto contractual se limitó a la dotación de libros para mejorar el nivel educativo de los estudiantes, sin tener en cuenta otras alternativas como la ampliación de la planta de docentes o una nueva estrategia.

d) Las especificaciones técnicas del objeto contractual se restringieron al título de los libros sin describir sus características; requisito exigido para determinar las particularidades de su contenido, metodología y edición. En consecuencia, se incumplió la obligación de fijar previamente los criterios de selección del contratista.

e) Se desconoció que el ICFES en 2009-2011 tenía disponible en la página web cartillas para capacitación con los lineamientos del MEN.

f) No contienen el fundamento jurídico para aplicar la modalidad contractual directa, dado que el valor de cada contrato excedió el tope de \$334.750.000, oo y \$346.125.000, oo para las vigencias 2010 y 2011, luego se imponía la licitación pública.

g) El valor de los contratos se obtuvo multiplicando las cantidades de libros por el costo de cada uno, sin consultar el censo estudiantil.

h) No se justificó la modalidad de contratación directa y en los fundamentos jurídicos se remitió a lo previsto en el literal g del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, porque *“no existía pluralidad de oferentes en el mercado”* sin acreditar que la empresa seleccionada era la única que podía proveer los

libros por tener los derechos de autor.

Si bien se adujo que la contratista seleccionada presentó el registro de derechos de autor, jamás se indicó en los estudios previos el contenido y las características de los libros; y tampoco se consignó la razón por la cual los de la editorial seleccionada suplían las necesidades.

Pese a esas falencias el acusado expidió los actos administrativos que ordenaron la contratación directa con la empresa LOS TRES EDITORES S.A.S., la cual, como se concluirá, estaba escogida desde antes de elaborar los estudios previos, y procedió a suscribirlos sin verificar los requisitos legales esenciales.

La Sala entra a verificar como corresponde en cada contrato dichas anomalías:

3.3.3.1. Contrato S.#70-001-0-01-10

Objeto: dotación del material de apoyo para el mejoramiento de las competencias en los estudiantes de los grados 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10° y 11° de ocho municipios del departamento de Sucre. Cuantía: \$700.000.000, oo. Contratista: LOS TRES EDITORES S.A.S. Modalidad: contratación directa; contrato de suministro. Fecha: 27 de enero de 2010.

Para la Sala la demostración de los siguientes hechos acreditan que el inculpado tramitó el contrato vulnerando los requisitos legales esenciales y lo celebró sin verificar su cumplimiento, vulnerando los principios de legalidad, transparencia, publicidad, planeación y selección objetiva, ya que no se elaboraron unos adecuados estudios previos, lo que

conllevó a la incorrecta escogencia de la modalidad contractual, pues debió ser por licitación pública y no por contratación directa; de las cuales se colige que la contratista fue escogida antes del inicio del trámite.

1. De las anomalías en los estudios previos. Si bien se estipuló la existencia de un documento denominado “*estudios de conveniencia y oportunidad*”, los mismos fueron elaborados para dar apariencia de legalidad, así lo acreditan los formatos MGA y la ficha EBI.

1.1. En efecto, carecen de fecha de elaboración⁷⁶ y el registro del proyecto de inversión se hizo el 28 de enero de 2010, un día después de expedirse el acto administrativo que autorizó la contratación directa y de la suscripción del contrato⁷⁷, situación admitida por el acusado⁷⁸.

Hecho que se demostró por cuanto la ficha básica de inversión (EBI) se elaboró el 28 de enero de 2010, fecha que es arrojada automáticamente por una base de datos, como se observa en el lado inferior izquierdo de dicho documento⁷⁹; es decir, se diligenció con posterioridad a la Resolución n°. 0126 de 27 de enero de 2010 que ordenó la contratación directa, y la misma en que se firmó el contrato⁸⁰.

Adicionalmente, el 28 de enero de 2010 las doctoras LILA

⁷⁶ Cfr. Estipulación n°. 10 y Testimonio de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK. Sesión de Audiencia pública de 23 de marzo de 2023.

⁷⁷ Cfr. Folios 37 a 40 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

⁷⁸ Cfr. Testimonio de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK. Juicio oral. 23 de marzo de 2023.

⁷⁹ Cfr. Folio 16 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

⁸⁰ Cfr. Folios 16 a 29 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

LUZ LEYVA ANAYA, líder de macroprocesos del departamento de Sucre y VIVIANA CURY G., funcionaria de la secretaría de educación, avalaron el trámite⁸¹. Ese mismo día el doctor CASTRO THERÁN, secretario de la cartera, remitió a CARMEN ALIX ARRIETA GARCÍA, jefe de la oficina jurídica, el proyecto con el fin de que autorizara el inicio del proceso precontractual, el cual fue recibido ese día en esa dependencia⁸².

Así entonces, tres trámites pertenecientes a la etapa precontractual se surtieron después de firmado el contrato. En consecuencia, carece de razón la defensa al afirmar que fueron errores intrascendentes porque la secuencia en las fechas del diligenciamiento de la ficha EBI, del visto bueno de la oficina de planeación al proyecto de inversión y del oficio remisorio del secretario de educación, demuestran que el contrato se firmó antes de surtirse esos trámites.

Pese a que el procesado adujo en su defensa la imposibilidad de modificar el software y que la responsabilidad de poner las fechas era de una funcionaria de la oficina jurídica, lo cierto es que la misiva remitida por CASTRO THERÁN para iniciar el proceso precontractual es posterior a la firma del contrato⁸³.

Ritualidad que contraría la secuencia lógica y legal del trámite de un proyecto de inversión, pues el proceso de contratación tiene tres etapas y los estudios previos se ubican en la fase precontractual⁸⁴, justamente antes de la expedición

⁸¹ Cfr. Folios 25 y 26 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

⁸² Cfr. Folio 36 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

⁸³ Cfr. Folio 36 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

⁸⁴ Cfr. Etapas que coinciden con los desarrollos de la Corte Suprema de Justicia. Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508, entre otras.

del acto administrativo de justificación de la modalidad de la contratación. Veamos:

PROCESO DE CONTRATACIÓN ESTATAL⁸⁵		
1. ETAPA PRECONTRACTUAL		
Fase interna	Fase externa o pública	Adjudicación
a. Maduración del proyecto (Autorizaciones, permisos licencias, estudios y documentos previos, entre otros).	a. Aviso de convocatoria.	El acto administrativo de adjudicación.
b. Planes de adquisiciones.	b. Acto administrativo de apertura o administrativo de justificación de la contratación directa.	
c. Certificado de disponibilidad presupuestal.		
d. Proyecto de pliego de condiciones.	c. Pliego de condiciones definitivo.	
2. ETAPA CONTRACTUAL		
Perfeccionamiento y legalización.	Ejecución.	Terminación.
3. ETAPA POSTCONTRACTUAL		
Liquidación bilateral.	Liquidación unilateral.	

Como puede verse, no es legal perfeccionar el contrato, como aquí ocurrió, antes de impulsar la etapa precontractual, y en este caso la minuta fue suscrita el “27-01-10”, fecha que se corrobora en el encabezado y parte final del texto⁸⁶.

1.2. Los estudios previos se diseñaron de acuerdo con la cotización y propuesta presentada por LOS TRES EDITORES, soslayando la existencia de otras sociedades dedicadas a la comercialización de los textos escolares. Veamos:

Según la estipulación n°. 6, LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ, gerente de la empresa escogida, el 13 de enero de 2010

⁸⁵ Cfr. Cuadro tomado de CE, rad. 110001-032-5000-2013-00960-00 (2113-13), sentencia 26 octubre de 2017, Sección Segunda.

⁸⁶ Cfr. Folio 39 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

presentó la única cotización hallada en el trámite con la relación de los nombres y precios de los libros, los cuales fueron insertados en el contrato⁸⁷, así:

CANT	DESRIPCIÓN	V. UNIT.	V. TOTAL
900	El Tesoro del Saber en las competencias grado 3 x 1 tomo	60.000	54.000.000
900	El Tesoro del Saber en las competencias grado 4 x 1 tomo	60.000	54.000.000
900	El Tesoro del Saber en las competencias grado 5 x 1 tomo	60.000	54.000.000
900	El Tesoro del Saber en las competencias grado 6 x 1 tomo	60.000	54.000.000
900	El Tesoro del Saber en las competencias grado 7 x 1 tomo	60.000	54.000.000
900	El Tesoro del Saber en las competencias grado 8 x 1 tomo	60.000	54.000.000
1100	El Tesoro del Saber en las competencias grado 9 tomo 1	45000	49.500.000
1100	El Tesoro del Saber en las competencias grado 9 tomo 2	45000	49.500.000
1100	El Éxito comienza en grado 10 x 1	70000	77.000.000
1000	Competencias y estándares en Biología x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Competencias y estándares en Química x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Competencias y estándares en Física x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Competencias y estándares en matemáticas x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Competencias y estándares en sociales x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Competencias y estándares en filosofía x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Competencias y estándares en lenguaje x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Competencias y estándares en inglés x 1 tomo	20.000	20.000.000
1000	Violencia y sociedad para el ICFES	20.000	20.000.000
1000	Medio ambiente para el ICFES x 1 tomo	20.000	20.000.000
	Total		\$700.000.000

Sin embargo, en la actuación no obra prueba de que se hubieren elevado consultas para verificar si existían o no otras editoriales dedicadas a la comercialización de libros

⁸⁷ Se adquirieron 18700 libros. Fueron 8 los municipios beneficiados: Caimito, Corozal, Galeras, La Unión, Los Palmitos, Ovejas, Sampués y Since.

especializados en la preparación de los estudiantes para las pruebas de Estado, ya que de conformidad con lo acreditado, aparecían inscritas en el RUP: la EDITORIAL ALTIVA S.A.S., SANTILLANA S.A.S., REVERTE COLOMBIANA S.A., PENGUIM RANDOM HOUSE GRUPO EDITORIAL S.A.S., PANAMERICANA EDITORIAL LTDA, EL MANUAL MODERNO COLOMBIA S.A.S., MAGISTERIO S.A., CASA EDITORIAL DE LA SABANA S.A.S. (con sede en Sincelejo), EDUCAR EDITORES S.A., GRUPO LATINO EDITORES S.A.S., LEGIS EDITORES y PLAZA Y JANÉS EDITORES S.A., entre otras⁸⁸; las cuales no fueron convocadas para que presentaran sus portafolios de servicios a fin de poder escoger la oferta más favorable. Pero si ello fuese innecesario, ha debido dejarse constancia en los estudios previos, cosa que no se hizo.

De estas circunstancias se infiere sin equívocos que no hubo más ofertas, habida cuenta que la presentada por LOS TRES EDITORES S.A.S. fue la tenida en cuenta para diseñar los estudios previos, de ella se tomó el título de los libros, la cantidad y el valor del contrato⁸⁹, sin ninguna evaluación previa.

1.3. El contrato se justificó en el propósito de mejorar la calidad educativa de los estudiantes por el bajo nivel reportado en las pruebas del ICFES 2009-2011 sin analizar sus causas, ni consultar a los rectores y a los docentes.

En la identificación del problema o necesidad se indica que «...se observan bajos puntajes en las pruebas SABER en

⁸⁸ Cfr. Cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 16-18.

⁸⁹ Cfr. Folio 8 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15.

comparación con el promedio nacional, la mayoría no cuentan con material de trabajo, los estudiantes y docentes no tienen herramientas que les permita desarrollar un trabajo de investigación e interacción, igualmente se observa el retiro del sistema educativo de un gran número de estudiantes, los cuales no logran culminar sus estudios de básica y media. La calidad del servicio educativo es baja»; motivos que carecen de soporte ya que no obra evidencia de los estudios que debieron realizarse para llegar a esa conclusión, ni siquiera aparecen los resultados de las pruebas de Estado tomadas como referencia, que reflejen el nivel de los estudiantes de los grados 3°, 5° y 9° y 11°, evaluados en las pruebas de Estado⁹⁰.

Así las cosas, no se sabe en qué materias los estudiantes obtuvieron resultados favorables o desfavorables ya que no hay parámetros de comparación. Por lo tanto, se ignora cuáles eran las áreas que debían ser reforzadas a fin de obtener mejores resultados. Tampoco se estudiaron las causas, es decir, no se analizaron los factores que venían incidiendo en los bajos resultados, como por ejemplo, la falta de interés de los estudiantes, la ausencia de fuentes para potenciar los conocimientos adquiridos en el aula de clase, la escasez de docentes especializados en ese tipo de pruebas, la ausencia de material pedagógico y de espacios extracurriculares para

⁹⁰ Las pruebas de Estado son: (i) Pruebas Saber 3°, 5° y 9°, referida a la evaluación anual estandarizada, con el fin de valorar la educación básica primaria y secundaria, y brindar información para el mejoramiento de la calidad de la educación. Contempla las áreas de lenguaje, matemáticas, ciencias naturales y competencias ciudadanas. Y las (ii) Pruebas Saber 11°, que mide la calidad de la educación formal impartida a quienes terminan el nivel de educación media; compuesta por cinco ejes: lectura crítica, matemáticas, sociales y ciudadanas, ciencias naturales e inglés. Ver: <https://www.icfes.gov.co/documents/39286/2386763/Documentacion+Saber+359.pdf/e41825da-f662-77aa-69db-5acf8b7a45ae?version=1.0&t=1648073128738>. Y <https://www.icfes.gov.co/documents/39286/2386763/Documentacion+Saber+359.pdf/e41825da-f662-77aa-69db-5acf8b7a45ae?version=1.0&t=1648073128738>. Consultada: 15 de abril de 2024.

adiestrar a los estudiantes en ese tipo de examen, entre otros⁹¹.

Si bien se señalaron como causas la carencia de dotación del material didáctico en los establecimientos educativos, la falta de participación de los estudiantes en los procesos de investigación, la escasez de recursos económicos y la ausencia de motivación, ello fue meramente formal ya que no se sabe cuál es el origen de dicha conclusión, ni se explicó cómo incidieron en la situación a resolver⁹², ya que no hay un marco teórico que contribuyera a delimitar el problema a solucionar, su causa y solución.

Ahora, sobre la necesidad de aumentar los puntajes de las pruebas de Estado, es incoherente sostener que el problema era la cobertura educativa⁹³, que alude a la capacidad del sistema educativo para atender a la población que demandaba el servicio en un grado escolar determinado, la cual depende de fuentes estadísticas que no fueron anexadas.

Incluso, hay incongruencia entre la necesidad a resolver y el objetivo del proyecto consignado en la ficha EBI, es decir, el de mejorar los niveles de educación y lectura de los grados 5° y 10°, dejando por fuera los otros cursos sin ninguna explicación.

Sobre el material a adquirir, a simple vista se observa que el proyecto utiliza indiscriminadamente las expresiones «material didáctico», «material bibliográfico» y «material de

⁹¹ Cfr. MZALARCONA.pdf (unad.edu.co). Consultada: 15 de abril de 2024.

⁹² Cfr. Folio 31 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía 1-15.

⁹³ Cfr. 3.3. COBERTURA ESCOLAR SEGÚN REGISTROS DE MATRÍCULA (dane.gov.co). Consultada: 16 de febrero de 2024.

trabajo” como si fueran sinónimos, denotando incertidumbre en la entidad sobre la solución al problema, ya que los primeros son medios que facilitan la enseñanza y el aprendizaje dentro del aula de clase para la adquisición de conceptos, habilidades, actitudes y destrezas (mapas, fotos)⁹⁴; los segundos, el conjunto de elementos que conforman las colecciones de una biblioteca, como libros, revistas, periódicos, películas/videos, música, entre otros⁹⁵; y los terceros, insumos utilizados en el aula como apoyo, verbi gracia el tablero, videoproyectores, cuadernos, reglas, compases, computadores personales, entre otros⁹⁶.

Y, lo acreditado es que la administración no tenía idea de la necesidad a satisfacer, porque ni siquiera se preocupó por allegar al trámite el análisis de los resultados de las pruebas que querían mejorar. Los estudios previos no contienen las evaluaciones del puntaje global⁹⁷, el percentil⁹⁸ (puesto del estudiante en la prueba frente al total de alumnos), sus niveles de desempeño⁹⁹¹⁰⁰ y la clasificación regional y nacional de cada colegio favorecido con la contratación. Información fundamental para establecer las áreas en las que los alumnos se destacaron y en las que necesitan mejorar.

⁹⁴ Cfr. Material didáctico - Qué es, elementos, características, clasificación y función (definicion.de). Consultada: 7 de diciembre de 2023.

⁹⁵ Cfr. articles-411451_recurso_04.pdf (mineducacion.gov.co). Consultada: 7 de diciembre de 2023.

⁹⁶ Cfr. Clasificación - Material Didáctico (weebly.com). Consultada: 13 de marzo de 2024.

⁹⁷ Cfr. Cómo ver e interpretar los resultados del ICFES - (formarte.edu.co). Es un promedio que se calcula considerando el desempeño en las diferentes pruebas que conforman el examen. Consultada: abril 15 de 2024.

⁹⁸ El percentil es un valor que indica el porcentaje de estudiantes que presentaron el examen y obtuvieron puntajes inferiores frente a un estudiante.

⁹⁹ Es un gráfico sobre los «niveles de desempeño» alcanzados en esas pruebas.

¹⁰⁰ Los niveles de desempeño son una descripción cualitativa de las habilidades y conocimientos que se estima ha desarrollado el evaluado cuyo objetivo es complementar el puntaje numérico obtenido. Permite agrupar a los estudiantes en 4 niveles (1, 2, 3 y 4), los cuales tienen las características de ser particulares (para cada prueba), jerárquicos (con grados de complejidad, siendo mayor el 4), y son inclusivos (para estar en un nivel se debe haber superado los inferiores). Cfr. [https://: www.ICFES. gov.co](https://www.ICFES.gov.co). Consultada: 23 de abril de 2024.

Por lo tanto, para obtener un puntaje más alto era imprescindible comprender los niveles de desempeño y las ponderaciones de las pruebas, ya que ello ayudaría a afrontar con mejores herramientas el examen del ICFES; sin embargo, sobre estos aspectos no se hizo ningún análisis, ni evaluación para los estudios previos.

Queda al descubierto, entonces, la total indeterminación de la necesidad que originó la contratación, incluso, no existe soporte en el que se apoye la conclusión de que los libros El Tesoro del Saber, El Éxito comienza en grado 10 y Competencias y Estándares en química, física, matemáticas, sociales, filosofía, lenguaje, inglés, violencia y sociedad y medio ambiente para el ICFES; eran los libros requeridos para solucionar el problema; ni siquiera se consultó a los profesores y a los rectores sobre este tema.

Omisión que fue ratificada por los testimonios de los rectores: LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ, SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ, LUIS EDUARDO SALAS FONTALVO y ZAIDA ROSA VARGAS AMAYA, de las instituciones educativas: GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, LOS TRES PALMITOS, GABRIEL TABOADA SANTO DOMINGO y CHALÁN de Corozal, Ovejas, Los Palmitos y Chalán, respectivamente.

ROJAS DÍAZ admitió que hizo un requerimiento abstracto de textos escolares al inicio del año escolar en 2010, los cuales fueron entregados en 2011 y usados por muchos estudiantes, lo cual contribuyó al mejoramiento del rendimiento en las pruebas SABER; sin embargo, infiere que cumplieron los

estándares del MEN porque se suministraron a los estudiantes, no explicó qué los diferenciaba con otros libros del mercado¹⁰¹, eso sí aclaró que dicha estrategia se complementó con la información que los alumnos recibían en el día a día. Acepta, finalmente, que la solicitud de libros es algo rutinario que hacían los rectores sin que sea consecuencia de un estudio de necesidad¹⁰².

BENÍTEZ PÉREZ, narró que solicitó textos escolares para mejorar la calidad de la educación y la Secretaría del ramo se los obsequió¹⁰³. Admitió que en ocasiones directamente llegaban los oferentes y la institución educativa seguramente los solicitaba, recordando que la administración departamental en el periodo 2010-2011 les envió material para los grados 3°, 4°, 5° y el bachillerato¹⁰⁴, el cual fue utilizado para la preparación de los discentes en las pruebas de Estado¹⁰⁵, obteniendo resultados óptimos pues muchos estudiantes entraron a universidades públicas¹⁰⁶.

SALAS FONTALVO, por su parte afirmó que en 2010 había necesidad de libros en general, pero para la educación media se hacía énfasis en los materiales relacionados con las pruebas ICFES-SABER 11 admitiendo haberlos recibido¹⁰⁷, empero no

¹⁰¹ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 14:09 y 18:32.

¹⁰² Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 14:09.

¹⁰³ Cfr. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 43:01; y 49:54.

¹⁰⁴ Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 50:47.

¹⁰⁵ Cfr. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 52:12.

¹⁰⁶ Cfr. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 52:12.

¹⁰⁷ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO SALAS FONTALVO. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 2:55:30.

indicó haber sido consultado antes.

VARGAS AMAYA¹⁰⁸, aunque admitió que para esa época se recibieron muchos libros, sin recordar las características de los suministrados por LOS TRES EDITORES S.A.S., los cuales destinaron para las pruebas SABER y se utilizaron en la recuperación del resultado de años anteriores¹⁰⁹, descartó que previo al proceso precontractual se les hubiese consultado sobre las necesidades que tenían.

Para la Sala estos testimonios respaldan la tesis de la fiscalía en cuanto a que no hubo estudios previos, los cuales, por demás son creíbles ya que brindaron información de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el desarrollo del proyecto, dejando entrever que la necesidad a satisfacer como su origen no fue el resultado de un verdadero análisis.

Al no estudiarse las causas del problema es inconcuso que lo realizado fue proveer las instituciones educativas de manera general de libros sobre competencias en materias fundamentales para la enseñanza básica y media, como lo manifestaron los rectores y se deduce del contrato. No podía ser de otra forma, si la administración no les consultó acerca del material bibliográfico que requerían para superar la situación.

Si bien existe un conjunto de comunicaciones de

¹⁰⁸ Cfr. Testimonio de SAIDA ROSA VANEGAS ANAYA. Juicio oral. 26 de octubre de 2022. Récord: 1:10:49.

¹⁰⁹ Cfr. Testimonio de SAIDA ROSA VANEGAS ANAYA. Juicio oral. 26 de octubre de 2022. Récord: 1:10:49. Record: 1:1714; 1:19:26.

comienzos de enero de 2010 enviadas por los directivos de los colegios favorecidos, estas aluden a que no fueran excluidos de la dotación anual de libros¹¹⁰, sin fecha de recibido de la entidad, de donde se colige que fueron anexadas para dar apariencia de haberse consultado las necesidades¹¹¹.

Ni siquiera el hecho de que el mejoramiento de la calidad educativa se encuentre dentro del plan de desarrollo de los municipios favorecidos y del departamento, exoneraba de la obligación de realizar evaluaciones previas sobre la necesidad, sus causas y solución¹¹².

En consecuencia, no puede predicarse que la contratación hubiese estado precedida de estudios serios y completos, ya que es un hecho probado que las necesidades a cubrir y sus causas no fueron evaluadas conforme a los requerimientos de las instituciones educativas.

1.4. La descripción del objeto contractual se limitó a la dotación de textos escolares, sin valorar la posibilidad de la existencia de otras alternativas para suplir la deficiencia en el nivel educativo de los estudiantes, como por ejemplo, la

¹¹⁰ *Cfr.* Prueba documental de la defensa del contrato n°. 1. A manera de ejemplo las comunicaciones de los rectores de las instituciones educativas: Técnico Agropecuario Artesanal Los Cayitos de Caimito y la Institución Educativa Técnico Agropecuario Don Gabriel del mismo municipio son iguales.

¹¹¹ *Cfr.* Prueba documental de la defensa del contrato n°. 1: solicitudes de los rectores de las instituciones educativas Centro Educativo BOCANEGRAM, LAS GAERITAS, LAS ALIAS, PIÑALITO y PAJARITO de la Unión; GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ de Corozal; LOS CAYITOS de Caimito; DON GABRIEL del mismo sitio; GABRIEK TABOADA SANTODOMINGO de Ovejas; MILLÁN VARGAS, MARISCAL SUCRE, ACHIOTE, SAN LUIS BELTRÁN, BOSSA NAVARRO, MATEO PÉREZ, SAN FRANCISCO EL PAKI, ESCOBAR ARRIBA, LA LUCHA, LOMA DE PIEDRA, SILOÉ, SAN JOSÉ HUERTAS CHICAS, PIEDRAS BLANCAS, MATA CAÑA, SABANA DE LA NEGRA, SEGOVIA, ESCOBAR ARRIBA y SABANA LARGA de Sampués. *Cfr.* Cuaderno de prueba documental de la defensa.

¹¹² *Cfr.* Cuaderno de prueba documental de la defensa.

ampliación de la planta de profesores e implementar una nueva estrategia educativa.

Efectivamente, en los formatos MGA y EBI no se contemplaron diferentes alternativas para suplir la necesidad pese a que para el periodo 2010-2011 existían otras, como el fortalecimiento de la asistencia y acompañamiento a los municipios no certificados¹¹³ para la ampliación de la cobertura en la educación media y básica que implicaba el incremento en el cuerpo de docentes, y la oferta educativa¹¹⁴. Tampoco se sopesaron los planes y programas del departamento vigentes en 2010, con la finalidad de mejorar la calidad educativa y evidenciar que tales tácticas fallaron para así implementar una nueva.

Menos se establecieron los estándares de competencia, evaluaciones y planes de mejoramiento para determinar los componentes teóricos de lo que se debe enseñar y saber para enfrentar las pruebas de Estado; la forma de identificar qué áreas se debían fortalecer, y la definición de las metas a corto y largo plazo de la gestión hacia el logro de los resultados esperados. Elementos que permitirían conocer cómo estaba

¹¹³ Ley 715 de 2001: “ARTÍCULO 20. ENTIDADES TERRITORIALES CERTIFICADAS. Son entidades territoriales certificadas en virtud de la presente ley, los departamentos y los distritos. La Nación certificará a los municipios con más de cien mil habitantes antes de finalizar el año 2002. Para efectos del cálculo poblacional se tomarán las proyecciones del DANE basadas en el último censo. Todos aquellos municipios con menos de 100 mil habitantes que cumplan los requisitos que señale el reglamento en materia de capacidad técnica, administrativa y financiera podrán certificarse. (...) Los municipios certificados deberán demostrar, cuando lo requiera el Gobierno Nacional, que mantienen la capacidad necesaria para administrar el servicio público de educación. Aquellos municipios que no logren acreditar su capacidad, perderán la certificación”. Es decir, los municipios certificados administran directamente el servicio público de educación; y los no certificados, la administración del servicio público recae en los departamentos de origen.

¹¹⁴ Cfr. Oficio n°. 700.1104/SE. n° 1226. Documento firmado por MERLYS CRISTINA RODELO MARTÍNEZ. Secretaria de Educación Departamental. Cuaderno de prueba documental de la defensa.

cada institución educativa en términos académicos, y establecer metas como las alternativas para lograrlas¹¹⁵.

Se concluyó que la dotación de libros era la estrategia más viable en lo económico porque se acomodaba al presupuesto asignado, sin explicar las razones por las cuales no se consideraban otras¹¹⁶, quedando este aspecto en el formato de la ficha EBI sin diligenciar.

1.5. Las especificaciones técnicas del objeto del contrato se definieron por el título de los libros sin describir sus características, exigencia que era necesaria para determinar las particularidades de su contenido, metodología y edición, es decir, no se fijaron los criterios de selección del contratista.

La administración, el acusado, el representante legal de la editorial, su distribuidor autorizado y los rectores de los colegios, no dieron razón sobre el marco teórico de los libros, su metodología y edición, con miras a alcanzar los objetivos del proyecto. Se limitaron a expresar que eran de buena calidad y servían para mejorar los resultados del ICFES¹¹⁷.

Sobre las características en particular de los libros MACEAS AVILÉS, distribuidor autorizado de la contratista, adujo que para 2010 la única empresa que estaba en capacidad de ofrecer el material era la editorial LOS TRES EDITORES

¹¹⁵ Cfr. Táctica y estrategia de la calidad educativa - ...:Ministerio de Educación Nacional de Colombia:... (mineducacion.gov.co). Consultada: 1° de abril de 2024.

¹¹⁶ Cfr. Folio 35 del cuaderno de prueba documental 1-15 de la Fiscalía.

¹¹⁷ Cfr. Testimonios de LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ. Juicio oral. 31 de mayo de 2022; Testimonio de WILLIAM EDUARDO MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Y Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 1° de agosto de 2022.

S.A.S.¹¹⁸.

Sin embargo, en cuanto a las particularidades de los textos se limitó a destacar su exclusividad por estar dirigidos a preparar a los estudiantes para desarrollar las competencias en la vida diaria en todos los grados sin ser material de apoyo en el aula de clase¹¹⁹, es decir, manifestó que constituían guías SABER que desplegaban en mayor cantidad los ejemplos de preguntas del ICFES¹²⁰, características insuficientes para ignorar otras empresas como EDUCAR EDITORES o la editorial SANTILLANA, que, además de estar inscritas en el RUP ofrecían libros de similar naturaleza (preparar a los estudiantes para las pruebas de Estado)¹²¹.

Pese a que la administración y la defensa aducen que el contratista se escogió por presentar el certificado de registro de derechos de autor, no existe en los estudios previos las características de los libros en relación con su contenido, metodología, y edición, ni las gestiones realizadas para verificar si en el mercado existían otras alternativas, ya que los documentos MGA y EBI¹²² no bastan para identificar las peculiaridades de los textos. Por consiguiente, es imposible comparar si cumplían los estándares del MEN para resolver la

¹¹⁸ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record; 1:27:36.

¹¹⁹ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 1:43:35.

¹²⁰ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 1:45:45.

¹²¹ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 16-18. La Fiscalía acreditó que para 2010 existían, además, las siguientes editoriales: Editorial ALTIVA S.A., Editorial REVERTE COLOMBIANA S.A., PENGUIN RANDOM HOUSE GRUPO EDITORIAL S.A.S., PANAMERICANA LTDA, Editorial Limitada, Editorial EL MANUAL MODERNO COLOMBIA S.A.S., CASA EDITORIAL DE LAS SABANAS S.A.S. (empresa con domicilio en Sincelejo), EDUCAR EDITORES, GRUPO NORIEGA EDITORES DE COLOMBIA LTDA, LEGIS EDITORES S.A., PLAZA Y JANÉS EDITORES COLOMBIA S.A.,

¹²² Cfr. Folios 1 a 35 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

necesidad.

Ahora, que la contratista hubiese aportado como soporte para la justificación de la contratación el certificado de derecho de autor¹²³ y el ISBN de la Cámara Colombiana del Libro¹²⁴, ello no justifica que no se hubiese consultado otras ofertas, ni suple la obligación de describir el material adquirido, ni sus características específicas, pues son instrumentos que sirven para salvaguardar la propiedad intelectual y su publicación.

Ciertamente, la propiedad intelectual es un instituto que protege las creaciones del intelecto cuyo reconocimiento genera obligaciones, comprende los de autor, entendido este como la protección que el Estado otorga al inventor de las obras científicas, literarias o artísticas desde el momento de su autoría y por un tiempo determinado, los conexos referidos al conjunto de derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fotogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones de radiodifusión, y la propiedad industrial sobre la protección de los signos distintivos, las nuevas obras, los circuitos integrados y los secretos industriales; y los derechos sobre las nuevas variedades vegetales¹²⁵.

Por su parte, el International Standard Book Number (ISBN), es un sistema de numeración para publicaciones “*tipo-*

¹²³ Expedido por la dirección nacional de derecho de autor del ministerio del interior y de justicia.

¹²⁴ Cfr. Estipulaciones n°. 13, 24 y 35.

¹²⁵ Cfr. Dirección Nacional de Derechos de Autor. Ministerio del Interior. Preguntas Frecuentes - Derecho de Autor. Consultada: 6 de diciembre de 2023.

libro”, certificado por normas ISO¹²⁶ que identifica cada título, impreso y/o digital de acuerdo con su procedencia (región, país o área idiomática) y número de editor, conformado por trece dígitos precedidos de la sigla, que es reglamentado por la Ley 96 de 1993¹²⁷, la cual define la empresa editorial como la persona jurídica responsable económica y legalmente de la edición de libros, revistas, folletos o colecciones seriadas de carácter científico o cultural que realizan su producción en talleres propios o de terceros, total o parcialmente.

El ISBN, además, de servir de identificación permite que los diferentes formatos y ediciones de un libro (impreso o electrónico) se diferencien, garantizando que el cliente reciba la versión que desea y facilita la actualización de los directorios de ventas de los textos y bases de datos bibliográficas, razón por la cual agiliza la información sobre los libros disponibles¹²⁸. Es un identificador y no encarna ninguna forma de protección legal sobre derechos de propiedad intelectual.

Empero, en el caso presente, la información que obra en el formato MGA y en la ficha EBI¹²⁹ cuya fuente fueron los estudios previos, no permite determinar que los libros adquiridos eran los requeridos para solucionar la necesidad, por consiguiente, no se describieron en su contenido, edición y

¹²⁶Normas ISO. ¿Qué son y cuáles son las más importantes? (ambit-bst.com). consultada: 17 de febrero de 2024. ISO (*International Standardization Organization*) es la organización que se encarga de la creación de normas de fabricación, comercio y comunicación que tienen un alcance internacional. La obtención de una certificación ISO en alguna de sus normas, garantiza que la empresa o profesional que la posea sigue las normas o estándares para asegurar la calidad, seguridad y eficiencia de sus servicios o productos.

¹²⁷ Artículo 11, la cual establece que: “*Todo libro editado e impreso en el país deberá llevar registrado el número estándar de identificación internacional del libro (ISBN), otorgado por la Cámara Colombiana del Libro, sin el cual el editor no podrá invocar los beneficios de esta ley*”.

¹²⁸ Cfr. <https://camlibro.com.co/isbn/>. Consultada: 11 de enero de 2024.

¹²⁹ Cfr. Folios 1 a 35. Cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 1-15.

metodología, en consecuencia, el certificado de derechos de autor y el ISBN no demostraban que era la única empresa en el mercado que podía suministrar los libros necesitados.

Dicho de otra manera, el certificado de derechos de autor y el ISBN de los libros comprados a LOS TRES EDITORES son documentos que permiten demostrar su autoría y su comercialización, empero no prueban que eran los requeridos, por lo tanto, no podían probar que eran los únicos en el mercado para resolver la necesidad de la entidad, además, sus características nunca fueron particularizadas, razón por la cual *per se* no descartaba que otras editoriales ofrecieran material similar al adquirido a fin de mejorar la capacitación de los estudiantes para presentar los exámenes del ICFES, pues jamás se hizo constar en los estudios previos que la contratista era la única empresa que podía proveer el objeto contractual.

Carece de razón la defensa, entonces, al asegurar que la existencia de otros registros de autor implicaba que estos eran espurios, ya que, se itera, en los estudios previos no se caracterizó técnicamente el material por adquirir, es decir, si no se describieron los libros no se podía afirmar que los adquiridos eran los apropiados para solucionar la necesidad, y menos que esta documentación acreditara que la editorial contratista fuera la única en el mercado que pudiera vender los libros requeridos, pues si no se hicieron los estudios y análisis indispensables para determinar cuál era el camino para solucionarlo, no era claro saber qué libros eran los que se necesitaban.

En conclusión, si la administración concluyó que los libros ofrecidos por LOS TRES EDITORES S.A.S. eran los adecuados para satisfacer la necesidad de mejoramiento de las competencias de los estudiantes, ha debido describirlos en los estudios de conveniencia y necesidad explicando por qué eran los adecuados y no otros. Sólo le bastó el título del material ofrecido por el contratista *ex ante*, sin especificar su contenido, edición y metodología.

En consecuencia, el argumento de la defensa para desvirtuar el cargo relativo a que la fiscalía no demostró que los libros de otras editoriales eran del mismo contenido de los de LOS TRES EDITORES S.A.S., se degrada porque el cargo alude a que en los estudios previos no se incluyeron las particularidades de los libros adquiridos que los hacían exclusivos frente al resto del mercado.

Además, la falta de descripción técnica se evidencia en que ni siquiera los rectores y docentes pudieron referir su contenido, metodología y edición, quienes expusieron generalidades sobre la calidad del papel sin recordar su temática y de qué manera contribuyeron al mejoramiento de las competencias de los alumnos. Se limitaron a aceptar que sirvieron para prepararlos en las pruebas de Estado¹³⁰.

En particular, el rector BENÍTEZ PÉREZ no relacionó la edición de los textos y sobre su contenido expresó que los profesores dieron conceptos favorables en materia de filosofía, matemáticas y español y los docentes aprendieron a elaborar

¹³⁰ Cfr. Testimonios de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ, SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ, LUIS EDUARDO SALAS FONTALVO y ZAIDA ROSA VARGAS AMAYA.

preguntas tipo ICFES, tema que necesitaban para mejorar la calidad educativa¹³¹. Empero, no existen en el plenario soportes de estudios realizados por la administración para describir el objeto contractual, bastándole para su identificación el título, lo cual no se suple con la afirmación de que los libros fueron útiles¹³².

Ahora, al no describirse técnicamente, los libros eran inciertos los criterios de selección del contratista basados en sus características, lo que no se hizo porque la entidad consideró suficiente la única oferta presentada. Se desconoce cuál era la experiencia, la capacidad de organización, de contratación y técnica-financiera que exigía la administración en atención al número de libros a adquirir.

1.6. Se soslayó que el ICFES diseñó en 2009-2011 cartillas guías para la preparación de exámenes de Estado.

No existe constancia en los estudios previos de las consultas realizadas al ICFES para verificar si existía o no material de apoyo para los estudiantes en la preparación de las pruebas de Estado, pese a que desde el año 2005 en la página web de ese instituto estaban publicados en el repositorio nacional COLOMBIA APRENDE.

Según MÓNICA FIGUEROA DORADO, directora nacional de calidad educativa del ICFES, el MEN entregaba los lineamientos sobre qué y cómo evaluar. Ofrecía la ruta general

¹³¹ Cfr. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 52:59.

¹³² Cfr. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 52:59.

para medir las competencias y con los resultados estándar convocaba a las entidades territoriales, en especial a los secretarios de educación para dar instrucciones generales sobre la calidad educativa, correspondiendo a cada gobernación tomar las decisiones correspondientes en ejercicio de la autonomía que otorga la Ley 715 de 2001¹³³.

De acuerdo con FIGUEROA DORADO, la selección de la alternativa por cada entidad para enfrentar la problemática debía partir del análisis de los resultados de las pruebas SABER identificando los municipios, áreas críticas e indicadores cuantitativos, aspectos que no fueron analizados en los estudios previos.

Además, aseguró que el MEN acompañaba la estrategia seleccionada con docentes, libros, materiales y guías hasta donde los recursos públicos alcanzaran, pero en este caso no hay constancia de haberse consultado o certificado que la entidad no contaba con esas herramientas.

Basta observar el CD incorporado por la fiscalía¹³⁴ que contiene los textos guías para las pruebas SABER-ICFES 2009-11 sobre áreas como biología, filosofía, física, inglés, lenguaje, matemáticas, medio ambiente, química, sociales y violencia y sociedad, publicados en la página COLOMBIA APRENDE, para concluir que ningún análisis se hizo para averiguar si el ICFES ofrecía material similar y evaluar si era suficiente para resolver la problemática.

¹³³ Ley por medio de la cual se impulsa, financia y evalúa programas, planes y proyectos de inversión de ordena nacional en materia de inversión con recursos diferentes del Sistema General de Participaciones.

¹³⁴ *Cfr.* Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 16.18, cuya existencia data desde 2005.

Si bien, adquirir textos era una de las herramientas de las entidades territoriales para mejorar los resultados de las pruebas de Estado, estos debían cumplir con los estándares mínimos¹³⁵ del MEN, de lo cual no hay constancia en los estudios previos.

1.7. El precio del contrato se obtuvo multiplicando el número de libros por su valor unitario, sin que se consultara el censo estudiantil.

En los estudios de necesidad y conveniencia es evidente la ausencia del análisis de los precios del mercado. No hay prueba de haberse realizado. El valor del contrato no se soportó en un análisis en el que se indicara las variables utilizadas para calcular el presupuesto y su monto.

Las reglas del mercado permiten establecer el costo de *«los bienes, servicios, suministros, en un lugar determinado, en un momento determinado, bajo determinadas circunstancias y conforme a las variables que el objeto del contrato impliqué, cantidades, calidad, especialidad»*¹³⁶, a fin de que la administración no pague más pero tampoco menos. En consecuencia, la determinación de los precios del mercado es el fundamento del valor del contrato:

(...) son el elemento objetivo para poder criticar los precios propuestos por los oferentes en los procedimientos de escogencia de los contratistas. Incluso, son la base para las negociaciones de precios cuando dicha figura

¹³⁵ Cfr. Testimonio de MÓNICA FIGUEROA DORADO. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 23:20.

¹³⁶ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos: Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. Pág. 168.

*se incorpore en los pliegos o términos de referencia con el fin de determinar de mutuo acuerdo el valor de las prestaciones contractuales*¹³⁷.

En este caso, la administración departamental sin ningún estudio determinó que el costo del proyecto ascendía a \$ 700.000.000, oo. No existe soporte en el formato MGA, ni en la ficha EBI en el ítem «Resumen Evaluación Financiera, Económica o Social y Ponderación del Uso de Factores de Origen Nacional y Extranjero de las Alternativas»¹³⁸.

De este contexto, se deduce que el valor del contrato se tomó de los precios ofrecidos por la empresa seleccionada multiplicando el número de libros por el valor de cada ejemplar. No fue el producto del análisis de las reglas del mercado en el que se especificara el precio al momento de la fase precontractual, a fin de establecer que era justo¹³⁹. Metodología implementada para desvirtuar sobrecostos y valores simulados artificialmente bajos.

Se reitera, las pruebas demuestran que el valor del contrato como lo exigía el numeral 4° del artículo 3° del Decreto 2474 de 2008¹⁴⁰, no se soportó en un completo análisis que permitiera la comparación de precios, pues no obra evidencia de la participación de otras editoriales, no obstante estar

¹³⁷ Cfr. SANTOFIMMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos: Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. Pág. 173.

¹³⁸ Cfr. Folio 10 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

¹³⁹ Cfr. CSJ SP1138-2022, rad. 59738.

¹⁴⁰ Cfr. Reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictaron otras disposiciones. Artículo 3°. *Estudios y documentos previos. (...): 4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.*

inscritas en el RUP como eran SANTILLANA, EDUCAR EDITORES, entre otras¹⁴¹, cuyo objeto social era similar, sin embargo, con el pretexto de que LOS TRES EDITORES S.A.S. tenía los derechos de autor se escogió como contratista. Argumento que asoma como excusa para favorecerla ya que el contrato no podía tener cómo única base la oferta presentada.

De otro lado, no es claro el censo estudiantil que sirvió de base de los estudios previos, circunstancia de la cual se infiere que no se consultó por cuanto se indicó que la población beneficiada ascendía a 23948 estudiantes, sin embargo, se adquirieron 18700 libros, sin especificar cómo serían distribuidos en cada centro educativo¹⁴².

El censo es una herramienta relevante para el estudio de indicadores de una necesidad a resolver, porque determina la cifra real de los miembros de la población beneficiada con sus características, para así obtener datos a fin de solicitar mejores condiciones de estudio y permitir planificar a la entidad las políticas educativas y los recursos. En este evento, era indispensable saber cuál era la población real a atender para así tener certeza de cuántos libros comprar.

A lo anterior se suma que la cotización presentada por LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ¹⁴³ solo relacionó nombres y precios de los libros adquiridos¹⁴⁴, sin que aparezca evidencia de que la secretaría de educación haya realizado su evaluación, la cual tenía expertos en la materia.

¹⁴¹ Cfr. Cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 16 a 18.

¹⁴² Cfr. Folio 18 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía 1-15.

¹⁴³ De 13 de enero de 2010

¹⁴⁴ Cfr. Estipulación n°. 8.

1.8. Es incontrovertible la ausencia de análisis sobre la modalidad de selección del contratista, esto es, si se debía adelantar mediante licitación, selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa, conforme el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007¹⁴⁵; el cual debió realizarse antes de la apertura del trámite a fin de conocer las condiciones que la persona jurídica debía cumplir en aras de demostrar su capacidad de ejecutar el contrato.

Desde esa perspectiva se dejó de lado que el valor del contrato superaba los \$334.750.000, oo, cuantía que obligaba el trámite de la licitación pública según la tabla de contratación vigente para 2010¹⁴⁶.

1.9. Para justificar la contratación directa se aplicó el artículo 2-4, literal g de la Ley 1150 de 2007, es decir, la inexistencia de pluralidad de oferentes, asegurando en el contrato que LOS TRES EDITORES S.A.S. tenían registrados los derechos de autor. Causal que se configura cuando (i) no hay más de una persona inscrita en el RUP, y (ii) solo existe una que pueda proveer el bien o el servicio por ser el titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo, circunstancias que debían constar en el estudio previo que soporta la contratación, de conformidad con el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008.

¹⁴⁵ Introdujo modificaciones en la Ley 80 de 1993 y dictó otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos: (...) *“La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección de que se trate, los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección que se propone adelantar”*.

¹⁴⁶ Cfr. Estipulación n°. 6.

Eventos que no fueron acreditados en los estudios previos ya que para 2010 otras empresas dedicadas a la venta de textos escolares se encontraban inscritas en el RUP, impidiéndose de esta manera que presentaran sus propuestas y se escogiera la mejor.

No es cierto que existiera solo una persona jurídica que pudiera ofrecer los textos ya que no se hizo el menor esfuerzo de verificar dicha situación, desvirtuándose el argumento defensivo de que no era necesario demostrar que era el único proveedor¹⁴⁷.

En efecto, en ningún aparte de los formatos MGA y EBI se señaló que la editorial seleccionada era la única persona jurídica inscrita en el RUP, que tenían registrados los derechos de autor y que solo ella podía suministrar el bien.

En este caso, en 2010 existían diversas editoriales inscritas en el RUP¹⁴⁸ según la información de la base de datos pública de la Cámara de Comercio, con objeto social similar al de LOS TRES EDITORES S.A.S.: SANTILLANA, ALTIVA S.A.S. y PENGUIN RANDOM HOUSE GRUPO EDITORIAL S.A.S¹⁴⁹, entre otras.

Pese a que LOS TRES EDITORES presentó el registro de derechos de autor, el objeto contractual no fue descrito en sus especificaciones técnicas que obligaran a la adquisición de los

¹⁴⁷ Cfr. Artículo 81 del Decreto 2474 de 2008: *Artículo 81. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes: (...) 2. Cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo. (...).*

¹⁴⁸ Cfr. Cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 16-18.

¹⁴⁹ Cfr. Cuaderno de pruebas de la Fiscalía n° 16 a 18.

libros exclusivamente en la editorial seleccionada, pues los estudios previos, se insiste, no determinaron la necesidad, su origen y no se describieron las características de los textos.

El acto administrativo¹⁵⁰ que autorizó la modalidad directa expedido por el acusado, señaló como su fundamento:

Que de conformidad con el artículo 2, numeral 4 de la ley 1150 de 2007, una de las modalidades de contratación es la directa, la cual ampara aquellos eventos en que las entidades señaladas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993 pueden celebrar contratos sin acudir a una convocatoria pública para ello;

Que una de las modalidades de contratación directa señaladas en la ley y el reglamento, se refiere a aquellos contratos cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.

Contenido del que se extrae una falsa motivación porque no se fundamentó la no existencia de pluralidad de oferentes. Solo señaló el marco jurídico¹⁵¹ sin demostrar el agotamiento de la consulta al RUP para descartar que otras editoriales ofrecieran similares libros, es decir, que era la única editorial que podía proveer el bien.

Se utilizaron las siguientes alternativas consagradas por la ley: (i) cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o (ii) por ser, de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo, sin embargo, no se fundamentó cuál de ellas se acompasaba con el objeto del

¹⁵⁰ Cfr. Resolución 0126 de 27 de enero de 2010.

¹⁵¹ Esto es, “el artículo 2, numeral 4, literal g) de la ley 1150 de 2007 y el artículo 81 del decreto 2474 de 2008”.

contrato.

No obstante lo anterior, en la minuta se adujo que el contratista aportó como soporte de la contratación que era el propietario de los derechos de autor de los elementos objeto de suministro, para lo cual aportó la certificación¹⁵² y el ISBN; sin embargo, se reitera, es inexplicable la razón por la cual el acto administrativo no especificara las características de los libros para satisfacer la necesidad a fin de determinar sus diferencias con otros del mercado, y que la contratista era la única que podía suministrar los bienes.

Al ignorarse las singularidades de los libros no se podía asegurar, como lo aduce el acusado, que LOS TRES EDITORES S.A.S. era el único proveedor por tener los derechos de autor.

Es cierto que bastaba con acreditar una de las condiciones para que operara la excepción de la contratación directa, no obstante, como los estudios previos no analizaron las causas de los bajos resultados del ICFES, ni especificaron las características de los libros, era imposible establecer las razones por las cuales los ofrecidos por la contratista eran los requeridos para suplir la problemática.

1.10. La cuantía del contrato obligaba adelantar el trámite de licitación pública, por lo que la contratación directa se erige como una excusa para soslayarla con el evidente objeto de favorecer los intereses de la contratista. Se debió aplicar el procedimiento del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, y no el del numeral 4

¹⁵² De la dirección nacional de derecho de autor del ministerio del interior y de justicia.

del artículo 2° de esta última.

Sobre el particular la tabla de contratación vigente para el 1° de enero al 31 de diciembre de 2010, estipula que procedía la licitación pública cuando el monto excediera de \$334.750.000, oo¹⁵³, es decir, que el valor del contrato (\$700.000.000, oo) impedía que se tramitara por contratación directa. Se debió convocar públicamente a los interesados para que en igualdad de oportunidades presentaran sus ofertas, y la administración seleccionara la más favorable para la entidad y el interés público.

1.11. La demostración de los hechos anteriores permite colegir que el trámite se adelantó con el fin de favorecer a la contratista, la cual estaba seleccionada desde antes del inicio del procedimiento contractual.

Ratifica esa conclusión la presentación de la cotización de LOS TRES EDITORES S.A.S. el 13 de enero de 2010, junto con la relación de los nombres y precios de los libros antes de la radicación del proyecto, la cual no fue el producto de alguna propuesta técnica o económica generada en unos pliegos de condiciones elaborados para la selección del contratista, sino que constituyó la base para fijar el valor del contrato, lo cual hizo parte del andamiaje con el cual se pretendió dar apariencia de legalidad al proceso contractual.

De ello dan cuenta LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ¹⁵⁴, WILLIAM MACEAS AVILÉS¹⁵⁵ y GUILLERMO CASTRO

¹⁵³ Cfr. Estipulación n°. 6.

¹⁵⁴ Rrepresentante legal de LOS TRES EDITORES S.A.S.

¹⁵⁵ Distribuidor autorizado de la editorial.

THERÁN, secretario de educación.

PÉREZ QUINTERO admitió que su empresa vio la necesidad de un mercado en la región, asegurando que el exgobernador comprendió que el material ofrecido servía para el mejoramiento de la calidad de la educación, porque los colegios oficiales de la región se encontraban “*muy mal*” en relación con los resultados del ICFES:

(...) Por eso, esa información señor Fiscal usted la encuentra y siempre la ha encontrado por correo, por internet, que es lo que da el ministerio de educación sobre cada departamento, entonces los señores distribuidores en cabeza mía, como dueño de la empresa, lo que hace: “miren ustedes están mal”, como todo vendedor, “ustedes necesitan ese material”, por eso decimos¹⁵⁶: “de acuerdo a su solicitud” no solamente significa que nos van a comprar. La solicitud debe ver la realidad del departamento, según lo demuestra el ministerio de educación, el estudio y seguimiento que se le hace al departamento¹⁵⁷.

Es claro que la iniciativa de la negociación provino de la editorial como lo admitió MACEAS AVILÉS, quien adujo que la empresa llegó a la gobernación de Sucre, incluso a los colegios oficiales con base en la información pública de los resultados del ICFES, lo que permitió elaborar la propuesta y realizar los contactos con servidores públicos de la secretaría de educación para lograr la contratación, entre ellos, CASTRO THERÁN:

La forma de llegar a las diferentes instituciones, es decir, en este caso a los municipios y entidades territoriales (departamento) es visitando las secretarías de educación. En uno u otro caso, como los resultados de las PRUEBAS SABER es de conocimiento público, eso se consigue en las páginas del ICFES, entonces como ese es el trabajo de uno, uno de antemano revisa cómo está cada institución, cada departamento, con base a eso presenta formalmente a la secretaría de educación, es decir, pasa

¹⁵⁶ Refiriéndose a las cotizaciones presentadas en los cuatro contratos.

¹⁵⁷ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ. Juicio oral. 31 de mayo de 2021. Record: 1:36:30.

*una propuesta. Si la secretaria, considera necesario lo invita a uno, al conocimiento del material, que es lo que se hace normalmente*¹⁵⁸.

Según MACEAS AVILÉS, la propuesta fue dejada con la secretaria del doctor CASTRO THERÁN y luego fueron llamados para presentar el material ofrecido en reunión presidida por este último¹⁵⁹, iniciándose un proceso interno por parte de esa unidad ejecutora y de la oficina jurídica, en el cual le solicitaron los soportes legales y técnicos¹⁶⁰, esto es, el certificado de derechos de autor de los libros y el ISBN¹⁶¹ para suscribir los contratos directamente.

Negociación que CASTRO THERÁN avaló al manifestar que aunque no recordaba el detalle, la empresa LOS TRES EDITORES S.A.S. venía trabajando en la zona, razón por la cual *“los técnicos y asesores”* analizaron la *“gran”* propuesta, concluyendo que era una excelente opción para entregar ese material a los alumnos, docentes y rectores de las instituciones favorecidas¹⁶².

Además, admitió que como él fue docente de una institución pública, conocía los bajos resultados en las pruebas del ICFES y apoyado en el concepto de *«los amigos que trabajan el tema de la contratación a nivel de la secretaria»*, entre estos abogados, determinó que la oferta presentada solucionaba la problemática, máxime cuando adjuntaron la certificación de

¹⁵⁸ Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral: 1° de agosto de 2022. Récord: 1:04:16.

¹⁵⁹ Conducto regular en los cuatro contratos.

¹⁶⁰ *Cfr.* WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral: 1° de agosto de 2022. Récord: 1:21:39 y 1:24:07.

¹⁶¹ Estipulaciones n°. 51 y 53.

¹⁶² *Cfr.* Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. 1° de agosto de 2022. Record: 3:26:50.

derechos de autor, por lo que procedía la contratación directa¹⁶³.

Sostuvo que se compararon diferentes cotizaciones sin indicar cuáles, además, no existe prueba que respalde dicho cotejo.

Queda en evidencia, entonces, que entre MACEAS AVILÉS y CASTRO THERÁN hubo una negociación *ex ante* del trámite con motivo de la propuesta presentada por LOS TRES EDITORES S.A.S., sin que fuera el resultado de los estudios previos, de donde se colige que el contratista se seleccionó previo al inicio del proceso contractual.

Si bien no existe registro documental de las reuniones y de las llamadas telefónicas efectuadas para finiquitar el negocio, para la Sala son suficientes los testimonios de QUINTERO PÉREZ, MACEAS AVILÉS y CASTRO THERÁN junto a los hechos acreditados sobre las irregularidades, para concluir que desde antes de iniciar el trámite se escogió de forma ilegal a la contratista.

2. Pese a la concurrencia de estas anomalías el procesado expidió la Resolución n°. 0126 de 27 de enero de 2010, ordenando la contratación directa sin observar los requisitos legales esenciales, ya que no constató si existían otras empresas dedicadas a la venta libros, es decir, la condición de único proveedor de la editorial LOS TRES EDITORES S.A.S. Ordenó la contratación directa sin existir estudios adecuados,

¹⁶³ Cfr. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. 1° de agosto de 2022. Record: 2:06:10.

suficientes y pertinentes que justificaran la necesidad, el objeto contractual y las especificaciones técnicas para seleccionar el contratista, eludiendo la licitación pública que se imponía por virtud de la cuantía.

En otras palabras, tramitó sin los requisitos legales esenciales y celebró el contrato sin verificar el cumplimiento de los mismos, transgrediendo de esa forma los principios de legalidad¹⁶⁴ (artículos 123 de la Carta Política) y transparencia¹⁶⁵ (artículo 24 de la Ley 80 de 1993¹⁶⁶).

Que planeación haya devuelto la documentación para ser completada no desvirtúa las irregularidades, pues no fue por la ausencia de estudios previos pese a ser evidente que no se realizaron, sino por trámites formales como la guía sectorial, la reunión de socialización, el certificado del plan de desarrollo departamental, la cotización y el listado de distribución¹⁶⁷.

Definido que la modalidad contractual era la licitación pública, es necesario verificar cuáles eran las etapas bajo las cuales se debió tramitar la fase precontractual.

El artículo 30 de la Ley 80 de 1993, establece los procedimientos de selección del contratista mediante la

¹⁶⁴ Según el cual, los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

¹⁶⁵ En el sentido de disponer que la escogencia del contratista para la celebración de contratos con entidades estatales se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, excepto en los casos en que por determinadas condiciones especiales que ameriten cierta rapidez o especificidad para satisfacer las necesidades de las mismas, se requiere acudir a formas de contratación directa.

¹⁶⁶ "No. 8 Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto".

¹⁶⁷ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la defensa del contrato n°. 1.

determinación de reglas y etapas a las cuales debe someterse, condicionadas a un régimen de publicidad tendiente a dotar de transparencia los procesos contractuales, norma que prevé las reglas relativas a la apertura de la licitación, a la divulgación de los actos y demás procedimientos reglados de selección, al plazo dentro del cual deben presentarse las propuestas y a los procesos internos que ha de desarrollar la administración para la evaluación, adjudicación y firma del contrato, pasos que en este caso fueron omitidos.

La licitación pública es un procedimiento que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, «*consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación)*»¹⁶⁸.

Las reglas a las que se refiere la norma, aluden a la facultad del representante legal de la entidad para ordenar la apertura del proceso de contratación mediante un acto administrativo motivado, precedido de estudios previos que justifiquen la contratación y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, de los respectivos pliegos de condiciones que determinen claramente el objeto de la contratación, los términos en que esta se llevará a cabo, los derechos y obligaciones de las partes, y la forma en que se hará la selección del contratista con indicación de los respectivos

¹⁶⁸ Cfr. CE, Rad. 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). 19 de julio de 2001, Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera.

criterios de evaluación; condiciones que en su totalidad fueron incumplidos en este contrato.

Además, establecen cuáles actos se deben expedir durante el procedimiento de la licitación y sobre aquellos de trámite requeridos para su impulso, la oportunidad para hacerlo, las diligencias, actuaciones o audiencias que deben cumplirse durante su desarrollo, los términos dentro de los cuales los interesados deben presentar las propuestas y los requisitos que las mismas deben cumplir, el plazo para la evaluación de las ofertas, las formalidades y efectos del acto de adjudicación, así como su publicidad, entre otros aspectos relevantes.

En este evento, la valoración en conjunto del caudal probatorio de cara a las reglas de la sana crítica, en particular de los documentos que hicieron parte del trámite administrativo, transmiten a la Sala el convencimiento de que el exgobernador BARRAZA FARAK tramitó el contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales y lo celebró sin verificar que en su trámite se hubiese cumplido los mismos.

Efectivamente, se repite, no existen estudios previos, los formatos MGA y EBI no suplen este requisito, el análisis de conveniencia como se explicó no tiene soporte, no se hicieron estudios de mercado para establecer el valor del acto jurídico, no hubo convocatoria pública, ni publicidad, no hay pliegos de condiciones; es decir, el proceso contractual que debió hacerse por licitación pública careció de un marco legal, técnico y económico pese a su obligatoriedad.

Como puede verse la administración del entonces gobernador BARRAZA FARAK burló la licitación pública.

Incluso si hipotéticamente la contratación directa hubiese sido acertada, los requisitos esenciales dispuestos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 también son exigibles en esta modalidad:

Bajo estos lineamientos resulta claro que las entidades públicas, cuando requieran contratar la ejecución de obras, la adquisición o suministro de bienes o la prestación de servicios, en forma directa, están en la obligación de fijar, en cada caso concreto, las bases para la participación de los posibles oferentes y los parámetros de evaluación de las propuestas con fundamento en los principios de transparencia, de economía, de selección objetiva, de igualdad, de imparcialidad, de publicidad, de libre concurrencia y de planeación, entre otros, previstos en la Constitución Política y la ley, con el fin de escoger, en igualdad de condiciones, la propuesta más favorable para los intereses de la entidad¹⁶⁹.

En conclusión, la infracción de los requisitos legales sustanciales en la etapa precontractual aludidos, y la suscripción del contrato con estas falencias tipifica objetivamente el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, por cuanto se tramitó sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales ya vistos, y se celebró sin verificar su cumplimiento.

3.3.3.2. Contrato n°. 70-015-0-06-2010

Objeto: dotación de textos escolares de inglés e informática para los estudiantes de grado cero a quinto de primaria de las instituciones educativas oficiales de siete (7) municipios del departamento de Sucre. Cuantía: \$700.000.000, oo. Contratista: LOS TRES EDITORES S.A.S. Modalidad: contratación directa; contrato de suministro. Fecha: 30 de junio de 2010.

¹⁶⁹ Cfr. CE, rad. 850012331000030901. 29 de agosto de 2007. Sección Tercera.

Para la Sala la demostración de los siguientes hechos permite deducir que el aforado tramitó este contrato sin los requisitos legales esenciales y lo celebró sin verificar el cumplimiento de los principios de legalidad, transparencia, publicidad, planeación y selección objetiva, ya que no se elaboraron unos adecuados estudios previos y se soslayó la licitación pública, irregularidades de las que se deduce que el contratista fue seleccionado antes del trámite.

1. Sobre las irregularidades en los estudios previos:

1.1. Pese a que hay constancia sobre la realización de un análisis de conveniencia y oportunidad, no existe soporte serio de él pues ni siquiera tiene fecha de tramitación¹⁷⁰.

No es admisible el argumento defensivo relativo a que por ser documentos internos no necesitaban de esa ritualidad, pues incluso se ignora qué empleado los elaboró, ya que CASTRO THERÁN se limitó a decir que los hicieron los técnicos y asesores de la secretaría de educación¹⁷¹.

1.2. Se diseñaron de conformidad con la cotización presentada por LOS TRES EDITORES S.A.S.¹⁷², sin considerar la existencia de otras sociedades dedicadas a la comercialización de textos escolares, vulnerándose el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008.

Dentro de la documentación la única oferta hallada fue la

¹⁷⁰ Cfr. Estipulación n°. 20.

¹⁷¹ Cfr. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 1° de agosto de 2022.

¹⁷² Según la estipulación n°. 24

presentada por la contratista, la cual incluía la cantidad de libros a adquirir, el título, su valor unitario y total, datos que fueron incluidos en la minuta¹⁷³, así:

CANT.	DESCRIPCIÓN	V. UNIT.	V. TOTAL
800	MI INFORMÁTICO MUNDO TRANSICIÓN	70.000	56.000.000
800	MI INFORMÁTICO 1 MUNDO	70.000	56.000.000
800	MI INFORMATICO 2 MUNDO	70.000	56.000.000
850	MI INFORMATICO 3 MUNDO	70.000	59.500.000
850	MI INFORMATICO 4 MUNDO	70.000	59.500.000
902	MI INFORMATICO 5 MUNDO	70.000	63.140.000
1282	LIBROS DE ENGLISH IS FUN BOOK 1	60.000	76.920.000
1127	LIBROS DE ENGLISH IS FUN BOOK 2	60.000	67.620.000
1187	LIBROS DE ENGLISH IS FUN BOOK 3	60.000	71.220.000
1107	LIBROS DE ENGLISH IS FUN BOOK 4	60.000	66.420.000
1128	LIBROS DE ENGLISH IS FUN BOOK 5	60.000	67.680.000
	TOTAL		\$ 700.000.000

A partir de estas cifras se calculó el valor del contrato conforme se observa en la ficha EBI, puesto que en el ítem sobre presupuesto se consignó la cifra de \$ 700.000.000, oo¹⁷⁴ sin ningún análisis, lo cual coincide con la cotización de la contratista de “junio de 2010”¹⁷⁵.

Pese a que en junio de 2010 habían otras editoriales con objeto social similar, no se hizo el mínimo esfuerzo para consultar el RUP a fin de establecer si existían otras empresas especializadas en textos de inglés e informática, pero para esa

¹⁷³ El contrato favoreció a las instituciones educativas de los municipios de Buenavista, Chalán, San Juan de Betulia, San Marcos y San Pedro.

¹⁷⁴ Cfr. Folio 47 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15.

¹⁷⁵ Cfr. Estipulación n°. 24.

fecha estaban registradas: la editorial ALTIVA S.A.S., SANTILLANA, EDUCAR EDITORES S.A., PANAMERICANA EDITORIAL LTDA, COOPERATIVA EDITORIAL MAGISTERIO y PENGUIN RANDOM HOUSE GRUPO EDITORIAL S.A.S¹⁷⁶, las cuales fueron excluidas del trámite ya que no obra constancia de que se les hubiera solicitado ninguna oferta, privando a la entidad de comparar portafolios.

1.3. El contrato se justificó en pretender mejorar la calidad educativa de los estudiantes por el bajo nivel presentado en las pruebas del ICFES-2009-2011, sin embargo, no se analizaron las causas del problema, ni se consultó a los docentes y rectores de los colegios sobre alternativas para suplir esa falencia.

Es así como en la documentación no existen las evaluaciones realizadas para determinar la viabilidad del proyecto, la determinación del problema y de sus causas ni su definición técnica, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008 de la Ley 80 de 1993, los cuales no se suplen con un documento rotulado “*estudios de conveniencia y necesidad*”¹⁷⁷.

Ni siquiera se consultaron los estándares de competencias de lenguas extranjeras y tecnología del MEN, a fin de identificar cuáles eran las deficiencias existentes sobre estos temas, ni se justificó por qué era importante que los estudiantes adquirieran esas destrezas.

¹⁷⁶ Cfr. Cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 16-18.

¹⁷⁷ Cfr. Estipulación n°. 20.

Contrario a lo aducido por la defensa, de la ficha EBI no se extraen las supuestas necesidades relacionadas con la adquisición de habilidades en un segundo idioma e informática que hicieran necesaria la adquisición de los libros. Tampoco aparecen los análisis sobre los resultados de las pruebas SABER que evidenciaran el bajo nivel en inglés y computación, ni sobre los conceptos básicos que se debían enseñar según el curso académico.

Ciertamente, a través del oficio n°. 700 11.04/SE- B de 26 de mayo de 2010, signado por GUILLERMO CASTRO THERÁN, dirigido a la doctora MARTHA GARCÍA DÍAZ, jefe de la oficina jurídica, se remitió copia del proyecto¹⁷⁸ para que autorizara el inicio del proceso precontractual y contractual. Sin embargo, no se adjuntaron los anexos sobre estudios previos.

En la ficha EBI se describió que *«la enseñanza en estas áreas del conocimiento en la básica primaria se estaba llevando en condiciones precarias y es obligación prioritaria de los dirigentes civiles y educativos mejorar la calidad de la educación para poder competir en condiciones de igu...(sic)»*, sin indicar cuáles variables de investigación se analizaron para llegar a dicha conclusión ni las materias a fortalecer¹⁷⁹, entre ellas, inglés e informática.

Situación que no guarda relación con el objeto del proyecto consignado en la ficha EBI, consistente en proporcionar a alumnos y docentes textos de trabajo y estudio

¹⁷⁸ Los municipios favorecidos según la ficha EBI fueron: Buenavista, Chalán, San Juan de Betulia, San Marcos y San Pedro, pese a que el contrato se alude a 7 municipios. Folio 43 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

¹⁷⁹ Cfr. Folios 42 a 54 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n° 1-15.

como una guía didáctica para el proceso de enseñanza-aprendizaje en la básica primaria; además, no argumenta de qué manera el material a adquirir contribuiría en el mejoramiento de las competencias del estudiante. Incluso no distinguen las evaluaciones en las que se buscaba su progreso. Si bien se infiere que las pruebas son las SABER¹⁸⁰, no se especificó cómo los libros contribuían a mejorar los niveles de comprensión básico, intermedio y de análisis de los estudiantes, y cómo las competencias en inglés e informática contribuirían en ello.

Tampoco se determinó la razón por la cual se incluyó el grado cero, al cual no se somete a dicha evaluación de conformidad con el original artículo 7 de la Ley 1324 de 2009, vigente para la fecha de los hechos:

ARTÍCULO 7°. LOS EXÁMENES DE ESTADO. Para cumplir con sus deberes de inspección y vigilancia y proporcionar información para el mejoramiento de la calidad y proporcionar información para el mejoramiento de la calidad de la educación, el Ministerio de Educación debe conseguir que, con sujeción a los parámetros y reglas de esta ley, se practiquen “Exámenes de Estado”. Serán “Exámenes de Estado” los siguientes:

a) Exámenes para evaluar oficialmente la educación formal impartida a quienes terminan el nivel de educación media; o a quienes deseen acreditar que han obtenido los conocimientos y competencias esperadas de quienes terminaron dicho nivel.

b) Exámenes para evaluar la educación formal impartida a quienes terminan los programas de pregrado en las instituciones de educación superior.

¹⁸⁰ Las pruebas SABER son evaluaciones externas estandarizadas aplicadas por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación -ICFES-, las cuales evalúan el desempeño alcanzado por los estudiantes según las competencias básicas definidas por el Ministerio de Educación Nacional. Estas pruebas evalúan los desempeños desarrollados por los estudiantes al final de los ciclos de los niveles educativos de la educación básica y media. Saber 3° y 5° en la básica primaria, Saber 9° en el cierre de la educación básica secundaria, y Saber 11° al término de la educación media. Cfr. Pruebas saber | Ministerio de Educación Nacional (mineducacion.gov.co). Consultada: 5 de abril de 2024.

Llama la atención que en la ficha EBI se diligenció el *ítem* relacionado con los estudios que respaldaban el proyecto, afirmándose que para la identificación del problema y sus causas se diligenció la «*Metodología General para la Identificación, Preparación y Evaluación de Proyectos*» (MGA), ya que no hubo previamente evaluaciones ni análisis de la necesidad y no se observa la existencia del formato MGA¹⁸¹.

Si bien el MGA es una aplicación informática que sigue un orden lógico para el diligenciamiento de la información, la cual consta de cuatro módulos (identificación del problema, preparación de la alternativa de solución, evaluación de las alternativas, toma de decisiones y programación del proyecto); esta depende de que realmente se hayan realizado estudios serios y completos del problema y sus causas, los cuales no se hicieron en este caso.

Ni siquiera se consultó a los rectores y discentes, ni respecto a la forma de superar la situación; razón por la cual se deduce que los textos adquiridos no fueron el producto de evaluaciones previas, ya que no se tuvo en cuenta su opinión. Los primeros no recordaron que hubiese necesidad de adquirir textos de informática e inglés y, en relación con los segundos, no existe una encuesta sobre el nivel de aprendizaje en temas de computación e idioma extranjero.

Los rectores LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ¹⁸² y SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ¹⁸³, sostuvieron que como rutina

¹⁸¹ Cfr. Folio 52 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

¹⁸² Para la época de los hechos rector de la IE GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ.

¹⁸³ Para la época de los hechos rector de la IE LOS PALMITOS.

general al comienzo de cada año escolar solicitaban libros sin referirse a su contenido, admitiendo carencias logísticas en informática, pues no había salón de cómputo.

ROJAS DÍAZ, admitió que en el colegio GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ no existía cobertura de internet y la evaluación de los textos la hizo luego de que llegaron de la secretaría de educación¹⁸⁴, contrariando el sentido común porque primero debió consultarse sus necesidades, además de verificarse si poseían aulas de cómputo para practicar sistemas¹⁸⁵.

BENÍTEZ PÉREZ, aseguró que para 2010 no recordó ni siquiera las visitas de la empresa LOS TRES EDITORES, aunque reconoce que los libros ofrecidos estaban ligados a la competencia para estudiantes y profesores¹⁸⁶, cuyo contenido se revisó después de la entrega.

Que estos testigos manifiesten su asentimiento sobre la utilidad de los libros, no significa que hayan participado en la elaboración de los estudios previos, pues ello debe ser *ex ante* y no posterior.

Si bien la defensa aportó oficios remitidos por rectores de los colegios oficiales que oscilan entre 12-03 a 14-03 de 2010, estos presentan similitudes en su confección además de ser

¹⁸⁴ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 19:21.

¹⁸⁵ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 26:23.

¹⁸⁶ Cfr. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. 1 de agosto de 2022. Récord: 26:23.

genéricos¹⁸⁷, ninguno de ellos describía las necesidades y las características de los libros que se requerían para desarrollar el bilingüismo y las nuevas tecnologías. Esta evidencia demuestra la tesis de la fiscalía relativa a que los rectores y docentes no fueron consultados sobre la necesidad y el contenido de los libros ofrecidos por la contratista¹⁸⁸.

Frente al argumento defensivo relacionado con que el mejoramiento de la calidad educativa estaba incluido en el plan de desarrollo departamental (PDT) con el cual pretende acreditar los estudios previos, la Sala considera que la existencia de este documento no suple el deber de realizar estudios previos. Si bien el PDT es un instrumento de planificación que orienta las acciones de la administración local durante un período de gobierno¹⁸⁹, la secretaria de educación debió realizar evaluaciones serias y completas para concluir que los libros adquiridos eran los necesarios a fin de solucionar la problemática, luego de descartar otras alternativas.

1.4. La descripción del objeto contractual en los estudios previos se limitó a la dotación de los textos escolares sin realizar el análisis de otras alternativas para superar los bajos

¹⁸⁷ A manera de ejemplo, las solicitudes de los rectores de los colegios de Sabaneta y San Juan Bautista de San Juan de Betulia. *Cfr.* Cuaderno de prueba documental de la defensa.

¹⁸⁸ *Cfr.* Prueba documental aportada por la defensa. Se aportó oficios remitidos por los rectores de las instituciones educativas: IE BUENAVISTA, de Buenavista; IE CHALÁN de Chalán; IE SABANETA, IE Técnica, Concentración Escolar, de San Juan de Betulia; IE Técnica Agropecuaria de Albania; IE SANTA ROSA DE LIMA, IE SAN JUAN BOSCO de San Pedro; IE ELIÉCER ULLOA, IE ANÍBAL OJEDA, NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES de Sucre; IE NUEVA ERA, IE JOSÉ YEMAIL TOUS, IE SANTA TERESITA de Santiago de Tolú; IE MARIA INMACULADA, IE JOHN F KENNEDY, IE SAN JOSÉ de San Marcos.

¹⁸⁹ *Cfr.* Planes-de-desarrollo-y-consejos-territoriales-de-planeación-2.pdf (dnp.gov.co). Consultada: 15 de marzo de 2024.

niveles educativos de los estudiantes, entre ellas, la ampliación de la planta de profesores y una nueva estrategia educativa.

En ningún aparte de la ficha EBI¹⁹⁰, documento que hace parte de los estudios previos, se detallaron las características formales y sustanciales de los libros requeridos. No se analizaron otras estrategias de las contenidas en el plan de desarrollo departamental 2010-2011, como la ampliación de la planta docente de los colegios oficiales o la implementación de estrategias educativas novedosas, que dicho sea de paso no se determinaron.

No hay que olvidar que toda mejoría en el nivel educativo depende de un trabajo conjunto entre estudiantes y profesores. Así lo aseguró el docente LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ, siendo los libros un complemento de esa interrelación¹⁹¹.

Incluso se soslayó que para esa época existían entre otras estrategias para solucionar el problema: el establecimiento de un sistema de información de la calidad de la educación, el fomento de competencias y la capacitación de docentes¹⁹²; las que no fueron valoradas en los estudios previos, ni siquiera para descartarlas, y erigir de manera organizada y fundamentada la dotación de libros como la mejor alternativa.

1.5. Las especificaciones técnicas del objeto del contrato se definieron por el título de los libros sin describirlos siquiera, requisito necesario para determinar las particularidades de su

¹⁹⁰ En este evento no se existe formato MGA.

¹⁹¹ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ, Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 16:38.

¹⁹² Cfr. Certificación n°. 700.1104/SE. n°. 1226 de 12 de octubre de 2018, suscrita por MERLYS CRISTINA RODELO MARTÍNEZ. Cuaderno prueba documental de la defensa.

contenido, metodología y edición. Tampoco se establecieron los criterios de selección del contratista.

La información inserta en la matriz EBI imposibilitaba identificar la originalidad de los libros, estilo, contenido, edición y temática particular, por lo tanto, el certificado de registro de derechos de autor y el ISBN son insuficientes para justificar por qué razón los textos ofrecidos por la contratista servían para dotar con ellos a los estudiantes favorecidos.

Recuérdese que el registro de derechos de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor del creador de obras literarias o artísticas para que goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial, que en modo alguno describe las características de los textos. Por su parte, el ISBN no tiene por finalidad detallar el objeto contractual, pues ni siquiera se estableció la edición de los textos.

Sobre el particular, el representante legal de la contratista, ni los líderes del trámite precontractual mencionaron las cualidades sustanciales del material adquirido, se limitaron a decir que eran diferentes a los del mercado¹⁹³.

QUINTERO PÉREZ aclaró que vendió libros y no textos escolares, aduciendo que los primeros eran dirigidos para un área específica que en Colombia pocos la tienen, los cuales

¹⁹³ Cfr. Testimonios de LUS EDUARDO QUINTERO PÉREZ, WILLIAM MACEAS AVILÉS y GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 31 de mayo de 2021 y 1° de agosto de 2022

sirven para el mejoramiento de la calidad educativa, criterio que evalúa el ICFES, y los segundos son textos guías¹⁹⁴. Distinción superflua porque en la propuesta de “junio de 2010” alude a la dotación de textos escolares sin hacer diferencias técnicas¹⁹⁵, las cuales en todo caso ha debido quedar plasmadas en los estudios previos.

Imprecisión que impide identificar las características de los libros que los hacían únicos, las que WILLIAM MACEAS AVILÉS, distribuidor autorizado, no estuvo en condiciones de señalar. Sobre la diferencia con los demás libros del mercado adujo:

(...) el material nuestro iba encaminado específicamente al desarrollo de competencias o sea preparaba mucho más allá del conocimiento que se debe adquirir en el aula. Es decir, nosotros preparándonos para el quehacer de la vida diaria y en el caso de esa materia empezar a preparar a los estudiantes desde la motivación, desde el diagnóstico de cada una de las partes para ser felices. Cómo comunicar lo que se piensa, lo que se pensaba. Es un material diseñado específicamente para lo de hoy día se llama “situación problematizadora” que en esa época no existía. Se preparaba al estudiante para que ante determinada situación específicamente en informática e inglés. Se fueran preparando para el quehacer de la vida diaria. Esa es la diferencia entre el material nuestro y el material que existía en su momento en el mercado, el desarrollo de competencias¹⁹⁶.

Pese a que MACEAS AVILÉS lideró la estrategia de la comercialización de los libros, no estuvo en condiciones de señalar claramente la diferencia de los libros con los de otras editoriales, pues con argumentos circulares expuso que servían para la adquisición de conocimiento:

¹⁹⁴ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ. Juicio oral. Récord: 1:25:42.

¹⁹⁵ Cfr. Estipulación n°. 24.

¹⁹⁶ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 1:49:57.

(...) El material de nosotros no va solo encaminado al desarrollo o a la adquisición del conocimiento, el material nuestro va encaminado al desarrollo del conocimiento, lo que hace es desarrollar el conocimiento, apropiarlo a los estudiantes de los ejes temáticos, mientras que el material nuestro va mucho más, además, de tener la explicación o el conocimiento del relativo conocimiento lo enfoca directamente en el desarrollo de la competencia¹⁹⁷.

Es decir, los libros de inglés e informática desarrollaban las competencias en la etapa temprana del niño para aplicarlo a la vida diaria, en casa, en la institución o con sus amigos, variables que no aparecen dentro de los estudios previos¹⁹⁸. Sin embargo, pese a sus bondades salieron del mercado hace 10 años por no ser rentables¹⁹⁹, tres años después de haber sido vendidos al departamento.

Situación de la cual tampoco dio cuenta CASTRO THERÁN, quien evadió decir cuál era la diferencia entre los textos adquiridos con los de otras empresas. Se limitó a señalar que los niños nacían con su “chip” en relación con los temas de inglés e informática, sobre lo cual aduce el tiempo les dio la razón porque desde 2010 se avizoraba que esas eran las áreas para mejorar la calidad y hacer competentes a los alumnos en el mundo, no obstante, no dio cuenta del contenido de los libros²⁰⁰.

De otra parte, ante la indeterminación del contenido, metodología y edición de los libros, no se establecieron reglas claras para que los futuros proponentes comprendieran adecuadamente el alcance de lo requerido pues en ningún

¹⁹⁷ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 2:01:40.

¹⁹⁸ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 2:02:57; y 2:04:56.

¹⁹⁹ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 2:07:51.

²⁰⁰ Cfr. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 3:34:05; 3:43:10 y 3:46:14.

aparte de la ficha EBI y sus anexos se escribieron las condiciones técnicas, financieras y experiencia que tenían que cumplir los proponentes para presentar las ofertas.

1.6. No se reparó en que el ICFES tenía publicada en la página web cartillas guías para la preparación de los estudiantes en el periodo 2010.

De acuerdo con la prueba documental no se dejó constancia de la consulta efectuada por la administración sobre los lineamientos del MEN²⁰¹ o la existencia de material de apoyo sobre inglés e informática.

Según MÓNICA FIGUEROA DORADO²⁰², directora de calidad educativa de ICFES, desde 2004 ese instituto suministraba a las entidades territoriales los estándares para mejorar la calidad educativa²⁰³ en determinadas áreas, razón por la cual cualquier libro, texto o guía debía estar en consonancia con ellos; si bien el ICFES no le dice a la entidad qué libros comprar, esta autónomamente decidía con cuál editorial adquiriría los textos bajo el presupuesto de que se cumplieran los parámetros del MEN, de lo cual no hay

²⁰¹ Son orientaciones epistemológicas, pedagógicas y curriculares que define el MEN con el apoyo de la comunidad académica educativa para apoyar el proceso de fundamentación y planeación de las áreas obligatorias y fundamentales definidas por la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación -artículo 23: *ÁREAS OBLIGATORIAS Y FUNDAMENTALES. Para el logro de los objetivos de la educación básica se establecen áreas obligatorias y fundamentales del conocimiento y de la formación que necesariamente se tendrán que ofrecer de acuerdo con el currículo y el Proyecto Educativo Institucional. Los grupos de áreas obligatorias y fundamentales que comprenderán un mínimo del 80% del plan de estudios, son los siguientes: 1. Ciencias naturales y educación ambiental. 2. Ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia. 3. <Numeral modificado por el artículo 65 de la Ley 397 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> Educación artística y cultural).*

²⁰² Cfr. Testimonio de MÓNICA FIGUEROA JIMÈNEZ. Juicio oral. 26 de octubre de 2022. Record: 20:41.

²⁰³ Cfr. Testimonio de MÓNICA FIGUEROA JIMÈNEZ. Juicio oral. 26 de octubre de 2022. Record: 16:45 y 19:07.

evidencia que se hubiese realizado en este caso por la administración departamental.

Incluso, si el objetivo del contrato era el mejoramiento de la calidad educativa y preparar al estudiante desde temprana edad, no hay constancia en la ficha EBI de la consulta a la página web COLOMBIA APRENDE del ICFES para constatar la existencia o no de textos guías sobre inglés e informática.

1.7. Los estudios previos no contienen un serio análisis de los precios del mercado, ya que la cuantía del contrato se estableció multiplicando el total de los libros por el valor unitario, privando a la administración de la posibilidad de encontrar un menor costo y negociar su precio. Tampoco se consultó el censo estudiantil.

La ausencia de evaluaciones financieras se refleja en la falta de diligenciamiento del *ítem* 21 de la ficha EBI sobre los estudios técnicos, financieros y de mercadeo, en los que solo se escribió que se cumplían, recibiendo el aval de LILA LUZ LEIVA ANAYA, líder de “*macroprocesos del departamento*”²⁰⁴, sin ningún soporte.

Si bien existe un acápite denominado “*financiación*” en este solo se consignó que los recursos de la inversión eran \$700.000.000, oo²⁰⁵, sin que existan anexos que expliquen la ausencia de precios del mercado de los libros, o los estudios realizados para establecer que correspondían al valor del contrato. Dicho de otra manera, no hay metodología para

²⁰⁴ Cfr. Folio 53 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

²⁰⁵ Cfr. Folio 47 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

calcular el valor del contrato, ni estadísticas sobre la fluctuación de precios de los libros. No se consultó el RUP.

En suma, el valor del contrato incumplió lo ordenado por el artículo 3-4 del Decreto 2474 de 2008²⁰⁶, ya que no hubo comparación de precios de mercado.

De otra parte, la ausencia de consulta del censo estudiantil con ese propósito es evidente porque no se logró establecer cómo se obtuvo el total de la población a beneficiar, ya que la ficha EBI indica que los niños de 0 a 14 años son 11071, sin embargo, se adquirieron 10833 libros. No existe claridad sobre la proporción de los textos en cada grado porque, por ejemplo, se adquirieron 800 unidades del libro “*Mi Mundo Informático*” para el grado 1 y 1282 textos de inglés para el mismo curso²⁰⁷. Quiere decir lo anterior que la entidad no sabía cuál era el número real de estudiantes favorecidos con el contrato, para así establecer la cantidad y el valor de los libros a adquirir.

Adicionalmente, se ignora si se incluyeron todos los miembros de la comunidad beneficiada, ya que no se detalló cuántos alumnos se beneficiarían por cada municipio favorecido.

²⁰⁶ Reglamentó parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictaron otras disposiciones.

Artículo 3°. *Estudios y documentos previos.* (...)

4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

²⁰⁷ Cfr. Folios 58 a 59 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

1.8. No obra dentro de los estudios previos argumentos para definir el tipo de contratación y menos para seguir la modalidad directa. Aspecto indispensable para conocer las condiciones a cumplir por parte del contratista a fin de demostrar su capacidad económica.

Si bien en la ficha EBI se observa que el monto de la inversión era \$700.000.000, oo, no existen análisis de las razones por las cuales no procedía la licitación pública ya que superaba el valor de \$ 334.750.000, oo, límite para la menor cuantía, según la tabla de contratación para la vigencia 2010²⁰⁸.

De otro lado, nada se dijo sobre los requisitos que debían cumplir los interesados para acreditar la capacidad económica a fin de ejecutar el contrato, es decir, si financieramente estaban en condiciones en tiempo real de suministrar los 10833 textos que dice el contrato²⁰⁹.

1.9. El fundamento normativo para la contratación directa fue el artículo 2-4 literal g de la Ley 1150 de 2007, es decir, la inexistencia de pluralidad de oferentes porque LOS TRES EDITORES S.A.S. tenían registrados los derechos de autor.

Sin embargo, no se realizaron estudios con miras a determinar si en el RUP habían otras empresas con la posibilidad de vender los libros; por el contrario, la fiscalía

²⁰⁸ Cfr. Estipulación probatoria n°. 6,

²⁰⁹ Cfr. Folios 58 a 59 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

acreditó que en 2010 existían editoriales como: PENGUIN RANDOM HOUSE GRUPO EDITORIAL S.A.S. y EL MANUAL MODERNO COLOMBIA S.A.S.²¹⁰, con similar objeto social que la contratista, privando a la administración de la posibilidad de comparar ofertas; y como no se describieron los libros a adquirir era inane el registro de derechos de autor presentado por la contratista, porque sin estudios previos adecuados era imposible determinar que los libros contratados eran los que satisfacerían la necesidad.

La Resolución n°. 2001 de 30 de junio de 2010, firmada por el acusado que ordenó dicho modo contractual, determinó que la entidad podía celebrar contratos sin necesidad de acudir a una convocatoria pública cuando solo exista una persona que pudiera proveer el bien o el servicio, por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo:

Que de conformidad con el artículo 2, numeral 4 de la ley 1150 de 2007, una de las modalidades de contratación es la directa, la cual ampara aquellos eventos en que las entidades señaladas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993 pueden celebrar contratos sin acudir a una convocatoria pública para ello;

Que una de las modalidades de contratación directa señaladas en la ley y el reglamento, se refiere a aquellos contratos cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo”.

Motivación que asoma falaz por cuanto no expresó la razón por la cual se concluyó que no existía pluralidad de oferentes, sin que baste con señalar el fundamento jurídico

²¹⁰ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 16-18. También estaban editorial SANTILLANA y MAGISTERIO S.A.

contenido en el artículo 2, numeral 4, literal g) de la ley 1150 de 2007 y el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008; ya que no se consignaron los argumentos que soportaran dicha conclusión, en particular los estudios sobre la necesidad, características de los libros a adquirir y búsquedas en el RUP para escoger el mejor precio.

La administración aludió a las siguientes alternativas: cuando solo existiera una persona que pudiera proveer el bien o el servicio, por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo. No se fundamentó cuál de estas se adecuaba al objeto del contrato como resultado de los análisis y estudios previos realizados. Se dejó por fuera el primer evento *“cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP”*²¹¹, hipótesis sobre la cual nada se dijo.

Es incoherente que el acto administrativo de justificación habilitara la contratación directa sin que señalara las características de los libros que los hacían únicos para resolver la necesidad, soslayando consecuentemente en el RUP para enero de 2010 existían editoriales con objeto similares a la contratista como: SANTILLANA y MAGISTERIO S.A., entre otras²¹². Empresas que fueron excluidas del proceso precontractual al impedirles participar en una convocatoria abierta en igualdad de condiciones.

Pese a la existencia de esa falencia, en la minuta del

²¹¹ Artículo 81. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes: 1. Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP. (...).

²¹² Cfr. Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 16-18.

contrato se argumentó que LOS TRES EDITORES S.A.S., «es propietario de los derechos de autor de los elementos objeto de suministro, lo cual acredita con la certificación de registro expedida por la dirección nacional de derechos de autor del ministerio del interior y de justicia y el ISBN de la cámara de colombiana del libro»²¹³, ignorando que el objeto contractual no fue especificado técnicamente y que se soslayaron los estudios para determinar cuáles eran los libros apropiados para satisfacer la necesidad, y que no concurrían elementos para concluir que la compra se centraría en los textos ofrecidos por la contratista.

Si no se estableció el contenido de los libros y sus especificaciones, no se comprende cuál es el fundamento de la administración para proponer la inexistencia de pluralidad de ofertas.

Ahora, ser titular de los derechos de autor no excluye la obligación de la concurrencia de otros oferentes, porque al no realizarse los análisis para determinar cuáles eran los libros requeridos, no se especificaron sus particularidades, pretendiendo acreditar con los derechos de autor la conveniencia de un solo oferente de unos libros de los cuales se ignoraba si eran los idóneos para satisfacer la necesidad que originaba la contratación.

1.10. La modalidad contractual era la licitación pública, de donde deriva que la directa no fue más que un ardid para evadirla y favorecer a la contratista. Se debió aplicar el procedimiento del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

²¹³ Cfr. Folio 58 a 59 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1 a 15.

Ciertamente, la tabla de contratación vigente entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 2011 indicaba que cuando el monto excedía los \$334.750.000, oo²¹⁴ era imperiosa la licitación pública, en consecuencia, el valor del contrato excluía la contratación directa pues superaba esa suma. La administración debió convocar públicamente a los interesados para que en igualdad de condiciones presentaran sus propuestas con la finalidad de seleccionar la más favorable.

1.11. La administración departamental no elaboró los estudios previos, incluso se desconoce la fecha en que el documento se confeccionó, de donde se infiere que la obligación de realizarlos no se cumplió con antelación al proceso de selección del contratista y que la etapa precontractual no fue más que una apariencia para dar visos de legalidad al caprichoso proceso contractual dirigido a favorecer a la empresa seleccionada, la que desde que presentó la cotización sabía que le sería adjudicado el contrato, de conformidad con lo analizado.

Hecho acreditado, adicionalmente, con los testimonios de QUINTERO PÉREZ y MACEAS AVILÉS, quienes admitieron que desde antes de iniciarse el trámite contractual presentaron una cotización a la secretaría de educación, la cual fue socializada con CASTRO THERÁN, luego de lo cual la administración les solicitó el certificado de derechos de autor y el ISBN, documentos con los que se justificó la contratación directa, circunstancias que fue admitida por CASTRO THERÁN.

²¹⁴ Cfr. Estipulación n°. 6.

Ello significa que la contratación no fue producto de un trámite sino del acuerdo privado, cuyas reglas no fueron las previstas en la ley.

2. El procesado expidió la Resolución n°. 2001 de 30 de junio 2010, el mismo día de la firma de contrato, ordenando la contratación directa sin estudios previos de conveniencia y necesidad, ni justificar el problema a resolver y determinar sus causas, ni especificar las características técnicas de los libros, eludiendo la licitación pública.

De estas anomalías se puede colegir que se utilizó la contratación directa para eludirla y favorecer a la contratista, transgrediendo los principios de legalidad²¹⁵ y transparencia²¹⁶, de conformidad con los artículos 123 de la Carta Política y 24 de la Ley 80 de 1993.

Se eludieron las etapas de la licitación pública contenidas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la cual debe regirse por la igualdad de oportunidades, la objetividad y neutralidad; siendo imperioso fijar normas claras para la presentación de las ofertas, la motivación del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta, según el caso, y de la escogencia objetiva del contratista que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración²¹⁷, fases

²¹⁵ Según el cual, los servidores públicos solo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

²¹⁶ En el sentido de disponer que la escogencia del contratista para la celebración de contratos con entidades estatales se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, excepto en los casos en que por determinadas condiciones especiales que ameriten cierta rapidez o especificidad para satisfacer las necesidades de las mismas, se requiere acudir a formas de contratación directa.

²¹⁷ Cfr. CE, rad. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), 31 de enero de 2011. Sección Tercera.

que garantizan el derecho de contradicción y la transparencia de la administración.

Ritual que fue incumplido porque de manera apresurada se adelantó el proceso sin estudios previos, serios y completos que justificaran la contratación, cercenándose el principio de la libre concurrencia, lo cual se garantizaba con la publicidad de los actos precontractuales o del llamado público a licitar.

Principio que, si bien no es absoluto ya que en ocasiones el interés público impone restricciones de concurrencia relativas, según la naturaleza del contrato y la capacidad e idoneidad del oferente²¹⁸, en este caso no se fundamentó la razón por la cual los libros ofrecidos por la contratista eran los idóneos para satisfacer la necesidad, ni tampoco que fueran únicos en el mercado.

Aún en el evento de que hubiese procedido la contratación directa para tramitar y celebrar el contrato, los requisitos del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 tampoco se cumplieron porque la exigencia de unos estudios previos era ineludible en cualquier modalidad contractual. Exigencia relacionada con el principio de planeación, el cual exige estructurar el proceso con la identificación del problema a satisfacer y la mejor manera de solucionarlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, entre otros factores, para escoger diligentemente la mejor oferta en beneficio del interés público; lo cual no se hizo en este

²¹⁸ Cfr. CE, rad.11001-03-26-000-1996-3771-01(12037). 19 de julio de 2011. Sección Tercera.

evento²¹⁹.

Incluso, la concentración de contratos en una sola persona, escogida mediante la contratación directa con ausencia de estudios suficientes y serios de conveniencia y oportunidad, técnicos y financieros que determinaran la necesidad del servicio o la adquisición de los bienes, es sinónimo de una indebida contratación que no tiene por finalidad el interés general sino el particular²²⁰.

Ahora, que planeación²²¹ haya observado que faltó anexar la guía sectorial de educación, el acta de reunión de socialización y el certificado del plan de desarrollo, no desvirtúa las irregularidades sobre los estudios previos, porque el reparo no fue por la ausencia de estos sino por simples formalidades²²².

En conclusión, la infracción de los requisitos legales sustanciales en la etapa precontractual y la suscripción del contrato sin verificar el cumplimiento de ellos, tipifica objetivamente el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, porque se tramitó sin su cumplimiento y celebró por el acusado sin verificar su observancia.

3.3.3.4. Contrato n°. S70-011-0-04-2011

²¹⁹ Cfr. 1634249179029-C-572.docx (live.com). Consultada: 6 de diciembre de 2023.

²²⁰ Cfr. CE, rad.07001-23-31-0001999-00546-01 (11489), 28 de mayo de 2012. Sección Tercera.

²²¹ En el “*formato BPID*”, el cual es un formulario para la presentación de proyectos de educación en el banco de proyectos de inversión departamental. No es otra cosa que un listado de chequeo sobre los requisitos para la presentación de proyectos.

²²² Cfr. Folio 55 del cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 1-15.

Objeto: dotación de textos integrados de las cuatro áreas básicas para los estudiantes de los grados 1, 2, 3, 4 y 5 de 9 instituciones oficiales del departamento. Valor: \$ 499.928.000, oo. Contratista: LOS TRES EDITORES S.A.S. Modalidad: contratación directa; contrato de suministro. Fecha: 5 de abril de 2011.

Para la Sala los medios de conocimiento allegados al juicio corroboran que el procesado tramitó el contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, y lo celebró sin verificar su observancia, porque se vulneraron los principios de legalidad, transparencia, publicidad, planeación y selección objetiva, ya que no se elaboraron unos adecuados estudios previos y se eludió la licitación pública. Concurren medios de conocimiento que acreditan que las irregularidades se realizaron para favorecer a la contratista. La demostración de los siguientes hechos así lo indican:

1. En relación con los estudios previos si bien existe un documento rotulado “*estudios de conveniencia y necesidad*”, carece de fecha y responsable de elaboración, y no hay constancia de su tramitación²²³, lo cual dificulta su trazabilidad dentro del trámite.

Además, CASTRO THERÁN, líder de la etapa precontractual no identificó quien los elaboró en la secretaría de educación, ya que se limitó a decir que los hicieron los “*técnicos de la secretaría de educación*”, además, no dio cuenta de su contenido y de los análisis realizados para fundamentar el trámite²²⁴.

1.1. Fueron diseñados de conformidad con la propuesta

²²³ Cfr. Estipulación n°. 32.

²²⁴ Cfr. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 1° de agosto de 2023.

de los TRES EDITORES S.A.S., olvidando que para abril de 2011 existían otras sociedades dedicadas a la comercialización de libros que fueron excluidas sin justificación como las editoriales ALTIVA S.A., SANTILLANA S.A.S., REVERTE COLOMBIANA S.A., DELFIN S.A.S. y EL MANUAL MODERNO COLOMBIA²²⁵.

De la cotización presentada el 2 de febrero de 2011²²⁶ por la contratista se insertaron en el contrato el nombre de los libros, su valor y cantidad, así²²⁷:

CANT.	DETALLE	V. UNIT.	V. TOTAL
1228	EL ÉXITO COMIENZA EN MI TIERRA 1° GRADO.	88.000.000	108.064.000, oo
1183	EL ÉXITO COMIENZA EN MI TIERRA 2° GRADO.	88.000.000	104.104.000, oo
1180	EL ÉXITO COMIENZA EN MI TIERRA 3° GRADO.	88.000.000	103.840.000, OO
1040	EL ÉXITO COMIENZA EN MI TIERRA 4° GRADO.	88.000.000	91.520-000, oo
1050	EL ÉXITO COMIENZA EN MI TIERRA 4° GRADO.	88.000.000	92.400.000, oo
	TOTAL		499.928.000, oo

El nombre de los libros fue incluido en la ficha EBI diligenciada el 8 de febrero de 2011, sin ningún análisis de su pertinencia para el proyecto en el ítem sobre el presupuesto, comprobándose que la contratista impuso el objeto y el valor del acto jurídico²²⁸.

²²⁵ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 16-18.

²²⁶ Cfr. Cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 1-2. Incorporada con el testigo LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ.

²²⁷ Los municipios favorecidos con el contrato fueron Palmito, Chalán, San Onofre y San Pedro.

²²⁸ Cfr. Folio 99 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

1.2. El contrato se justificó en el propósito de mejorar la calidad educativa de los estudiantes por el bajo nivel en las pruebas del ICFES 2009-2011, sin analizar las causas de la problemática, ni consultar a los docentes y a los rectores.

Irregularidad que fue demostrada ya que en los formatos MGA y EBI no es clara la descripción de la necesidad²²⁹, solo se expuso que se trataba de la adquisición de libros. Estos documentos son instrumentos que resumen la información de los estudios previos con el objetivo de que el público en general conozca la información básica de cada uno de los proyectos de inversión, empero su diligenciamiento no demuestra la fundamentación del problema y sus causas.

La existencia de un documento denominado “*estudio de necesidad y conveniencia*” sin autor, no comprueba la realización de evaluaciones para determinar la necesidad, su origen y la solución a través de los libros adquiridos²³⁰.

En efecto, el 2 de febrero de 2011 el doctor GUILLERMO CASTRO TEHERÁN, como secretario de educación remitió a planeación el «*Proyecto de dotación de textos integrados de las cuatro Áreas básicas para los estudiantes de los grados 1, 2, 3, 4 y 5 de 9 instituciones oficiales del departamento*», para su inscripción en el banco de proyectos²³¹, la misma fecha de la cotización de la contratista. Este documento no contenía los análisis estudios y evaluaciones para identificar la necesidad

²²⁹ Tampoco es claro el objeto contractual con sus especificaciones.

²³⁰ Cfr. Estipulación n°. 32.

²³¹ Cfr. Estipulación n°. 31.

de la contratación, sus causas y las posibles soluciones²³².

De la información consignada en los formatos MGA y EBI no se logra establecer la justificación y/o el análisis de la conveniencia del objeto a contratar, ni la necesidad a resolver, la cual se contrae a mejorar los resultados de las pruebas SABER y de ICFES²³³, empero no se analizó cuál fue la última evaluación base de esa conclusión. Solo se adujo que existían bajos niveles de ingreso a la educación superior de los alumnos egresados del departamento sin referir los estudios, estadísticas, evaluaciones o datos de donde derivaba dicha conclusión, ni el periodo de análisis.

No obra en la documentación los resultados base de las pruebas SABER de los estudiantes de los municipios beneficiados (Palmito, Chalán, San Onofre y San Pedro) para determinar sus fortalezas y debilidades en las áreas evaluadas²³⁴.

Ni siquiera el objetivo general del proyecto: *«acordar las condiciones necesarias y requeridas para el mejoramiento de la calidad educativa de los estudiantes de las Instituciones Educativas del departamento de Sucre»*²³⁵, corresponde a la necesidad a satisfacer ya que una cosa es dotar de textos integrados para las cuatro áreas básicas de evaluación en las pruebas de Estado (matemáticas, lenguaje, ciencias naturales y sociales), y otra es mejorar el porcentaje de estudiantes que acceden a la educación superior, sin determinar qué factores

²³² Tampoco la cuantía y la modalidad contractual, como más adelante se detalla.

²³³ Cfr. Folios 60 a 61 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

²³⁴ Cfr. Folio 94 de cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

²³⁵ Cfr. Folio 61 de cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

influyen en ello.

No existen estudios socioculturales, económicos e institucionales sobre las variables que teóricamente limitaban el acceso a la universidad en regiones apartadas del territorio nacional, por ejemplo, la influencia de factores como la pobreza en las zonas favorecidas, la mentalidad de la población estudiantil y la brecha entre la educación urbana y rural²³⁶. Tampoco de las variables que incidían en los bajos resultados en las pruebas SABER.

Mucho menos se analizó la existencia de políticas públicas regionales sobre el problema, sus causas y soluciones, y si estas incentivaban o no a los estudiantes para acceder a la universidad y obtener mejores resultados del ICFES. En últimas no hay un diagnóstico objetivo del problema ya que no se estableció el periodo de estudio, el número de estudiantes matriculados en el nivel básico primario, variables que podrían incidir en los resultados de las pruebas SABER²³⁷.

Sobre el particular, llama la atención que los libros iban destinados a estudiantes de los grados 1° a 5° sometidos a las pruebas SABER 3° y 5° en básica primaria, sin embargo, se

²³⁶ Cfr. Microsoft Word - reporte-acceso-ES-ESPAÑOL DV FINAL formatted 1.docx (unesco.org). Consultada: 18 de marzo de 2024. En el acceso a la universidad influyen múltiples factores.

²³⁷ Cfr. Dialnet-FactoresQueAfectanElIngresoALaEducacionSuperiorDeL-8686857 (1).pdf Consultada: 21 de febrero de 2023. En este estudio se establecen algunos de los factores que inciden en el bajo nivel de ingreso a la universidad. También influyen factores como los altos costos de matrículas, los cambio demográficos, la desinformación, la falta de orientación profesional: Menos de la mitad de los bachilleres en Colombia logra acceder de inmediato a la educación superior | Universidad del Rosario (urosario.edu.co). Consultada: 21 de febrero de 2023. El acceso de los más desfavorecidos a la educación superior es un desafío a enfrentar en América Latina y el Caribe-UNESCO-IESALC. (sobre dificultades de acceso de grupos vulnerables). Consultada: 21 de febrero de 2023.

incluye como problema a solucionar los bajos índices de ingreso a la universidad cuando los alumnos que terminan la primaria pasan al bachillerato y no a la universidad, lo que indica que la ficha EBI es una copia sin lógica de proyectos que no tienen relación²³⁸.

No se detalló la razón por la cual se escogieron los colegios de los cuatro municipios favorecidos (Palmito, Chalán, San Onofre y San Pedro), ni se fundamentó por qué se excluyeron otras instituciones de la zona, considerando que dicha región es de extracción campesina y agrícola²³⁹. Ni siquiera existe un marco referencial sobre los antecedentes de la problemática, ni los estudios realizados por la entidad territorial y el MEN, o la constancia de ausencia de estos, lo cual contribuiría a identificar los vacíos dejados por las estrategias implementadas por la administración nacional y local en años anteriores, aspectos que redundarían en la justificación del proyecto.

En la ficha EBI se individualizaron como origen de la necesidad la falta de dotación del material didáctico, la “poca” participación de los estudiantes en los procesos de investigación, la ausencia de recursos económicos para capacitarlo, la escasa motivación en los establecimientos educativos oficiales; causales que no guardan relación con los objetivos de: (i) incrementar el acceso a cupos en las universidades, (ii) disminuir los bajos promedios en las pruebas ICFES y SABER de los estudiantes y (iii) mejorar en un 70% el servicio prestado a “*propios y visitantes a sitios de interés del departamento de Sucre*”; son incongruentes con la deficiencia

²³⁸ Cfr. Folios 90y 91 del cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 1-15.

²³⁹ Cfr. Folios 60 a 62 del cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 1-15.

a resolver²⁴⁰. Lo que se extrae de lo anterior es que las causas del problema y los objetivos del proyecto se copiaron de otros proyectos sin lógica alguna.

Pese a dicha incoherencia se concluyó que la única alternativa para solucionar la dificultad era la dotación de textos escolares para las cuatro áreas básicas²⁴¹, sin más datos²⁴².

Además, los docentes y la población estudiantil no fueron consultados antes de iniciar el trámite contractual sobre la necesidad a superar y sus causas. Así lo confirman los testimonios de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ, SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ y SAIDA ROSA VANEGAS²⁴³, quienes no estuvieron en condiciones de identificar el problema ni explicar por qué razón los textos seleccionados era la solución para remediar estas dificultades.

Como quedó sentado *up supra* los rectores ROJAS DÍAZ y BENÍTEZ PÉREZ, reconocieron que la solicitud de libros es propio de los quehaceres de inicio de cada periodo escolar, textos entregados por la administración cuyo contenido corresponde a los estándares del MEN y fueron utilizados por los estudiantes; también sostuvieron haber notado mejoría en el desempeño en las pruebas SABER e ICFES, sin embargo, dejaron en claro que la revisión del contenido de los textos se hizo con posterioridad a su entrega y no antes, hecho de donde se infiere que no fue el producto de un estudio serio y completo

²⁴⁰ Cfr. Folio 90 del cuaderno de pruebas documentales de Fiscalía n°. 1-15.

²⁴¹ Cfr. Folio 94 del cuaderno de pruebas documentales de Fiscalía n°. 1-15.

²⁴² Cfr. Folio 94 del cuaderno de pruebas documentales de Fiscalía n°. 1-15.

²⁴³ Secretaria administrativa de la IE CHALA.

de la necesidad.

A VANEGAS ANAYA, solo le consta la llegada de los libros que fueron utilizados en las jornadas pedagógicas para el mejoramiento de la calidad educativa, sin embargo, no dilucidó si los colegios favorecidos hubieran sido consultados previamente²⁴⁴.

Ahora, las comunicaciones aportadas por la defensa sobre las solicitudes de libros de los rectores no suplen los estudios previos porque al igual que en los anteriores eventos exhiben los mismos defectos; son formatos para dar apariencia de que se consultaron previo a la suscripción del contrato, pues los rectores solo pidieron textos de las áreas básicas de evaluación del ICFES (matemáticas, español, ciencias sociales y naturales) de los grados 1° a 5° de primaria²⁴⁵, sin describir la necesidad de estos.

Ni si quiera el hecho de que el mejoramiento de la calidad educativa se encuentre dentro del plan de desarrollo de municipios y del departamento (PDT) eximían a la entidad a consultar a profesores y rectores²⁴⁶.

1.3 La descripción del objeto contractual se circunscribió a la dotación de textos escolares sin tener en cuenta otras alternativas para superar el bajo resultado en las pruebas del

²⁴⁴ Cfr. Testimonio de SAIDA ROSA VANEGAS Juicio oral. 26 de octubre de 2022. Record: 1:11:04.

²⁴⁵ Cfr. Solicitudes de los rectores de las IE: SAN ANTONIO ABAD de San Antonio de Palmito; IE CHALÁN de Chalán; IE T.A., IE MANUEL ÁNGEL ANACHURY, IE AGUAS NEGRAS de SAN ONOFRE; IE EL RINCÓN DEL MAR; IE SAN JUAN BOSCO, IE SANTA ROSA DE LIMA, IE PERENDENGUE de San Pedro. Cuaderno de prueba documental de la defensa.

²⁴⁶ Cfr. Cuaderno de pruebas de la defensa.

ICFES 2009-2011, como el aumento de la planta de docentes y la implementación de una nueva estrategia educativa.

No existe constancia de la ponderación de las tácticas en educación implementadas en 2011 por la entidad, para evaluar sus ventajas o no frente al propósito de mejorar los resultados de las pruebas de Estado, entre estas la ampliación del cuerpo de profesores. Tampoco se expusieron las falencias del proceso enseñanza-aprendizaje existentes en las instituciones educativas para la fecha de los hechos, a fin de emprender una novedosa alternativa para lograr mejores resultados en las pruebas de Estado.

Según la certificación expedida por la doctora MERLYS CRISTINA RODELO, secretaria de educación de Sucre, sobre las diferentes estrategias para el mejoramiento de la calidad educativa, cobertura y permanencia de los estudiantes de los municipios no certificados en los años 2008-2011, habían 29 *ítems*, los cuales no se mencionaron en los estudios previos ni en los formatos MGA y EBI, ellos son: la ampliación de la cobertura educativa, atención para la primera infancia, el fortalecimiento de la asistencia y acompañamiento a los municipios para la ampliación de la cobertura en la educación básica y media, fomentar la permanencia en el sistema educativo, acceso al sistema educativo para la población vulnerable (niños, niñas y jóvenes afectados por la violencia, población con necesidades educativas especiales, grupos étnicos minoritarios, población rural dispersa), entre otros²⁴⁷.

Por el contrario, se argumentó que la alternativa de dotar

²⁴⁷ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la defensa.

libros era la estrategia más económica y viable sin ningún estudio que lo respalde, dejando en blanco el *ítem* de la explicación por la cual se consideraba que no había ninguna otra²⁴⁸.

1.4. No obran las características técnicas del objeto contractual solo se definieron los libros por el título, lo que es insuficiente para identificar su contenido, metodología y edición, es decir, no se incluyeron los criterios para seleccionar al contratista.

Obsérvese que dentro del formato MGA y la ficha EBI no está la descripción de los libros a adquirir por temas, tampoco criterios para determinar que estos servían para lograr el objetivo del proyecto, vale recordar que los estudiantes obtuvieran mejores resultados en las pruebas SABER e ICFES y poder ingresar a la educación superior.

Sobre esta materia los rectores se refirieron a generalidades de los libros, a los avances de los estudiantes en las pruebas de Estado, y al momento de concretar las fortalezas del material adquirido aludieron a la calidad de las hojas y la “*forma de las preguntas*” sin especificar cuál era su signo de distinción, ni los factores que los diferenciaba de otros del mercado, aspectos relevantes para establecer si el material era el requerido para superar los bajos resultados en las pruebas del ICFES y el ingreso de los estudiantes a la universidad²⁴⁹.

²⁴⁸ Cfr. Folio 94 del cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 1-15.

²⁴⁹ Cfr. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 43:01.

MACEAS AVILÉS y CASTRO THERÁN se redujeron a decir que eran diferentes a los del resto del mercado, pero no señalaron su temática²⁵⁰. Que los textos tuvieran una página especial referida al departamento de Sucre sobre su fundación y riqueza hidrográfica o que en un solo texto estaban las cuatro áreas de estudio (matemática, lenguaje, ciencias sociales y naturales), es un aspecto no referido en los estudios previos²⁵¹.

Al ignorar el contenido, la metodología y la edición de libros, se desconocían cuáles eran los criterios que se debía cumplir para la selección del contratista.

Como puede verse las pruebas valoradas acreditan la falta de estudios previos, pues se trata de documentos de la etapa precontractual y de los testigos que en su rol de rectores y personal administrativo de algunos de los planteles educativos, describen de manera creíble las circunstancias en que recibieron los libros, evidenciándose la falta de análisis y demostración de la necesidad de la compra.

La indeterminación del producto también se evidenció en el contenido de la minuta al señalar que la secretaria de educación realizó los estudios de conveniencia y necesidad, y se demostró en el proceso que no fue así, reflejando la ausencia de reglas claras para que los proponentes pudieran comprender el alcance de lo requerido por la entidad.

1.5. No hay constancia sobre las consultas realizadas

²⁵⁰ Cfr. Testimonios de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral.1° de agosto de 2022. Record: 1:43:35 y 2:10:13. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 1 de agosto de 2022. Record: 3:50:21,

²⁵¹ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral.1° de agosto de 2022. Record: 2:10:13; 1:43:35 y 2:10:13.

respecto la existencia de cartillas guías gratuitas de orientación y preguntas publicadas por el ICFES en el periodo 2009-2011.

Sobre este tema, como se viene reiterando, FIGUEROA DORADO, directora de calidad educativa del ICFES, aseguró que la adquisición de libros era una de las estrategias para mejorar la calidad educativa, los cuales debían contener los lineamientos mínimos del MEN, de lo que no hay evidencia de haberse tenido en cuenta.

Tampoco existe prueba de los estudios adelantados para descartar la existencia de textos guías ofrecidos por el ICFES para la preparación de las pruebas de Estado, pese a que desde 2005 el MEN apoyaba a las entidades educativas con la publicación en la página web COLOMBIA APRENDE de dicho material; y en 2011 era de público conocimiento que el ICFES difundía cartillas de adiestramiento del estudiante para enfrentar las pruebas de Estado, sin embargo, no hay constancia de su existencia en los formatos MGA y EBI²⁵².

Ahora, la excusa de la defensa de que no había red de internet para consultar dicha página es una circunstancia que debió dejarse plasmada en los estudios previos, la cual en todo caso no la exime del deber de haber indagado con el ICFES sobre el apoyo de material para adiestrar a los estudiantes en las pruebas de Estado, privando a la entidad de la oportunidad de analizar el material ofrecido sin costo alguno.

²⁵² La publicación de las cartillas ICFES era de público conocimiento pues el profesor SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ adujo que el ICFES tenía textos con preguntas tipo ICFES en la página web. Testimonio de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Récord: 58:00.

1.6. No se realizó un análisis previo de los precios del mercado, pues el valor del contrato se obtuvo de multiplicar el número de libros por el valor de cada uno. Tampoco se analizó el censo estudiantil.

Como se vio en los otros contratos, aquí en la documentación tampoco aparecen las variables utilizadas para calcular el presupuesto del proyecto pues solo bastó una simple operación matemática entre el número de textos y su valor unitario. En esos términos, la cuantía adolece de estudios serios, siendo evidente que el valor del contrato lo impuso la editorial favorecida.

A modo de ejemplo, en el ítem *“Resumen Evaluación Financiera, Económica o Social...”*, se plasmaron datos sin soporte, ya que no se especificaron los análisis comparativos con otras empresas para evitar precios simulados, pese a que para 2011 estaban inscritas en el RUP²⁵³, impidiéndose la comparación de precios del mercado.

De otro lado, existe inconsistencia en las cifras de los libros a adquirir porque en el estudio de necesidad se consignó que eran 12500 textos y la población 5681; después se afirmó que los estudiantes a atender eran 5081. Es palmario que no concurre una base cierta del censo estudiantil pues finalmente se adquirieron 5681 libros²⁵⁴.

Las características de la población a beneficiarse son

²⁵³ Cfr. Folio 69 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 16-18.

²⁵⁴ Cfr. Folios 63, 80 y 104 a 105 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15.

escuetas pues solo se aludió a las fuentes (DANE²⁵⁵, secretaría de planeación), sin determinar el periodo y la clase de información suministrada. Además, hay incongruencias, por ejemplo, se consignó que la población beneficiada ascendía a 5681 entre los 0 y 14 años sin citar el año de la recopilación de la información. El supuesto estudio poblacional carece de criterios como el origen étnico, la zona de residencia, el nivel socioeconómico, y los ingresos del núcleo familiar, factores estos que contribuyen a delimitar la población beneficiada.

Se ingresaron datos sin soporte que contrarían el sentido común, ya que entre los indicadores de impacto se aludió a que el número de visitantes a las bibliotecas ascendía a 12500 estudiantes, sin indicar el año ni las instituciones educativas objeto de análisis, ni se dejó constancia de la existencia o no de las locaciones para tal servicio²⁵⁶.

1.7. No se fundamentó la modalidad de selección del contratista, es decir, por qué procedía la contratación directa, si con solo conocer el valor del contrato, \$499.928.000, oo se advertía que superaba la menor cuantía de conformidad con la tabla de contratación de 2011²⁵⁷.

Como se observa en la ficha EBI pese a la cuantía del contrato no existen argumentos para excluir la licitación pública al superarse el tope de \$ 346.125.001, oo para la contratación directa.

²⁵⁵ Departamento Nacional de Estadística.

²⁵⁶ *Cfr.* Folios 72 a 73 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15. Formato MGA.

²⁵⁷ Estipulación n°. 6.

De otra parte, se guardó silencio sobre los requisitos a cumplir por los oferentes con el objeto de acreditar la capacidad económica y técnica para ejecutar el contrato, si la editorial seleccionada podía entregar los 5681 libros²⁵⁸.

1.8. Para justificar la contratación directa se aplicó el artículo 2-4 literal g de la Ley 1150 de 2007, aduciendo la inexistencia de pluralidad de oferentes por cuanto la editorial seleccionada presentó el registro de derechos de autor.

Pese a lo anterior no hay estudios para descartar que en el RUP no existieran otras empresas que ofrecieran libros destinados a la capacitación de estudiantes en las pruebas del ICFES; por el contrario, en 2011 aparecen inscritas en ese registro la EDITORIAL SANTILLANA S.A.S., DELFÍN S.A. y PANAMERICANA EDITORIAL LTDA, entre otras²⁵⁹.

En la Resolución n°. 1430 de 5 de abril de 2011²⁶⁰ suscrita por el acusado, en la misma fecha en la que firmó el contrato autorizó la modalidad directa, advirtiendo que ello era posible porque la ley permitía no acudir a la una convocatoria pública, cuando: *«solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo»*, sin indicar por qué los TRES EDITORES S.A.S. cumplía con cualquiera de esas condiciones:

Que de conformidad con el artículo 2, numeral 4 de la ley 1150 de 2007, una de las modalidades de contratación es la directa, la cual ampara aquellos eventos en que las entidades señaladas en el artículo 2 de la ley

²⁵⁸ Cfr. Folio 104 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía 1-15.

²⁵⁹ Cfr. Cuaderno de pruebas de la Fiscalía n°. 16-18.

²⁶⁰ Cfr. Folios 101 a 102 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15. Se basó en la causal 2ª-4 de la Ley 1150 de 2007.

80 de 1993 pueden celebrar contratos sin acudir a una convocatoria pública para ello;

Que una de las modalidades de contratación directa señaladas en la ley y el reglamento, se refiere a aquellos contratos cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo.

Motivación ambigua ya que no contiene argumentos tendientes a demostrar cualquiera de las causales de inexistencia de pluralidad de oferentes, solo mencionó «*el artículo 2, numeral 4, literal g) de la ley 1150 de 2007 y el artículo 81 del decreto 2474 de 2008*». No detalló el objeto contractual, el presupuesto, las condiciones exigidas a los proponentes y al contratista, ni dejó constancia del agotamiento de estudios y consultas al RUP para descartar que otras empresas ofrecieran los mismos libros.

Se utilizó indistintamente: (i) que solo existía una persona que podía proveer el bien o el servicio por ser la titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o (ii) ser de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo, sin fundamentar cuál de estas dos hipótesis se acompañaba con el caso concreto, descartando implícitamente la no existencia de otras personas registradas en el RUP²⁶¹.

De ahí la indeterminación del acto administrativo respecto de las hipótesis de inexistencia de pluralidad de oferentes, y que el aporte hecho por la contratista de la certificación de derechos de autor y el ISBN, se vea como una

²⁶¹ Cfr. Artículo 81 del Decreto 2474 de 2008: “*Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes: 1. Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP. (...)*”.

estrategia formal para descartar que otras editoriales participaran en el proceso, ya que jamás se singularizaron los libros imposibilitando concluir que eran los que se necesitaban.

Dicho en otras palabras, es cierto que la editorial era la titular de los derechos de autor de los libros, pero el objeto del contrato no contaba con especificaciones técnicas dirigidas a fundamentar la adquisición de los textos exclusivamente con LOS TRES EDITORES, circunstancias que debían constar en los estudios previos de conformidad con el inciso 3° del artículo 81 del Decreto 2474 de 2008²⁶², derivados de los análisis efectuados para determinar cuáles eran los apropiados para satisfacer la necesidad.

Además, la fiscalía demostró que en el RUP existían las siguientes editoriales con similar objeto al de LOS TRES EDITORES S.A.S.: SANTILLANA, REVERTE COLOMBIA, COOPERATIVA EDITORIAL MAGISTERIO, PANAMERICANA EDITORIAL LTDA, MAGISTERIO S.A., EDUCAR EDITORES S.A., entre otras²⁶³, que ofrecían textos sobre las 4 áreas básicas: matemáticas, lenguaje, ciencias sociales y naturales de preparación para las pruebas de Estado exigidas por el ICFES, similares a los adquiridos; pese a ello no se hizo el menor esfuerzo por analizar los libros ofrecidos por estas y compararlos con los textos de LOS TRES EDITORES.

1.9. Por el valor del contrato, \$ 499.928.000, oo lo

²⁶² “...Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación”.

²⁶³ Cfr. Folios 159, 164, 157, 173, 174 y 200 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 16 a 18.

procedente era agotar el trámite de la licitación pública ya que, como se vio, según la tabla de contratación vigente a 1° de enero al 31 de diciembre de 2011, ella era obligatoria cuando la cuantía excedía de \$ 346.125.001, oo²⁶⁴.

1.10. La demostración de los hechos anteriores lleva a la Sala a inferir que el trámite se adecuó para favorecer a la contratista, quien había sido seleccionada antes del inicio del procedimiento contractual.

Ciertamente, al igual que los casos anteriores previo al inicio del trámite la contratista presentó una cotización, obteniendo el visto bueno para seguir adelante con la contratación directa. Así lo refirieron QUINTERO PÉREZ, MACEAS AVILÉS y CASTRO THERÁN, líder de la fase precontractual en la administración.

Este último afirmó que por recomendación del grupo asesor a su cargo se realizó la contratación directa con la empresa LOS TRES EDITORES, razón por la cual anexaron el certificado de derechos de autor y el ISBN, proceder del cual se infiere que antes de iniciarse el trámite se sabía que la contratación se realizaría con LOS TRES EDITORES²⁶⁵.

Sobre el particular MACEAS AVILÉS adujo que luego de presentada la propuesta la socializó con CASTRO THERÁN pidiéndole los soportes de la contratación²⁶⁶, admitiendo que la editorial tuvo la iniciativa, lo cual descarta que su propuesta

²⁶⁴ Cfr. Estipulación n°. 6.

²⁶⁵ Cfr. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. Record: 3:24:17; 3:26:50.

²⁶⁶ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. Record: 1:14:46; 1:17:51; y 1:21:39.

fuese el producto de un trámite. Comportamiento que contraría la lógica y el sentido común pues se debieron adelantar primero los estudios previos, y luego recibir la oferta.

Conclusión que es confirmada porque el 2 de febrero de 2011²⁶⁷ QUINTERO PÉREZ presentó una cotización, 6 días antes del diligenciamiento de la ficha EBI que fue realizado el 8 de febrero de la misma anualidad, en la cual se insertó el nombre de los libros adquiridos a LOS TRES EDITORES²⁶⁸. Oferta que no tiene recibido oficial por la administración, siendo coincidente con la propuesta fechada “2011” hallada dentro de la carpeta del contrato²⁶⁹.

2. No obstante las anteriores irregularidades, el acusado ordenó mediante la Resolución n°. 1430 de 5 de abril de 2011 celebrar el contrato directamente sin el cumplimiento de los requisitos legales, siendo evidente que por las características del objeto, las circunstancias de la contratación, la cuantía y la destinación de los libros, era imperativo realizar la licitación pública, vulnerándose de esta manera el principio de legalidad y los artículos 123 de la Carta Política, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.

Al ser imperiosa la licitación pública era necesario adelantar las siguientes etapas, las cuales fueron omitidas: el agotamiento de las actuaciones previas al acto de apertura del proceso de selección (avisos, prepliegos, observaciones a estos,

²⁶⁷ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-2. Introducida por LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ.

²⁶⁸ Cfr. Folios 99 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15; y folio 2 del cuaderno de prueba de la Fiscalía n°. 1 y 2, incorporada con el testigo LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ.

²⁶⁹ Estipulación n°. 35.

entre otros); luego debía expedir²⁷⁰: (i) el acto de apertura del proceso de selección, (ii) los pliegos de condiciones, (iii) la publicidad del proceso, (iv) la posibilidad de aclaración del alcance de los pliegos de condiciones y la audiencia respectiva, así como las modificaciones a los pliegos, (v) el plazo de la licitación, esto es, el término para presentar las propuestas y su cierre, (vi) el contenido de las propuestas, (vii) la evaluación de estas y la elaboración de los informes sobre ello, (viii) el traslado de los informes y presentación de observaciones por los proponentes, (ix) el plazo para la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso y firma del contrato, y (x) la posibilidad de adjudicación en audiencia pública²⁷¹.

Como puede verse la administración del entonces gobernador BARRAZA FARAK burló los requisitos esenciales que integran la licitación pública.

Incluso si hipotéticamente la modalidad escogida por el acusado para tramitar y celebrar el contrato hubiese sido acertada, los requisitos esenciales dispuestos en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 tampoco se cumplieron porque la exigencia de estudios de conveniencia y oportunidad también es imperiosa en la contratación directa, como ya se demostró anteriormente.

Ahora, el hecho de que la oficina de planeación haya advertido que en el formato de requisitos para la presentación de proyectos en educación faltaba el certificado del plan de desarrollo y la guía sectorial, entre otros, no desvirtúa las

²⁷⁰ Artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

²⁷¹ Cfr. CE, rad. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992), 20 de mayo de 2010. Sala de Consulta y Servicio Civil.

anomalías sustanciales encontradas en los estudios previos, porque dichos documentos no incidieron en la suspensión del trámite, el cual siguió adelante pese a la ausencia de estudios previos²⁷².

En conclusión, la infracción a los requisitos legales sustanciales en la etapa precontractual y la suscripción del contrato con estas falencias, tipifica objetivamente el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal.

3.3.3.5. Contrato n°. 70-017-0-12-2011

Objeto: dotación de material bibliográfico de evaluación por competencias y estándares para los estudiantes del grado 11 de 25 instituciones educativas oficiales de 8 municipios del departamento de Sucre. Valor: \$ 399.960.000, oo. Contratista: LOS TRES EDITORES, Modalidad: contratación directa; contrato de suministro. Fecha: 20 de diciembre de 2011.

Para la Sala los siguientes medios de conocimiento corroboran que el acusado tramitó el contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y lo celebró sin verificar su concurrencia vulnerando los principios de legalidad, transparencia, planeación, publicidad y selección objetiva, ya que no existieron estudios previos y se tramitó directamente cuando lo procedente era la licitación pública, irregularidades que omitieron para beneficiar a la contratista, la cual había sido seleccionada desde antes de iniciarse el trámite. La demostración de los siguientes hechos lo acreditan:

1. En los estudios previos se cometieron las siguientes

²⁷² Cfr. Cuaderno de prueba documental de la defensa.

irregularidades:

1.1. Fueron realizados en apariencia así exista un documento rotulado “*de conveniencia y oportunidad*”, el cual no tiene fecha de elaboración, ni señales de tramitación oficial, incluso se desconoce qué servidor público los elaboró, ya que CASTRO THERÁN solo manifestó que sus “*amigos técnicos*” de la secretaría de educación hicieron los estudios²⁷³, sin explicar qué evaluaciones realizó esa dependencia para fundamentar la contratación.

1.2. Fueron diseñados con fundamento en la propuesta presentada por los TRES EDITORES sin dar la posibilidad de que otras empresas presentaran sus ofertas.

Así, el 5 de diciembre de 2011²⁷⁴ LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ, gerente de la editorial, presentó a la gobernación la cotización de un material bibliográfico que corresponde en su valor y número al objeto contractual²⁷⁵, de donde se deduce que la contratista impuso las condiciones del trámite, al ser insertada esta información en la minuta del contrato²⁷⁶:

CANT.	DETALLE	V. UNIT.	V. TOTAL
2020	Competencias y Estándares en Biología x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo
2020	Competencias y Estándares en Química x	22.000, oo	44.440.000, oo

²⁷³ Cfr. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 3:26:50.

²⁷⁴ Cfr. Cuaderno de pruebas documental de la Fiscalía 1-2. Incorporada por el LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ.

²⁷⁵ Es decir, antes de formalizarse los formatos MGA y EBI, los cuales tienen fecha 13 de diciembre del mismo año.

²⁷⁶ Los municipios beneficiados fueron Galeras, ovejas, San Onofre, Sampedo, Since, San Juan de Betulia, San Pedro y Tolúviejo.

	1 tomo.		
2020	Competencias y Estándares en Física x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo
2020	Competencias y Estándares en Matemática x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo
2020	Competencias y Estándares en Sociales x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo
2020	Competencias y Estándares en Filosofía x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo
2020	Competencias y Estándares en Lenguaje x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo
2020	Competencias y Estándares en Inglés x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo
2020	Componente flexible x 1 tomo.	22.000, oo	44.440.000, oo

Además, en la carpeta contractual no se hallaron otras ofertas sino la presentada por la contratista, la cual, se insiste, contiene los mismos ítems de la propuesta de fecha “*diciembre de 2011*” allegada por LOS TRES EDITORES con los documentos que justificaban la contratación directa²⁷⁷.

1.3. El contrato se soportó con el propósito de mejorar la calidad educativa debido al bajo rendimiento de las pruebas ICFES 2009-2011 sin que se efectuara el análisis de las causas del problema, ni se consultó a docentes y rectores.

No hay definición técnica de la necesidad, ni soporte de los análisis realizados sobre su origen ya que ni siquiera se incluyeron los resultados de las pruebas de Estado para determinar los niveles de desempeño de los estudiantes y de

²⁷⁷ Cfr. Estipulación n°. 43.

las instituciones educativas, ni las áreas a fortalecer, falencia que se observa en el formato MGA y en la ficha EBI²⁷⁸.

Es notable la indeterminación de la necesidad de la administración que recayó en los bajos puntajes en las pruebas ICFES y SABER, los que influyen en el ingreso a la educación superior, sin embargo, de manera incongruente también se involucra como problema el retiro de los alumnos del sistema educativo²⁷⁹ sin decir cuál es su relación.

En cuanto a las causas de la necesidad no se analizaron los motivos que incidieron en los resultados de las pruebas que impidieron a los estudiantes acceder a la universidad, entre ellos, factores de naturaleza sociocultural, económica, geográfica y psicológica, como se indicó en el contrato anterior²⁸⁰.

No se hizo un marco teórico de las investigaciones adelantadas sobre el problema, ni se establecieron los límites temporales a partir de los cuales se presentaban los bajos resultados y niveles de ingreso a la universidad.

Ni siquiera obran las fuentes de la información, como las bases de datos de la población de las zonas y colegios beneficiados, y los resultados de las pruebas de Estado soportes del análisis. La información consignada no permite extraer la razón por la cual se escogieron los planteles educativos, desconociéndose si fueron consultados los

²⁷⁸ Cfr. Folios 107 a 139 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15.

²⁷⁹ Cfr. Folios 108 y 135 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15.

²⁸⁰ Cfr. En Colombia 6 de cada 10 jóvenes no puede acceder a educación superior | RCN Radio. Consultada: 22 de febrero de 2024.

docentes y rectores.

No se allegaron entrevistas realizadas a los estudiantes, profesores o personal administrativo (rectores) sobre la problemática a solucionar, por lo tanto, no se explica por qué era necesario fortalecer las áreas evaluadas por el ICFES de biología, química, física y competencias flexibles, las que ni siquiera se definieron²⁸¹.

Los exrectores LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ y SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ, desecharon haber sido consultados previamente por el contenido y la necesidad de los libros. Adujeron, que cada año realizaban un pedido general a la administración departamental, y si bien revisaron los textos, ello se hizo posteriormente²⁸².

Circunstancias que fueron corroboradas por SAIDA ROSA VANEGAS ANAYA, secretaria administrativa de la institución educativa CHALA del mismo municipio, quien aseguró que en 2010-2011 llegaron “*muchos libros*” que fueron utilizados para las pruebas SABER, pero nada dijo de haber sido consultados previo a la contratación²⁸³.

Ahora, los oficios signados por los rectores de los colegios beneficiados entre mayo y junio de 2011, mediante los cuales pidieron materiales de estudio, son genéricos ya que solicitan que los tuvieran en cuenta para los cursos PREICFES o con

²⁸¹ Cfr. Folio 118 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía.

²⁸² Cfr. Testimonios de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ y SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 14:09; y 49:59.

²⁸³ Cfr. Testimonios de SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ y SAIDA ROSA VANEGAS ANAYA. Juicio oral. 1° de agosto de 2022 y 26 de octubre de 2022. Récord: 49:59 Y 1:17:08; y 14:09

apoyos bibliográficos, sin determinar cuáles eran las deficiencias de cada institución²⁸⁴.

Resulta extraño haber tenido como origen de la necesidad el número de visitantes a la biblioteca sin identificar el plantel educativo, situación que no estaba vinculada a la descripción del problema²⁸⁵.

ROJAS DÍAZ, BENÍTEZ PÉREZ y VANEGAS ANAYA, jamás aludieron a la incidencia de las consultas bibliotecarias de los estudiantes en los resultados de las pruebas SABER, solo mencionaron la ausencia de material educativo, la falta de recursos, de locaciones y la pobreza de la población.

Pese a que en el formato MGA se consignó que hubo estudios *“legales, de mercado, de localización, técnicos, ambiental, comunitario y financiero”* para la determinación de la necesidad y sus causas, no se determinó qué entidad los adelantó, siendo incoherente que la secretaría de planeación conceptuara sobre la viabilidad del proyecto afirmando que cumplieron los requisitos técnicos exigidos sin especificar cuáles, ni existe constancia de la realización de evaluaciones al respecto²⁸⁶.

Ahora, que en los planes de desarrollo de los municipios

²⁸⁴ Cfr. Presentaron solicitudes: IE MACAJÁN del mismo municipio; IE T.A. LAS PIEDRAS; IE CAROS ARTURO VERBEL VERGARA de Tolúviejo; IE SAN AONOFRE DE TOREBE de San Onofre; IE LIBERTAD; IE PAJONAL de San Onofre; IE SAN JUAN BOSCO de San Pedro; IE RINCON DEL MAR; IE COCOROTE de Since; IE MORALITO; IE GRANADA; IE VALENCIA; IE SAN ANDRÉS, IE SAN JOSÉ DE RIVERA, IE PUERTO FRANCO de Galeras; IE SAN JOSÉ de Ovejas; IE CANUTALITO; IE FLOR DEL MONTE, entre otros,

²⁸⁵ Cfr. Folio 119 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

²⁸⁶ Cfr. Folio 120 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n° 1-15.

favorecidos y del departamento²⁸⁷ se incluya el mejoramiento de la calidad educativa como una política de las administraciones locales, no eximía a la entidad de la realización de estudios previos en los que se identificara el problema y la forma de solucionarlo.

1.4. No existe descripción del objeto contractual ya que se restringió a la dotación de textos escolares dejando por fuera otras alternativas para relevar el bajo resultado de los estudiantes en las pruebas de Estado.

Pese a que dentro del plan de desarrollo departamental se encuentran 29 opciones para mejorar la calidad educativa²⁸⁸, no se ponderaron y no se expuso el fundamento para preferir la dotación de libros, dejando de lado alternativas como la ampliación de la planta docente de los colegios favorecidos, o el diseño de una nueva estrategia tendiente a mejorar el desempeño de los estudiantes. De esa manera se ignoró que en el proceso de enseñanza-aprendizaje, la participación del docente es fundamental para la transmisión del conocimiento²⁸⁹. Simplemente se consignó que la dotación de libros era la estrategia que mejor se adaptaba al presupuesto sin fundamentación alguna²⁹⁰, dejando en blanco el formato ID-05 como se observa en la ficha EBI.

1.5. Las especificaciones técnicas del objeto del contrato se definieron por el título de los libros sin describir sus

²⁸⁷ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la defensa.

²⁸⁸ Cfr. Oficio 700.1104/SE. n°. 1226 de 12 de octubre de 2018, signado por MERLYS CRISTINA RODELO MARTÍNEZ, secretaria de educación de Sucre.

²⁸⁹ Cfr. Como lo admitieron los docentes LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ y SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. Testimonios de 1° de agosto de 2022.

²⁹⁰ Cfr. Folio 138 del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°.1-15.

características, lo cual era necesario para establecer su contenido, metodología y edición. Tampoco se determinaron los criterios para la selección del contratista.

En los formatos MGA y EBI, no obstante mencionarse que se adquirirían libros sobre competencias y estándares para los estudiantes de los grados 11° de 35 instituciones educativas, no se describieron las características de estos en cuanto a su metodología²⁹¹, contenido y edición²⁹², por lo tanto, se ignoraba cuál fue la razón para concluir que el material ofrecido era el idóneo para lograr que los estudiantes mejoraran las pruebas de Estado y accedieran a la educación superior.

Lo anterior indica que la necesidad a satisfacer no fue conocida antes de iniciar el proceso contractual por la administración, los rectores y docentes de las instituciones beneficiadas, lo cual se comprobó con los testimonios de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ y SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ, quienes se limitaron a exponer que los textos eran excelentes²⁹³.

Los líderes de la contratación MACEAS AVILÉS, por parte de la editorial, y CASTRO THERÁN en representación de la entidad, no detallaron el material adquirido por su metodología, edición y contenido²⁹⁴, se refirieron sólo a que eran diferentes a los del mercado, y que estaban dirigidos al

²⁹¹ Alude a los métodos para la elaboración del libro y la investigación contenida en ella.

²⁹² Edición es el conjunto de ejemplares de una obra impresos de una sola vez. Un libro puede tener una o varias ediciones o reimpressiones. El número de la edición o reimpresión debe estar en el libro, así como el año.

²⁹³ Cfr. Testimonio de LUIS EDUARDO ROJAS DÍAZ y SERVIO TULIO BENÍTEZ PÉREZ. Juicio oral. 1° de agosto de 2022.

²⁹⁴ Referida a la estructura de los capítulos, temática, marco teórico.

desarrollo de competencias mediante las cuales los estudiantes enfrentarían mejor las pruebas de Estado²⁹⁵, en últimas, que eran textos con talleres para preparar las pruebas ICFES.

Al no establecerse el contenido de los libros, su metodología y edición, no había criterios claros para que los futuros proponentes comprendieran el requerimiento de la entidad para así preparar sus futuras ofertas.

Llama la atención que, en abril de 2011, 8 meses antes de la suscripción del contrato, la administración realizara un trámite contractual para la dotación de textos integrados de cuatro áreas básicas de enseñanza, sin embargo, no señalaron las razones por las cuales la primera contratación fue insuficiente para cubrir la necesidad de mejorar la calidad educativa.

1.6. Se ignoró la existencia de las cartillas del ICFES 2009-2011 para la preparación de pruebas de Estado.

Según FIGUEROA DORADO, directora de calidad educativa del ICFES, se repite, el MEN da a las entidades territoriales unos lineamientos generales para el mejoramiento de la calidad educativa, en concreto desde 2005 suministraba material de apoyo gratuito para la preparación de las pruebas de Estado, el cual estaba en la página web COLOMBIA APRENDE para la fecha de los hechos, sin que obre constancia de haberse consultado a fin de descartar dichos insumos.

²⁹⁵ Cfr. Testimonio de WILLIAM MACEAS AVILÉS. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 2:18:44. Testimonio de GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 3:53:53.

La fiscalía aportó los textos guías de orientación y preguntas para el ICFES 2010-2011 en biología, filosofía, física, inglés, matemáticas, medio ambiente, violencia y sociedad, entre otras, los que de haberse consultado habrían transmitido al acusado la necesidad de profundizar en los estudios previos, para escoger la mejor alternativa a fin de solucionar la problemática, solicitando el apoyo al ICFES.

1.7. Son inexistentes los estudios de mercado que permitiera establecer cuáles eran los candidatos con perfil para proveer los elementos a adquirir, a partir de los cuales se escogería el precio más favorable a la entidad. Tampoco se consultó el censo estudiantil.

La editorial escogida fue la que impuso el valor del contrato de \$ 399.960.000, oo que correspondía a la oferta aportada por el gerente de la contratista²⁹⁶.

La población objetivo no se determinó en la ficha EBI, empero en el *ítem* de las alternativas se especificó que se dotaría 18180 textos a los colegios beneficiados²⁹⁷, sin que exista constancia de que esta cifra correspondiera al censo estudiantil. Valor que, además, no coincide con la sumatoria de estudiantes mujeres y hombres que arroja 2020²⁹⁸, lo que da una diferencia de 16160 textos, que no se sabe en dónde se distribuirían.

1.8. No existe análisis jurídico que soporte la modalidad

²⁹⁶ Cfr. Folios 142 a 145 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

²⁹⁷ Cfr. Folio 138 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15.

²⁹⁸ Cfr. Folio 123 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía n°. 1-15. 980 (masculino) + 1040 (femenino).

contractual directa pese a que la cuantía del contrato superaba la cifra \$ 346.125.000, oo límite de la menor cuantía, según la tabla de contratación para la vigencia 2011²⁹⁹.

Al no fundamentarse la modalidad de contratación, eran inciertas las condiciones que la persona jurídica debía cumplir a fin de demostrar la capacidad de ejecución del contrato.

1.9. Si bien en la Resolución n°. 5760 de 20 de diciembre de 2011³⁰⁰, el acusado ordenó la contratación directa de conformidad con el artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007, por la existencia de una sola persona que podía proveer el bien o el servicio, por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor o por ser de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo, no ofreció argumentos para llegar a esa conclusión.

No señaló las razones por las cuales se consideró que la editorial LOS TRES EDITORES S.A.S. cumplía estas condiciones o una de ellas, dejando por fuera la primera hipótesis, esto es, *“cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP”*, y no se argumentó si se agotaron los estudios para descartar dicho evento.

Al igual que los tres casos anteriores, pese a dicha indeterminación en la minuta del contrato se afirmó que la editorial LOS TRES EDITORES S.A.S., había presentado la certificación de derechos de autor y el ISBN de los libros a adquirir como fundamento de la contratación directa.

²⁹⁹ Cfr. Estipulación n°. 6.

³⁰⁰ Misma fecha de la suscripción del contrato.

No se discute que la contratista sea la titular de los derechos de autor, sino que no se hizo análisis para establecer que los libros eran el mecanismo idóneo para solucionar la problemática, por consiguiente el objeto contractual no fue especificado técnicamente a fin de justificar la adquisición de los textos a la empresa; además, en los estudios previos no se expresó que LOS TRES EDITORES era la única editorial que podría proveerlos de conformidad con el artículo 81 del Decreto 2474 de 2008³⁰¹, siendo obligación según la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, agotar los estudios a fin de concluir que efectivamente no existía pluralidad de oferentes, en este caso que no había persona alguna que suministrara el objeto contractual diferente a la contratista.

Es diáfana la falta de motivación del acto administrativo, incumpléndose el artículo 77 del Decreto 2474 de 2008³⁰² puesto que no se argumentó con claridad la causal a aplicar, ya que solo se referenciaron en la parte resolutive los artículos 2, numeral 4, literal g) de la Ley 1150 de 2007 y 81 del Decreto 2474 de 2008.

Si bien se adujo que los estudios previos podían consultarse en la sección de contratación de la oficina jurídica del departamento, ello solo es un formalismo dadas las

³⁰¹ Artículo 81. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes. Se considera que no existe pluralidad de oferentes: 1. Cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP. (...).

³⁰² Artículo 77. Acto administrativo de justificación de la contratación directa. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá: 1. El señalamiento de la causal que se invoca. 2. La determinación del objeto a contratar. 3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista. 4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta. (...).

irregularidades advertidas para aparentar el cumplimiento de la ley.

1.10. Es claro que por la cuantía era obligatoria la licitación pública siendo la contratación directa el artilugio para evadirla.

Como ya se vio, la tabla de contratación para el año 2011 indicaba que procedía la licitación pública cuando el monto del contrato excedía la suma de \$ 346.125.001, oo³⁰³. Pese a que el valor del contrato superaba dicha cifra en \$ 53.834.999, oo se tramitó y celebró directamente contrariando la licitación pública.

1.11. De la valoración de los anteriores hechos se infiere que desde la radicación del proyecto se sabía que la editorial LOS TRES EDITORES era la escogida, situación que no se plasmó en el acto administrativo que autorizó la contratación directa pese a que la entidad sabía que se comprarían los libros a esa empresa.

Así lo confirman los testimonios de QUINTERO PÉREZ, MACEAS AVILÉS y CASTRO THERÁN³⁰⁴, quienes reconocieron que LOS TRES EDITORES presentó a la secretaria de educación una propuesta para la dotación de libros con fundamento en los resultados de las pruebas ICFES, junto a los soportes de la contratación directa, esto es, el registro de derechos de autor y el ISBN, de conformidad con lo establecido

³⁰³ Cfr. Estipulación n°. 6.

³⁰⁴ Cfr. Testimonios de LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ, WILLIAM MACEAS AVILÉS y GUILLERMO CASTRO THERÁN. Juicio oral. Sesiones de 31 de mayo de 2021 y 1° de agosto de 2022.

en la minuta. Negociación que se realizó antes de inicio del trámite porque la cotización fue presentada el 5 de diciembre de 2011³⁰⁵ y la ficha EBI se elaboró el 13 de diciembre del mismo año, cuando primero se hacen los estudios previos con el registro del proyecto y luego la contratista puede presentar las cotizaciones. Posteriormente, se anexó una propuesta de “*diciembre de 2011*”³⁰⁶ con los mismos datos de la cotización, ratificándose que la contratista fue escogida con anterioridad.

Si bien la contratista aportó el certificado de derechos de autor durante el trámite precontractual, nunca se comprobó que se hiciera el análisis de que los libros fueran los requeridos para mejorar los resultados de las pruebas, por ello no se identificó su contenido para establecer si esos eran los requeridos o había otras posibilidades para solucionar la problemática, si se tiene en cuenta que para 2011 existían las siguientes editoriales inscritas en el RUP: editorial ALTIVA S.A.S., SANTILLANA S.A.S., REVERTE COLOMBIANA S.A., PENGUIN RANDOM HOUSE GRUPO EDITORIAL S.A.S., PANAMERICANA EDITORIAL LTDA, EDUCAR EDITORES, PLAZA Y JANÉS EDITORES, entre otras³⁰⁷. Empresas que fueron excluidas sin justificación alguna pues no fueron convocadas ni se expusieron las razones de ello. En fin, no se acreditó en el trámite que la contratista era la única persona que pudiera suministrar los libros.

2. Pese a la concurrencia de estas anomalías en los

³⁰⁵ Cfr. Cuaderno de prueba documental n°. 1 y 2 de la Fiscalía. Presentada por LUIS EDUARDO QUINTERO PÉREZ.

³⁰⁶ Cfr. Estipulación n° 43.

³⁰⁷ Cfr. Cuaderno de prueba documentales de la Fiscalía n°. 16 a 18. También se encontraba inscrita la CASA EDITORIAL DE LAS SABANAS S.A.S, con sede en Sincelejo, SIGLO DEL HOMBRE EDITORES S.A, TRAGALUZ EDITORES S.A.S.

estudios previos el procesado expidió la Resolución n°. 5760 de 20 de diciembre de 2011, ordenando la contratación directa sin observar los requisitos legales esenciales, ya que no verificó la existencia de otras empresas dedicadas a la venta de los libros, y la condición de único proveedor de la editorial LOS TRES EDITORES S.A.S., es decir, ordenó la contratación eludiendo la licitación pública.

En otras palabras, tramitó el contrato sin observancia de los requisitos legales y lo celebró sin verificar el cumplimiento de los mismos, transgrediendo de esa forma los principios de legalidad (artículos 123 de la Carta Política) y transparencia³⁰⁸ (artículo 24 de la Ley 80 de 1993³⁰⁹).

También se vulneró la libre competencia pues no se permitió el acceso al proceso de todas las personas naturales o jurídicas que pudieran contratar con el Estado, las que no pudieron conocer la existencia del trámite al omitirse la licitación pública. No hubo convocatoria pública ni pliegos de condiciones. La única editorial invitada fue LOS TRES EDITORES S.A.S. pese a que se demostró que había otras empresas con similar objeto, dando al traste con los principios de transparencia y selección objetiva, por lo que no hubo pliego de condiciones, pluralidad de ofertas, ni evaluación de la única oferta presentada. La administración se plegó a las condiciones de la empresa seleccionada.

³⁰⁸ En el sentido de disponer que la escogencia del contratista para la celebración de contratos con entidades estatales se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos, excepto en los casos en que por determinadas condiciones especiales que ameriten cierta rapidez o especificidad para satisfacer las necesidades de las mismas, se requiere acudir a formas de contratación directa.

³⁰⁹ *"No. 8 Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto".*

Ahora, si en gracia de discusión procediera la contratación directa, la evidencia también comprueba que se vulneraron los principios de planeación, transparencia y de selección objetiva, porque no hubo verdaderos estudios previos y la editorial estaba seleccionada desde antes del proceso precontractual.

El hecho de que la oficina de planeación haya advertido que en el formato de requisitos para la presentación de proyectos en educación faltaba el certificado del plan de desarrollo, no desacredita las irregularidades sustanciales de los estudios previos, porque pese a ello no se suspendió el trámite³¹⁰.

En conclusión, se configura el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales consagrado en el artículo 410 del Código Penal ya que lo tramitó sin cumplir los requisitos legales esenciales y lo celebró sin verificación de los mismos.

4. Sobre el principio de confianza

En los alegatos la defensa y el procesado solicitaron la absolución del exgobernador con fundamento en que operó a su favor el principio de confianza.

Figura jurídica que según la Sala mayoritaria debe analizarse en el tipo objetivo y de no probarse también en el subjetivo, por tal razón se debe constatar si el aforado creó un

³¹⁰ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la defensa.

riesgo jurídicamente desaprobado y se concretó en el resultado típico.

Con miras a determinar si el exmandatario pese a tener la obligación legal de verificar los requisitos legales esenciales en el trámite y en la celebración de los contratos no lo hizo amparado en el principio de confianza, es menester determinar el contenido y alcance de los siguientes tres institutos jurídicos³¹¹, siguiendo la línea jurisprudencial de esta Sala³¹².

En la administración pública es imposible que el ordenador del gasto pueda realizar todo el proceso contractual, razón por la cual la ley establece la posibilidad de adelantarlos en conjunto con diferentes órganos en una relación concatenada de trámites³¹³, a través de las figuras de delegación y desconcentración³¹⁴ regladas en la Ley 489 de 1998.

³¹¹ Se seguirá el marco teórico contenido en la decisión de esta Sala CSJ SPE00017-2021, rad. 49599.

³¹² Cfr. CSJ SEP00017-2021, rad. 49499; SEP000130-2021, rad. 49053, entre otras.

³¹³ Cfr. CSJ SP, 7 julio 2010, rad. 28508.

³¹⁴ **ARTÍCULO 8°. DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA.** *La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones. PARÁGRAFO: En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa solo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.*

ARTÍCULO 9°. DELEGACIÓN. *Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.*

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993, preceptúan que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. En todo caso, la delegación y desconcentración no deriva en ausencia de responsabilidad del encargado de la contratación, pues la función de adjudicación está a su cargo³¹⁵.

La delegación es la posibilidad de transferir competencia no la titularidad de la función. Se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo, o general o específica³¹⁶. La transferencia se realiza a través de un acto administrativo expreso, debe mediar autorización legal y el órgano que la confiere puede siempre y en cualquier momento reasumirla. Procede cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario³¹⁷.

En la desconcentración la atribución de competencia se realiza directamente por el ordenamiento jurídico, se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía, se transfiere en forma exclusiva, es decir, la competencia debe ser realizada

³¹⁵ Cfr. CSJ SP4413-2019, rad. 55967; reiterada en CSJ SP00017-2020, rad. 49599. Reiterado en CSJ SEP0011-2014, rad. 50618.

³¹⁶ Cfr. CC C-372-2000.

³¹⁷ Cfr. *Ibidem*.

por el órgano desconcentrado y no por otro, y el superior no puede reasumir la competencia sino en virtud de una nueva atribución legal. De cara a este instituto el superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica, criterio que ha sido reiterado en las sentencias C-561-1999 y C-727-2000 sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, la delegación y la desconcentración de funciones no se excluyen, porque ambas tienen como propósito descongestionar los órganos superiores de la administración para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos³¹⁸.

En total armonía, el Código Penal en el delito en estudio distingue las conductas ejecutadas por los servidores públicos encargados al tramitar un contrato, de la realizada por el representante de la entidad como ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación³¹⁹, al prever como hipótesis delictiva tramitar el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales y celebrarlo sin verificar su cumplimiento; diferenciación fundada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales³²⁰.

El principio de confianza es un criterio normativo aplicado dentro del trabajo en equipo, y para que opere es

³¹⁸ Cfr. CC C-561-1999.

³¹⁹ Cfr. CSJ SP 26, marzo 2009, rad. 29089.

³²⁰ *Ibidem*.

imprescindible que se haya cumplido con el deber legal de instruir, vigilar y controlar el actuar de los funcionarios en quienes estaba delegada o desconcentrada la función de adelantar la fase precontractual³²¹.

Su alcance y contenido la Corte lo ha fijado de la siguiente manera:

La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone- una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error³²².

Principio que comporta una carga para quien pretende acogerse a él, consistente en el deber de vigilancia y control:

(...) tiene sus límites en el principio de responsabilidad que tienen los gobernantes en su calidad de ordenadores del gasto, y en la vigilancia que debe ejecutar de los roles de sus subordinados, por corresponderle a este la indelegable función de la celebración o formalización del contrato, previa la verificación de requisitos legales³²³.

(...) se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre la administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia³²⁴.

³²¹ Cfr. CSJ SP 15528-2016, rad. 40383. Ver también CSJ SP4514-2020, rad. 55345.

³²² Cfr. CSJ SP, 21 de marzo de 2002, rad. 14124, reiterada en CSJ SP, 26 junio de 2008, rad. 26061.

³²³ Cfr. SJ SP, 21 junio 2010, rad. 30677.

³²⁴ Cfr. CSJ AP, 28 agosto de 2002, citada en CSJ SP2146-2016, rad. 40627.

Se insiste, la delegación automáticamente no exonera de responsabilidad al encargado de la contratación, en ciertos casos se le reconoce por las irregularidades cometidas en la fase precontractual por los delegatarios en virtud de la activación plena del principio de confianza, siempre y cuando no se compruebe que la delegación tuvo como objeto eludir la responsabilidad y que haya omitido ejercer las funciones de dirección, vigilancia y control derivadas de ese acto con este propósito³²⁵.

Tratándose de la desconcentración de tareas contractuales (no de la desconcentración en general de la Ley 489 de 1998), no procede por lo general ya que supone la realización de actos de trámite que deben ser tutelados por el ordenador del gasto conservando la dirección de esa fase, máxime que no hay acto administrativo transfiriendo la función³²⁶.

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

Dentro de este contexto, la Sala abordará el estudio en particular.

La defensa pidió la aplicación del principio de confianza aduciendo que si bien el exgobernador celebró los contratos, no lo es menos que el trámite precontractual estaba a cargo del secretario de educación y de la oficina jurídica, por lo que debía

³²⁵ Cfr. CSJ SEP016-2022, rad. 00255

³²⁶ *Ibidem*.

exonerársele de responsabilidad.

Lo primero que cabe señalar es que de la actuación procesal emerge demostrado que el acusado para la época de los hechos desempeñaba el cargo de gobernador del departamento de Sucre, desde el 1° de enero de 2008³²⁷, por lo que en él recaía la potestad de celebrar los contratos, según se desprende del literal b del numeral 3° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993.

En segundo lugar, opuesto a lo esbozado por la defensa, la prueba acopiada demuestra que la conducta le es atribuible jurídicamente como quiera que al firmar los actos administrativos que autorizaron la contratación directa y al celebrar los contratos no actuó amparado en el principio de confianza. Veamos:

Si bien la delegación era un mecanismo jurídico procedente para que trasladara la competencia a otros funcionarios, no recurrió a dicha figura ya que no expidió el acto administrativo requerido por el artículo 10° de la Ley 489 de 1998³²⁸, lo que operó fue la desconcentración de funciones.

En el juicio se estipuló la existencia del manual de contratación vigente durante el periodo 2008-2011, expedido por los Decretos n°. 0052 de 16 de enero, 0805 y 814 de 18 de julio y 21 de julio de 2008 y 0809 de 29 de mayo de 2009, en el cual se discriminan las funciones de los servidores públicos

³²⁷ Cfr. Estipulación n°. 1. El periodo se extendió al 31 de diciembre de 2011.

³²⁸ “Requisitos de la delegación. En el acto de la delegación, que siempre será escrito, se determinara la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren...”

que intervinieron en el proceso contractual³²⁹, siendo incontrovertible que el trámite estaba desconcentrado, tal como lo reconocieron los testigos de la defensa GUILLERMO CASTRO THERÁN, secretario de educación, MARTHA DEL CARMEN GARCÍA DÍAZ, jefe de la oficina jurídica, y AMAURY ANTONIO VERGARA LUNA, asesor del despacho del gobernador; y lo ratifica la certificación expedida sobre las atribuciones de la secretaría de educación y la oficina jurídica³³⁰.

Quienes refieren que la etapa precontractual se adelantó en las secretarías de educación y planeación, y que la oficina jurídica revisó el trámite para proyectar el acto administrativo autorizando la contratación directa y elaboró la minuta para la firma del acusado.

Sin embargo, no se evidencia que el aforado ejecutara los deberes de instrucción, seguimiento, vigilancia y control sobre las actuaciones de los funcionarios que adelantaron ese trámite precontractual. No se allegó ninguna prueba en ese sentido.

Por el contrario, se probaron en el juicio algunas de las circunstancias que desechan la aplicación del principio de confianza, como que el inculpatado directamente participó en la fase previa, suscribiendo las resoluciones autorizando la contratación directa en los cuatro eventos y firmó las minutas de los contratos.

Si estaba desconcentrado el trámite tenía la obligación de autorizar la actuación contractual, ya que como representante

³²⁹ Cfr. Estipulación n°. 5.

³³⁰ Cfr. Cuaderno de prueba documental de la defensa.

legal del departamento comprometía con su voluntad los dineros al dar el aval a un trámite irregular y al suscribir los contratos.

Sin embargo, se demostró que fueron tramitados y celebrados incurriendo en irregularidades trascendentes, como que no hubo estudios previos y los así titulados solo se elaboraron para dar apariencia de legalidad al trámite; no se argumentó en ellos ni en los actos administrativos que autorizaron la contratación directa la razón por la cual no procedía la licitación pública, y si en gracia de discusión se hubiera escogido correctamente la tipología del contrato, el requerimiento de elaborar los estudios de necesidad y conveniencia también cubría a la contratación directa.

Como se viene de demostrar, el argumento del acusado referido a que la exigencia de escoger la oferta más favorable en los estudios previos no procedía en este caso porque la editorial seleccionada tenía amparados los derechos de autor y presentó el ISBN³³¹, reconociendo que la simple propuesta de la contratista fue suficiente para determinar que eran los libros que se necesitaban, no es admisible pues se probó que no se adelantaron los análisis requeridos para determinar que los libros era la fórmula idónea y única para solucionar o satisfacer la necesidad a superar, además no se consultó a los rectores de las instituciones educativas favorecidas y menos se precisaron las características de los libros. Bastó solo el portafolio de la contratista para decidir que eran los textos requeridos sin ningún estudio, tal como lo admitió el acusado, quien dio el aval para seguir adelante en el trámite sin

³³¹ Cfr. Testimonio de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK. 23 de marzo de 2023.

importarle la ausencia de estudios previos:

Si de acuerdo a lo manifestado por la misma fiscalía y está en los mismos cuadernos de imputación, del juicio, de la acusación, los representantes de la empresa LOS TRES EDITORES S.A.S. se presentaron a la Secretaria de Educación para mostrarle el portafolio de los libros que ellos tenían y estaban amparados con los derechos de autor, el Secretario los recibe y los socializa con su equipo técnico, se dan cuenta que estos textos son los que se necesitan en el departamento para mejorar la calidad educativa de los estudiantes de las instituciones oficiales. Una vez socializado con su equipo técnico el secretario procede a elaborar el respectivo documento con las fichas que se necesitaban para inscribirlo en la secretaría de planeación departamental. La secretaría de planeación lo recibe y tiene que emitir un concepto, primero que el proyecto se encuentra en nuestro plan de desarrollo departamental aprobado por la Asamblea y, segundo, después que tenga la viabilidad técnica y financiera. Una vez la secretaría encuentra que el documento, que el proyecto hecho por la secretaría de educación departamental se ajusta a todos los requisitos, pues lo aprueba, o si no se lo devuelve para que se le corrija. Una vez aprobado por la secretaría de planeación departamental, el secretario de educación, recibido este, procede a elaborar el respectivo estudio y además enviarle esto a la oficina jurídica para que proceda ya a la parte contractual o sea a expedir la resolución por medio de la cuál es la modalidad de contratación a seguir y a elaborar el respectivo contrato o sea que en toda la etapa previa participa la secretaría de educación, planeación y la oficina jurídica de la gobernación de Sucre³³².

Como se probó, la administración acudió a la causal de inexistencia de pluralidad de ofertas para darle visos de legalidad al trámite, cuando es evidente que se utilizó para soslayar la licitación pública. Irregularidad que no podía pasar desapercibida por el acusado si hubiera ejercido un solo acto de dirección, control o vigilancia, incluso, antes de avalar los supuestos “estudios de conveniencia y necesidad”³³³ y ordenar la modalidad contractual.

No es creíble que hubiese confiado en el secretario de

³³² Cfr. Cfr. Testimonio de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK. 23 de marzo de 2023.

³³³ Cfr. Estipulaciones n°. 10, 20, 32 y 42.

educación, en la jefe de la oficina jurídica y en el asesor de confianza, por cuanto participó en la etapa precontractual y debió conocerlas. Circunstancia que explica que hubiese omitido los deberes de vigilancia y control pues de haberlo hecho se hubiera abstenido de firmar los contratos, máxime si reconoció haber conocido los pormenores de la contratación desde el mismo momento en que la editorial favorecida presentó la propuesta antes de los estudios previos echados de menos.

Aceptar una postura diversa sería tanto como pregonar que el exgobernador en las fases precontractual y contractual fue un convidado de piedra, un mero avalador mecánico de las actividades desconcentradas desarrolladas por sus subalternos, o que solamente le competía firmar a ciegas los actos administrativos que habilitaron la contratación directa o las minutas, cuando en realidad era su responsabilidad que el trámite se adelantara legalmente como consecuencia del ejercicio de los controles legales a que estaba compelido³³⁴.

Sobre la responsabilidad indelegable del trámite contractual en decisión CSJ SP1210-2021, rad. 53263, esta Corte³³⁵ reiteró:

³³⁴Cfr. CSJ SP 16915-2017, rad. 48231: “Esto para significar que, desde luego, la Corte reconoce un tipo de responsabilidad indelegable en el funcionario a quien se ha atribuido funcionalmente la responsabilidad y dirección de todo el entramado complejo, en cuanto, ello cabe indiscutiblemente en su tarea de verificación y control.”

³³⁵ Cfr. CSJ, SP1210-2021, rad. 53263; “(...) Es por ello que era obligación de la condenada verificar por quien concurre a la celebración del contrato, aquellos requisitos requeridos para el perfeccionamiento de este, puesto que, y así lo ha manifestado la Sala, no es posible proceder a la celebración de un contrato que ha tenido falencias en la etapa precontractual, por lo tanto, le corresponde al responsable de la celebración, supervisar que el contrato se ajuste a los principios legales aplicables, antes de comprometer el patrimonio del Estado”. Sobre el particular, en otras decisiones: CSJ SP, 21 junio 2010, rad. 30677, CSJ SP15528-2016, rad. 40383 y por esta Sala, CSJ SEP00065-2019, rad. 41817, CSJ SEP105-2023, rad. 00242 y CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

(...) dicha conducta recae normalmente en cabeza de los representantes legales de las distintas entidades estatales, quienes tienen el deber de ejercer una estricta labor de supervisión, por ser garantes de la legalidad de la contratación estatal, precisamente porque son quienes pueden comprometer su voluntad final con dineros públicos. Por lo tanto, la jurisprudencia ha señalado, que no se trata de una simple firma del contrato, pues no se acepta excusarse en las actividades desarrolladas por su equipo de trabajo.

Es cierto que en la administración pública el cumplimiento de las funciones contractuales reviste complejidad, por ello requiere la concurrencia de varios servidores con la coordinación y dirección del gobernador, cuya tarea no se agota con el examen formal de la actuación sino que requiere el deber de observar, analizar, evaluar y verificar los requisitos legales esenciales de conformidad con los principios de planeación y responsabilidad³³⁶.

Y, lo aquí comprobado es que el acusado intervino directamente en la tramitación de los contratos al decidir que la contratación se realizara directamente, sin que le sea admisible excusarse en sus subalternos ya que creó un riesgo jurídicamente desaprobado al omitir los deberes legales de vigilancia y control, el cual se concretó en el resultado típico de suscribir los 4 contratos ilegales en su trámite sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales que por supuesto sabía no se cumplían, como se explicará más adelante.

Ausencia de control que se refleja en la falta de responsable en la elaboración de los estudios de conveniencia. No basta afirmar que fueron realizados por personal técnico de la secretaría de educación, los que, como ya se vio, no tienen fecha; en la información del formato MGA y de la ficha EBI no

³³⁶ Cfr. CSJ SP682-2022, rad. 59741.

es clara la necesidad y sus causas por ausencia de estudios, y no se estableció cuál era la herramienta idónea para superarla, por consiguiente, no se detallaron técnicamente los libros a adquirir, el valor del contrato fue impuesto por la contratista, no se reparó en que el ICFES tenía publicados en 2010-2011 textos guías para las pruebas de Estado, no se justificó la modalidad de contratación, no se tuvo en cuenta el censo estudiantil, tampoco se permitió la concurrencia de otras empresas, ni se agotaron los análisis para determinar la inexistencia de pluralidad de ofertas; también lo demuestra que las resoluciones que autorizaron la contratación directa no tienen el visto bueno de algún subalterno como garantía de revisión del personal asesor de la oficina jurídica o de su despacho, y que la causal invocada para justificar la contratación directa es indeterminada puesto que en los contratos se aludió a que la contratista aportó el certificado de derechos de autor y el ISBN, sin consignarse dicha circunstancia en los actos administrativos pese a que estos y los contratos se suscribieron en las mismas fechas³³⁷.

Lo anterior corrobora que el exmandatario no implementó ningún control, ni ejerció labores de vigilancia sobre las actividades de sus subalternos, simplemente se limitó a expedir dichas resoluciones y suscribir los contratos.

Ninguno de los servidores de las unidades ejecutoras advirtió las anomalías, lo que denota falta de control y vigilancia, laxitud que también se refleja en el aval dado a los estudios de conveniencia y necesidad y al suscribir los

³³⁷ Cfr. Folios 37 a 40 (27 de enero de 2010); 56 a 59 (30 de junio de 2010); 101 a 105 (5 de abril de 2011); y, 140 a 145 (20 de diciembre de 2011) del cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 1-15.

contratos sin reparo alguno. Es obvio que si el aforado hubiese observado los deberes legales derivados de la desconcentración, habría detectado las evidentes anomalías en el trámite y abstenido de aprobar la modalidad directa y suscribir los contratos.

El trámite se cumplió sin estudios de conveniencia y necesidad y los procedimientos autorizados por el acusado no son más que la mampara para darle visos de legalidad al trámite irregular, evidenciando que no se realizó en los cuatro eventos una evaluación de fondo, imperando la improvisación y la ligereza en la actividad contractual por parte de las secretarías de educación y planeación, de la oficina jurídica y de sus asesores que la adelantaron, vulnerando la ley contractual, ratificada por el acusado al incumplir con su deber de vigilancia y control.

Ahora, si los libros de dicha empresa eran los que servían para solventar la necesidad de la administración ha debido exponerse claramente en los estudios previos, la cual ni siquiera los líderes del proceso contractual estuvieron en condiciones de determinar.

Así, CASTRO TEHERÁN vagamente dijo que los textos adquiridos eran los requeridos por la calidad del papel y porque su “*grupo de amigos técnicos*” concluyeron que eran los mejores, sin explicar las razones de ese aserto ni el nombre de los funcionarios responsables.

GARCÍA DÍAZ³³⁸, no estuvo en condiciones de explicar por

³³⁸ Jefe de la Oficina Jurídica.

qué los textos de esa empresa eran los que se requerían para superar la necesidad a satisfacer, aduciendo que presentó el certificado de derechos de autor, aclarando que su función era solo revisar antes de pasar a la firma del gobernador, en este caso, los estudios previos realizados en las secretarías de educación y planeación.

VERGARA LUNA, asesor de confianza del acusado, reconoció haber dado aval junto a GARCÍA DÍAZ a la etapa precontractual³³⁹, en la cual se determinó que la contratista presentó la certificación de derechos de autor procediendo la contratación directa, aclarando que la secretaria de educación era la responsable de establecer si eran los libros requeridos, conclusión a la que llegó el grupo de expertos y técnicos³⁴⁰.

Es decir, los filtros de revisión previos a la firma del gobernador de los actos administrativos que ordenaron la contratación directa se escudan en el trabajo de CASTRO THERÁN y su grupo de expertos, quienes pasaron inadvertidas las irregularidades, las cuales se detectaban con una revisión desprevénida del acusado.

Es inconcuso que si el enjuiciado participó directamente en la etapa precontractual, no puede excusarse en el principio de confianza, ya que el trámite cursó con notables defectos y pese a ello suscribió las minutas sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales. No puede trasladar la responsabilidad penal a sus subalternos aduciendo que confiaba en que

³³⁹ Cfr. Testimonio de AMAURY ANTONIO VERGARA LUNA. Juicio oral. 26 de octubre de 2022. Record: 1:42:14.

³⁴⁰ Cfr. Testimonio de AMAURY ANTONIO VERGARA LUNA. Juicio oral. 26 de octubre de 2022. Record: 1:57:31.

estaban actuando conforme a la ley, cuando lo que se demostró fue que participó activamente en los trámites plagados de irregularidades evidenciando que se abstuvo de ejercer control y vigilancia sobre ellos, y que firmó los contratos sin constatar que se hubiese adelantado conforme a la ley.

En suma, se probó más allá de toda duda la tipicidad objetiva de la conducta, legitimando a la Sala a que abordé el análisis del tipo subjetivo, descartándose la atipicidad de la conducta propuesta por el acusado:

5. Del tipo subjetivo

Actúa dolosamente quien sabe que está actualizando los elementos del tipo objetivo y quiere su realización³⁴¹.

Sobre su configuración:

(...) Lo esencial, entonces, es demostrar que el sujeto agente sabía que el contrato celebrado adolecía de defectos legales esenciales en su tramitación, celebración o liquidación y, a pesar de ello, voluntariamente decidió seguir adelante³⁴².

En el delito estudiado es menester probar que el aforado sabía: (i) que dentro de sus deberes legales le correspondía vigilar y controlar la función desconcentrada; (ii) que en la tramitación de los contratos se omitió cumplir con las exigencias establecidas en la ley; y (iii) que al suscribir las minutas no constató el cumplimiento de requisitos legales, y finalmente comprobar si voluntariamente se apartó de dichos deberes y consumó los punibles.

³⁴¹ Cfr. CSJ SP682-2022, rad. 59741.

³⁴² Cfr. CSJ AP5791-2015, radicado 46.679.

En primer término, no hay duda que el enjuiciado conocía de las obligaciones que como gobernador debía observar, ya que al momento de suscribir los contratos contaba con no menos de dos años de experiencia en el cargo, en razón a que su periodo inició el 1° de enero de 2008 y culminó el 31 de diciembre de 2011; además, era abogado especialista en gestión pública³⁴³, por lo tanto, sabía que según artículo 305-1 de la Constitución Política de Colombia son atribuciones específicas de los gobernadores cumplir y hacer cumplir la constitución, las leyes, los decretos del gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales, normas que juró cumplir al momento de su posesión.

Además, que le correspondía dirigir y coordinar la acción administrativa, por ende, tenía claro que como representante legal del ente territorial debía asumir la actividad contractual, esto es, dirigir, vigilar y controlar que los trámites cumplieran las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Conocía que en virtud del principio de responsabilidad del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, era su obligación observar los principios de la contratación pública, por consiguiente, que debía tramitar la etapa contractual de acuerdo con la ley y al firmar las minutas verificar que se hubieran observado los requisitos legales esenciales y proteger los intereses de la entidad del contratista y de terceros, ya que la dirección de esa actividad como de los procesos de selección corresponde al jefe

³⁴³ Cfr. Estipulación Probatoria no. 4. También testimonio de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK. 23 de marzo de 2023. Juicio oral. Récord: 15:29.

o representante legal de la entidad territorial.

Asimismo que: *i)* con arreglo al numeral 3° de los artículos 11 y 12 de la Ley 80 de 1993, le concernía dirigir los procesos contractuales y celebrar los negocios jurídicos, atribuciones que podía delegar total o parcialmente y/o desconcentrar y, *ii)* que, por virtud de ello le correspondía ejercer control administrativo, esto es, constatar y asegurar que las actividades y funciones se cumplieran armónicamente con las políticas gubernamentales, los principios descritos en el Estatuto de Contratación Estatal, y los planes y programas departamentales.

En segunda medida, no existe duda que conocía que en la tramitación de los 4 contratos se incumplieron las exigencias establecidas en la ley, no obstante, deliberadamente suscribió las minutas:

(i) Como ya se demostró los estudios previos de conveniencia y necesidad se suscribieron sin fecha, situación admitida por el acusado; no se sabe quién los elaboró, no se hicieron análisis para determinar que la compra de los libros era la solución para la necesidad a satisfacer, por lo tanto, existe indeterminación en las necesidades a satisfacer, no se consultaron a docenes y rectores ni se describió técnicamente el objeto contractual, no se fijaron los precios de los contratos según los de mercado; se pasó por alto que en 2010-2011 estaba publicado en la página web del ICFES textos guías para las prueba de Estado, no se justificó la modalidad de la contratación, el contratista había sido seleccionado con anterioridad al trámite contractual, no se especificó por qué se

descartaron otras alternativas para solucionar la necesidad, y tampoco se dejó constancia en los estudios sobre la inexistencia de pluralidad de oferentes.

(ii) Se soslayó la licitación pública atendiendo la cuantía de cada contrato, se seleccionó el contratista vulnerando los principios de legalidad, publicidad, transparencia y selección objetiva, impidiendo que otras empresas participaran en el proceso contractual. El acusado fue quien ordenó la contratación directa al suscribir las resoluciones justificando el trámite.

(iii) Se sostuvo que no existía pluralidad de oferentes como estrategia para garantizar que LOS TRES EDITORES S.A.S. fuera el único sin agotar la búsqueda en el RUP, excusándose en que tenía los derechos de autor cuando no se hicieron los análisis para determinar que ese era el mecanismo adecuado para satisfacer la necesidad, por consiguiente jamás se describieron los libros, desconociéndose su contenido, metodología y edición, tampoco se demostró en los estudios previos que la contratista era la única persona jurídica que podía proveer los libros.

Pese a las evidentes y notables anomalías en el trámite el acusado decidió suscribir los 4 contratos sin verificar el cumplimiento de requisitos legales, aspectos que se deducen eran conocidos y queridos por él ya que intervino en el trámite, además, siendo tan notorias y groseras no podía pasarlas desapercibidas; y si así ocurrió, fue porque consciente y voluntariamente las prohió.

En efecto, para 2010-2011 no era inexperto en los temas de contratación pública dado que el cargo lo venía ejerciendo desde dos años atrás, es decir, había sobrepasado la mitad del mandato y el último fue entregado 11 días antes de culminar su administración; además, no podía pasar inadvertido que el valor de cada contrato (\$700.000.000, oo; \$700.000.000, oo; \$499.928.000, oo; y \$399.960.000, oo), superaba el límite mínimo para impartir el trámite de la licitación pública (\$334.750.000, oo para 2010 y \$346.125.001, oo en 2011). Información que conocía ya que no era ajeno al presupuesto anual departamental, como lo reconoció³⁴⁴; en consecuencia, sabía que la modalidad de selección del contratista era la licitación pública y no la directa, porque como se demostró tampoco concurría la causal de único oferente.

Además, en su testimonio hizo gala del conocimiento que tenía sobre las etapas precontractual y contractual de los cuatro acuerdos de voluntades, mostrando su experticia en la materia ya que pese a la cuantía insistió en que procedía la contratación directa porque la editorial escogida presentó la certificación de derechos de autor y el ISBN, lo cual era suficiente para él; sin embargo, ignoró que en los estudios previos jamás se comprobó que se hubiese fundamentado que la solución del problema estaba en la compra de los libros, por lo tanto, que no estaba determinado su contenido y menos se fundamentó la procedencia de esa modalidad de contratación:

Cuando la empresa LOS TRES EDITORES presenta su portafolio de servicios, lo hace prevalido de que tenía los derechos de autor y además sus libros estaban en la Cámara de Colombiana del Libro. Eso le daba la prerrogativa para que la administración departamental en cabeza del

³⁴⁴ Cfr. Testimonio de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK. Juicio oral. 23 de marzo de 2023.

*secretario de educación, en uso de sus funciones previamente dijera que esos textos escolares eran los que necesitaba la gobernación de Sucre para mejorar la calidad educativa de nuestros estudiantes y además no era una norma suelta, amparada en el derecho constitucional, en el artículo 61 de la Constitución, desarrollado y amparado en los derechos de autor*³⁴⁵.

No es cierto el argumento esbozado por el enjuiciado consistente en que no podía exigirse que la secretaria de educación buscara otras empresas, porque los documentos presentados por LOS TRES EDITORES S.A.S. indicaban que no podía haber otras casas editoriales que tuvieran los mismos textos con iguales contenidos, cuando estos nunca fueron definidos técnicamente en los estudios previos, ni se agotaron las evaluaciones para demostrar la inexistencia de pluralidad de oferentes, por lo que no se podía considerar como excusa para exigir más propuestas por ser la contratista la propietaria de los derechos autor, porque como ya se vio, ello acreditaba solamente eso pero no que sus libros fueran los requeridos para solucionar la necesidad que originó la contratación, ya que como no se establecieron cuáles eran los idóneos para ello, no podía afirmarse de manera plausible que los suministrados cumplieran con esa propiedad y que la contratista fuera la única editorial que podía proveerlos.

Sobre la particular llama la atención que el rector LUIS EDUARDO SALAS FONTALVO, admitió que para esa época otras editoriales ofrecían textos similares como eran las empresas SANTILLANA, EDUCAR EDITORES y PANAMERICANA³⁴⁶, entre otras, por lo que era fácil deducir que en los estudios previos se debió evaluar qué otras personas

³⁴⁵ Cfr Testimonio de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK. Juicio oral. 23 de marzo de 2023. Record: 32:39.

³⁴⁶ Cfr. Cuaderno de pruebas documentales de la Fiscalía n°. 16 - 18

jurídicas existían en el mercado³⁴⁷, lo cual no se hizo; conocimiento del que no podía ser ajeno al procesado.

Una simple revisión al trámite y a la minuta bastaba para advertir que el monto de cada contrato superaba la menor cuantía; y que el objeto contractual consistía en el suministro de determinadas cantidades de libros con la misma editorial, en consecuencia, que su adquisición debía ceñirse a la licitación y no al de la contratación directa.

Era notoria e incuestionable la indeterminación del objeto a comprar, como la necesidad de contratar, circunstancias que enseñaban a las claras que se trataba de la compraventa de cierta cantidad de textos escolares que exigía la descripción de su contenido y el agotamiento de la búsqueda en el mercado de editoriales que para esas anualidades estuvieran en capacidad de ofrecer el material, según su inscripción en el RUP.

Sin embargo, el procesado no objetó la falta de estudios de mercado y de consultas al RUP, privando a la administración de la oportunidad de conocer otras propuestas diferentes a las de LOS TRES EDITORES S.A.S.

Al autorizar la contratación directa ambiguamente argumentó que ello procedía sin describir las características de los libros, ni señalar los estudios, análisis o evaluaciones realizadas para concluir que esa era la solución que exigía la necesidad, que no existía pluralidad de ofertas, y que los libros de la editorial escogida eran los necesarios para suplir las

³⁴⁷ *Cfr.* Testimonio de LUIS EDUARDO SALAS FONTALVO. Juicio oral. 1° de agosto de 2022. Record: 3:04:36; y 3:06:51.

necesidades.

Si bien se adujo que procedía cuando «...sólo exista una persona que pueda proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser, de acuerdo con la ley, su proveedor exclusivo», no se indicó cuál de estas circunstancias se acreditó en el trámite precontractual, ni argumentó por qué razón se excluyó la causal «cuando no existiere más de una persona inscrita en el RUP», tampoco expresó si se agotó o no la búsqueda de empresas que ofrecieran similares libros; adicionalmente, en los contratos firmados en la misma fecha de los actos administrativos se consignó que LOS TRES EDITORES aportó el certificado de derechos de autor y el ISBN como soporte de la contratación directa, información que no consignó en las Resoluciones n°. 0126 de 27 de enero y 2001 de 30 de junio de 2010 y 1430 y 5760 de 5 de abril y 20 de diciembre de 2011.

Omisión que deja entrever la intención de adjudicar los 4 contratos anticipadamente a LOS TRES EDITORES, simulando el trámite para darle apariencia de legalidad al proceso contractual.

Inadvirtió que el grupo técnico adscrito a las secretarías de educación y planeación departamental y a la oficina jurídica, no revisaron rigurosamente el trámite. Así lo afirmó AMAURY ANTONIO VERGARA LUNA, quien sobre el particular adujo: «revisaba todo documento en materia contractual que tenía que firmar»³⁴⁸, de manera formal porque la obligación de elaborar

³⁴⁸Cfr. Testimonio de AMAURY ANTONIO VERGARA LUNA. Juicio oral. 26 de octubre de 2022 Record: 1:39:26.

los estudios previos era de la secretaría de educación, sin embargo, lo que devela el trámite es que tal control no se adelantó, ya que se dejaron pasar las irregularidades hasta lograr la firma de los contratos.

Para la Sala, se itera, la simple revisión de los supuestos estudios de conveniencia y oportunidad de los formatos MGA y fichas EBI le bastaba para percatarse que no hubo estudios previos, que la necesidad, su causa y el objeto contractual eran indeterminados, que no se había establecido cuál era la solución real para el problema ni se consultó a los docentes y/o rectores sobre las necesidades de la compra y sus posibles soluciones, que no se tuvo en cuenta el censo estudiantil, que el valor de los negocios jurídicos obligaba a realizar licitación pública en cada uno, que el valor de los contratos se obtuvo de multiplicar el número de libros con el valor propuesto por la editorial favorecida; todo lo cual le indicaba claramente la imposibilidad de firmar los contratos, sin embargo, procedió a ello de manera inexplicable.

Al avalar la ambigüedad de los estudios previos con las anomalías advertidas e incumpléndose el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, no hizo más que ratificar que conocía que la modalidad escogida para adelantar el proceso de contratación no era la correcta, no obstante, consintió que se adelantara con la inobservancia de los requisitos esenciales previstos para la licitación pública en los artículos 24, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.

Las pruebas demuestran que las propuestas que presentó LOS TRES EDITORES S.A.S. no tenían como finalidad

favorecer el interés general, sino que fueron un eslabón de la cadena de irregularidades para dar la apariencia de legalidad al proceso contractual, pues en realidad el oferente ya estaba seleccionado de antemano.

No reparó, algo tan notorio y de bulto como que las resoluciones que habilitaron la contratación directa se expidieran el mismo día de la suscripción de los contratos, lo que denotaba el afán de terminar el ilegal proceso de contratación.

Hechos que ponen en evidencia el acelerado proceso ya que en un mismo día se autorizó la contratación directa y se firmaron los contratos, amén de la forma irregular como se tramitó la etapa precontractual y la selección del contratista; circunstancia que denotan que todo ello se hizo con el conocimiento del aforado.

De la valoración en conjunto del caudal probatorio se concluye que el aforado desde el inicio del trámite tuvo el propósito de favorecer a LOS TRES EDITORES, puesto que permitió un procedimiento precontractual adaptado a los intereses de la contratista. Como cabeza de la administración le correspondía constar que el trámite para la adjudicación de los contratos se cumpliera con observancia de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Tenía la obligación de informarse sobre el desarrollo de las fases contractuales adelantadas en su etapa previa por las secretarías de educación y planeación e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones desconcentradas.

Conocía el reglamento de trámites internos contractuales previsto en el manual de contratación que bajo su administración implementó, pues durante el periodo 2008-2011 lo reformó con el propósito de garantizar la aplicación de los principios de la función administrativa a la actividad contractual (Decretos 0052 de 16 de enero y 0805 de 18 de julio de 2008; 0814 de 21 de julio de 2008; y 0809 de 29 de mayo de 2009), por tanto, era consciente que pese a que estaba desconcentrado el trámite en otros servidores públicos era su deber dirigir, vigilar y controlar los procesos contractuales y celebrar los contratos, sin embargo, los pasó por alto.

Con voluntad se apartó de los deberes propios de su cargo y consumó el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues no hay explicación para no percatarse de las anomalías presentadas en la etapa precontractual y al momento de suscribir los contratos si no es porque se prestó para ello, se itera, ya que de haber realizado la revisión correspondiente así fuera de manera aleatoria y desprevenida, habría detectado las anomalías.

Ahora, no es posible invocar el principio de confianza, quien no se comporta conforme a la ley y realiza la conducta reprochada³⁴⁹. No procede como excusa para descartar el riesgo permitido cuando el acusado, como aquí ocurrió, es correalizador del comportamiento lesivo ya que no puede exigir de otros una actuación debida cuando él mismo participa en ella, esto es, la creación del riesgo para el bien jurídico tutelado³⁵⁰:

³⁴⁹ Cfr. CSJ SP153-2017, rad. 47100.

³⁵⁰ Cfr. CSJ SP153-2017, rad. 47100.

*El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro*³⁵¹.

Criterio fundamentado en el principio de autorresponsabilidad ya que dentro de ese ámbito cada uno se limita a su propia conducta, de tal suerte que el compromiso deducido al aforado deriva de su comportamiento, sin que a ella se extienda como forma de responsabilidad la reprochada a otros servidores públicos que participaron en el trámite y dieron su aval, antes de la suscripción de los acuerdos de voluntades.

Lo relevante es que el acusado era el jefe de la administración, la primera autoridad del departamento y el ordenador del gasto, condición en la cual de manera libre y voluntaria, conociendo las implicaciones de su actuar participó en el trámite con violación de los requisitos legales esenciales y los celebró sin verificar su cumplimiento, con lo cual creó el riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en la firma de 4 contratos ilegales sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en su trámite.

Así las cosas, se demostró el actuar doloso del entonces gobernador en el trámite y celebración de los contratos con transgresión de los principios de legalidad, planeación,

³⁵¹ Cfr. CSJ SP153-2017, rad. 47100. Se citó: “BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*, en: *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima, Grijley, 2002, p.291”. También: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El Principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas*. Revista Universidad Externado de Colombia. Vol. 21, número 629, 2000. También en: <https://revistas.uextgernado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1113>. Consultada: 28 de febrero de 2024.

publicidad, transparencia y selección objetiva, de forma deliberada.

La defensa material en el alegato final planteó que el acusado tramitó y celebró los contratos, convencido que se cumplieron los requisitos esenciales, es decir bajo la supuesta concurrencia de un error de tipo.

Sobre esta figura la jurisprudencia ha dicho:

(...) encuentra configuración cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, y, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia de conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la definición comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción del delito de que se participe, conduciría a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de una conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error de tipo como motivo de inculpabilidad que rechaza el dolo, según la ubicación sistemática de esta causal en uno u otro estatuto³⁵².

Para la defensa, entonces, el aforado tuvo una representación equivocada de la realidad, aunado al hecho de que confiaba en sus subalternos.

Sin embargo, no contempló que para la configuración de este error debe probar la ausencia de dolo, lo cual no hizo en el juicio dado que como se acreditó BARRAZA FARAK tuvo conocimiento y voluntad de actualizar los elementos del tipo objetivo al intervenir directamente en el trámite y celebración de los contratos. Adicionalmente, se probó la alta instrucción del acusado, por lo que no podía desconocer los requisitos legales esenciales y verificar su cumplimiento, máxime que

³⁵² Cfr. CSJ SP, 2 mayo 2012, rad. 37518.

como abogado conoce de la contratación y la cuantía de contratación, como se acreditó en su testimonio.

En conclusión, para la Sala está plenamente demostrado que el exgobernador actuó con conocimiento y voluntad (elementos cognoscitivo y volitivo), por lo tanto, quiso y realizó el delito descrito en el artículo 410 del Código Penal como contrato sin cumplimiento de requisitos legales en los 4 eventos, en concurso homogéneo y sucesivo.

6. Antijuricidad

El artículo 11 de la Ley 599 de 2000, establece que una conducta típica requiere, además, que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado.

En el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en relación con la antijuricidad, lo reprobable es la voluntad de hacer prevalecer el interés particular sobre el general, contraviniendo los principios y fines que rigen la administración pública³⁵³.

La función pública es el conjunto de actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público, destinada a alcanzar los fines esenciales consagrados en la Constitución Política, esto es, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes superiores, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, por lo tanto, el apego de los

³⁵³ Cfr. CSJ SP4134-2016, rad. 42001.

servidores estatales a la legalidad es uno de los pilares fundamentales.

El artículo 6° Superior, respecto a la responsabilidad jurídica de los funcionarios públicos establece que deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución y la ley, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, concordante con el artículo 122 *ibidem* al consagrar que no habrá cargo o empleo público sin funciones previamente establecidas.

Esta Corporación ha dicho que:

(...) al elevar la administración pública a la categoría de bien jurídico que debe tutelar el derecho penal, el legislador pretende generar confianza en el conglomerado para que acudan a los procedimientos institucionales en aras de resolver los conflictos que surjan entre ellos, en el entendido de que encontrarán trámites y soluciones correctos, tras los cuales, el representante estatal entregará a cada quien, en forma justa, equitativa, lo que le corresponde³⁵⁴.

La confianza ciudadana en la administración pública, bien jurídico a través del cual se protege el interés general y los principios de igualdad, transparencia, imparcialidad, economía y objetividad en la función pública fue lesionada, máxime que al representante de la entidad se le asignan deberes en relación con la contratación, como garante del cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Para la materialización de la antijuridicidad no basta que se satisfaga formalmente, esto es, la mera contradicción entre la norma jurídica y la conducta del sujeto activo, sino que

³⁵⁴ Cfr. CSJ, SP7584-2015, rad. 45622 y CSJ, SP, SP1461-2014, rad. 42501.

correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección, es decir, debe configurarse la antijuridicidad material de la cual se deriva el principio de lesividad.

En el caso presente la conducta endilgada al procesado además de típica es antijurídica en tanto que su proceder de manera real y efectiva, sin existir una causal de justificación demostrada, lesionó el bien jurídico de la administración pública al vulnerar los principios de legalidad, planeación, transparencia, selección objetiva y responsabilidad, que se le imponía proteger en el trámite precontractual y contractual.

Mandatos de optimización que constituyen requisitos esenciales aplicables sin excepción a todos los contratos que celebre el Estado, pues propenden por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, la moralidad e imparcialidad que integran la función pública (art. 209 Carta Política), los que fueron desconocidos conforme lo demostrado.

No hay duda que el comportamiento de BARRAZA FARAK es opuesto a los intereses de la sociedad en cuanto mancilló materialmente los principios rectores de la contratación y de la función pública, traducidos en reglas y exigencias de carácter legal de inexorable cumplimiento.

Con su actuar menoscabó la confianza general de la sociedad en la vigencia de las normas, las cuales fueron burladas en detrimento del interés general.

7. Culpabilidad

La defensa no planteó que el acusado al momento de ejecutar las conductas típicas y antijurídicas careciera de la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estado similares³⁵⁵. El procesado además de conocer que estaba actualizando los elementos estructurales del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sabía que se comportaba antijurídicamente sin concurrir en su favor causal eximente de responsabilidad.

Al suscribir los 4 contratos mediante contratación directa, lo hizo en pleno uso de sus facultades mentales desacatando las reglas de la contratación estatal, pudiendo actuar con apego a la legalidad de acuerdo con los fines de la función pública citados.

Obsérvese que es un profesional en derecho, especialista en gestión pública, que conoce la figura de la desconcentración de funciones en razón a la capacitación y ejercicio de sus atribuciones públicas como gobernador por espacio de algo más de tres años para la época de los hechos (2010-2011), por lo que estaba en capacidad de comprender la ilicitud y de actuar conforme a ella, es decir, era imputable como lo exige el artículo 33 del Código Penal.

Demostrada más allá de toda duda la tipicidad de la

³⁵⁵ ARTÍCULO 33. INIMPUTABILIDAD. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 2098 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad, deviene incuestionable la responsabilidad penal del doctor JORGE CARLOS BARRAZA FARAK como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales al suscribir los 4 contratos, en concurso homogéneo sucesivo.

8. Respuesta a otros argumentos de las partes e intervinientes

1. Si bien en el alegato final la fiscalía adujo que los contratos fueron parcelados, la Sala considera que ello no vulnera el principio de congruencia pues sin consideración a la suma de los cuatro contratos, cada uno debía regirse por licitación pública ya que la cuantía individual superó la menor cuantía como se demostró, observándose que el ente fiscal utilizó dicha expresión coloquialmente puesto que pidió condena por un concurso homogéneos de delitos, conductas a las que se refirió individualmente en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, quedando claro que fueron cuatro los contratos sin cumplimiento de requisitos legales cometidos.

Contrario, a lo que alega la defensa, dicha expresión no significa la atribución de la figura de fraccionamiento de contratos, el cual nunca fue imputado pues los cargos en cada trámite contractual consistieron en que no se elaboraron unos adecuados estudios previos, sin cuestionar la calidad de los libros sino que nunca se justificó la razón por la cual los libros ofertados por la contratista eran los requeridos por la entidad, lo que ocasionó la incorrecta selección del contratista que debió hacerse por licitación pública y no directamente; y pese a lo evidente, BARRAZA FARAK avaló el trámite y suscribió los

contratos sin verificar el cumplimiento de requisitos legales, como en efecto se condenó.

2. En la acusación se señaló que BARRAZA FARAK debía constatar el cumplimiento de los artículos 2°, 12, 68, 71, 110, 111, 112 y 113 del Decreto 111 de 1996³⁵⁶, los cuales en criterio de la fiscalía establecen el proceso de la elaboración del contrato estatal; sin embargo, estas normas corresponden a reglas sobre la ejecución del presupuesto y de la responsabilidad fiscal de los ordenadores del gasto, enunciadas genéricamente sin indicar por qué razón constituían requisitos esenciales. Para la Sala es claro que además de no haberse imputado irregularidades presupuestales, la fiscalía soslayó que en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales no *“basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que “...es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador”*³⁵⁷.

De otra parte, se estipuló la existencia de los certificados de disponibilidad presupuestal, de los registros presupuestales, de los valores pagados a la contratista³⁵⁸ y la inscripción en el banco de programas y proyectos del departamento de cada acuerdo de voluntades³⁵⁹, lo cual desvirtúa la transgresión a esa normatividad.

³⁵⁶ Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

³⁵⁷ Cfr. CSJ SP 7322-2017, rad. 49819, citando “CSJ. SP, may. 20 de 2009, rad. 31654”.

³⁵⁸ Cfr. Estipulaciones n°. 11, 12, 14, 18, 21, 30, 33, 34, 44, 45 y 49.

³⁵⁹ Cfr. Cuaderno de pruebas documentales de la defensa.

3. La fiscalía además argumentó que los resultados de la evaluación educativa del departamento de Sucre y el promedio nacional, expedidos por la dirección de calidad para la educación preescolar básica y media del MEN, respecto de “*las pruebas SABER de los grados 3, 5 y 9-2013 y el examen de Estado ICFES-SABER 11 °-2013*”³⁶⁰, acreditan que con los libros adquiridos no se mejoró el desempeño de los estudiantes; empero, para la Sala dicha documentación es insuficiente como lo afirma la defensa, ya que se debió aportar los resultados de las instituciones beneficiadas con los contratos del periodo 2009-2013, es decir, antes y después de la suscripción de estos para así evaluar la mejoría de los estudiantes, ya que como lo afirmó la doctora MÓNICA FIGUEROA DORADO, directora nacional de esa dependencia, los avances respecto de las estrategias implementadas por la entidad territorial se observaban cuatro años después.

Mismo defecto de la certificación expedida por la secretaría de educación de Sucre respecto a las pruebas SABER 11 aportada por la defensa, en la que se señaló que aunque los resultados del departamento estuvieron por debajo de los promedios nacionales en todas las áreas evaluadas, a partir de 2010 hubo mejoría en ciertos campos ya que no se discriminaron los resultados de los colegios oficiales favorecidos con los libros³⁶¹.

4. La defensa señaló que la fiscalía en sus alegatos finales aludió a un CD que en su criterio no hace parte de la actuación, lo que afecta su derecho de defensa y la legalidad del trámite,

³⁶⁰ Cfr. Folios 146 a 153 del cuaderno de prueba documental de la Fiscalía 16-18.

³⁶¹ Cfr. Prueba documental de la defensa. Certificación de 12 de octubre de 2018.

sin embargo, salta a la vista la descontextualización de la apreciación porque un simple seguimiento a la numeración de la prueba documental allegada corrobora que el ente de investigación valoró documentos descubiertos, enunciados, solicitados, decretados e incorporados al juicio oral, por lo tanto, no existe vulneración a garantías fundamentales.

5. Respecto a la crítica del defensor acerca de las normas penales en blanco, las que en su criterio deben ser reglas y no principios, la Sala considera que es un debate superado porque si bien para la actualización del ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales respecto de sus ingredientes normativos remite a otras normas del ordenamiento jurídico, verbi gracia el estatuto general de la contratación estatal (Ley 80 de 1993) y sus decretos reglamentarios, estos completan la descripción típica de conformidad con la línea jurisprudencial de esta Corte, normas plasmadas en el cuerpo de esta sentencia como vulneradas en el caso de estudio³⁶².

De otra parte, la interpretación particular que hace la defensa del contenido del artículo 410 del Código Penal, no desvirtúa la tipicidad del delito.

6. Respecto al argumento defensivo relativo a que la actuación penal debe seguir el mismo camino de los procesos disciplinario y fiscal en los cuales se absolvió al acusado, la Sala reitera que la exoneración en ellos no significa *ipso facto* la ausencia de la responsabilidad penal ya que dichas acciones no guardan relación procesal ni material con el objeto, procedimiento y consecuencias del proceso penal.

³⁶² Cfr. Línea contenida en CSJ, SP3478-2021, rad. 53219, entre otras.

La acción disciplinaria se produce dentro de las relaciones de subordinación entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se activa por el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, etc., y su finalidad es garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio de la entidad pública³⁶³. La acción de responsabilidad fiscal no tiene carácter sancionatorio ni penal sino resarcitorio como consecuencia del daño patrimonial causado a los dineros públicos por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros³⁶⁴. Por su parte, la acción penal busca preservar bienes más amplios, derivados de intereses individuales, sociales, estatales, ambientales, entre otros³⁶⁵.

Por ende, los fallos de la procuraduría y la contraloría a favor del acusado no tienen ningún efecto para desvirtuar la vulneración de los requisitos legales esenciales así en dichas actuaciones se asegure que la contratista demostró los derechos de autor de los libros o que los precios estaban por debajo de los del sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal (SICE), circunstancia que no se plasmó en los estudios previos³⁶⁶. Si bien el SICE es una herramienta

³⁶³ Cfr. CE, rad. 760012331000200500266 (1710-2009). 22 de marzo 2012. Sección Segunda, Subsección A.

³⁶⁴ Cfr. CE, rad. 68001-23-31-000-2010-00706-01. Sección Primera, 16 de marzo de 2017. Artículo 4° de la Ley 610 de 2000.

³⁶⁵ Cfr. CSJ AP1023-2020, rad. 56642.

³⁶⁶ Artículo 2 de la Resolución n°. 5313 de 2002: El SICE se definió como “un sistema de información, ordenación y control a cargo de la Contraloría General de la República, que integra todas las cifras del proceso de contratación estatal, con el fin de confrontarlas en línea y en tiempo real con los precios de referencia que posee la central de información, garantizando una contratación sin detrimento de los recursos del Estado”, cuya pretensión principal ha sido integrar todo los datos relevantes del proceso de contratación estatal, permitiendo su autorregulación, control institucional y publicidad de las operaciones”. Cfr.

para la lucha contra la corrupción derivada de los sobrepuestos, en la acusación no se esgrimieron sobrecosto.

7. El reparo de la defensa sobre la posición del apoderado del departamento de coadyuvar la solicitud de condena de la fiscalía porque no se demostró el daño patrimonial, desconoce que su intervención no está condicionada a la acreditación del sobrepuesto de los contratos, puesto que el delito es autónomo e independiente del peculado por apropiación, aunque pueden concurrir en concurso heterogéneo o en una relación de medio a fin, ello no significa que la materialización del primero necesariamente conduzca al segundo³⁶⁷.

Además, el ilícito se configura por el simple hecho de tramitar, celebrar o liquidar el contrato sin acatar los principios y normas constitucionales y legales que rigen la contratación estatal, puesto que el objeto de protección es el principio de legalidad cuyo quebrantamiento estructura objetivamente ese tipo penal pese a que el resultado práctico del contrato sea beneficioso para la administración y/o desventajoso económicamente para el contratista³⁶⁸.

8. La defensa no puede fundamentar la petición de absolución en los presupuestos contenidos en CSJ SEP-2021, rad. 49599, porque no existe analogía fáctica en tanto allí se demostró la delegación de funciones de los acusados quienes no intervinieron en el trámite con la expedición de actos administrativos ordenando la contratación bajo cierta

SOBREPUESTOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL (urosario.edu.co). Consultada: 14 de marzo de 2024.

³⁶⁷ Cfr. CSJ SP2705-2018, rad. 51574.

³⁶⁸ Cfr. CSJ AP241-2017, rad. 48134.

modalidad como ocurrió en el presente evento, amén de demostrarse allí falencias investigativas que no se observan en este caso, por lo tanto, no puede exigir a manera de ejemplo la acreditación de la coautoría impropia, situación no prevista en la acusación.

9. Las extensas jornadas laborales del acusado desde las 5:00 a.m. hasta altas horas de la noche, por sí no pueden excusar la vulneración de los requisitos legales esenciales como tampoco la carga laboral de las gobernaciones.

9. De las penas.

9.1. De la pena de prisión

El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, modificado por el 14 de la Ley 890 de 2004, contiene un marco punitivo de 64 a 216 meses de prisión, lo que significa que el ámbito de movilidad es de 38 meses³⁶⁹. Los cuartos son: el primero oscila entre 64 y 102 meses, los dos medios de 102 meses más un día a 140 meses y de 140 meses más un día a 178 meses, y el máximo de 178 meses más un día a 216 meses de prisión.

En este asunto, la Fiscalía no le imputó al aforado circunstancias de mayor punibilidad pero sí le reconoció la carencia de antecedentes penales³⁷⁰, en consecuencia, se acredita la causal de menor punibilidad consagrada en el artículo 55-1 del Código Penal.

³⁶⁹ Cada cuarto es de 38 meses (152 dividido en 4).

³⁷⁰ Cfr. Estipulación n°. 3.

A continuación, la Sala debe ubicar el cuarto de movilidad en que ha de establecerse la pena a imponer atendiendo los criterios previstos en el inciso 2° del artículo 61 del Código Penal, y como en este caso solo concurre una circunstancia de menor punibilidad, la pena se fijará dentro del cuarto mínimo.

No partirá del mínimo sino que al extremo inferior le agregará 3 meses³⁷¹, lo que arroja 67 meses teniendo en cuenta los criterios previstos en el numeral 3° del artículo 61 del Código Penal, de cara a las particularidades que rodearon la ejecución de la conducta³⁷².

Ahora bien, con la jurisprudencia vigente, no es necesario analizar de manera pormenorizada todos y cada uno de sus factores, ya que el juez de acuerdo con las peculiaridades de cada caso puede destacar la importancia de uno por encima de otro³⁷³.

En ese orden, es incuestionable la gravedad del daño causado al bien jurídico ya que al tramitar y al suscribir los acuerdos de voluntades el procesado favoreció intereses particulares, el dolo en su actuar fue de gran entidad ya que siendo gobernador y dada su experiencia en otros cargos públicos y su conocimiento en materia contractual sabía cómo debía proceder, lo que amerita mayor reproche dado que la sociedad esperaba un comportamiento de respeto a la normatividad, máxime que se simuló un trámite que favorecía a comunidades estudiantiles vulnerables; BARRAZA FARAK

³⁷¹ Es decir, el 7, 89% del cuarto de movilidad (38 meses).

³⁷² Cfr. CSJ SP 2239 de 201, rad. No. 45099; y, CSJ SP 30 ab. 2014, rad. 41350, entre otras.

³⁷³ CSJ SP 2239-2015, rad. 45099, citada en CSJ SEP078-2020, rad. 49761; y, CSJ SP-5420-2014, rad. 41350.

jugó un rol protagónico en cada fase del recorrido criminal convirtiéndose en el eslabón fundamental del delito, pues intervino en la etapa previa, autorizó la modalidad de la contratación y suscribió los contratos sin verificar que vulneraban los requisitos legales esenciales, con el propósito de favorecer a la editorial seleccionada, dado que aparentó un trámite con una sola propuesta, como quiera que no se convocó a otras empresas dedicadas a la edición y comercialización de libros, por tanto, la excusa sobre la inexistencia de pluralidad de ofertas fue el pretexto para impedir que otras personas naturales y jurídicas participaran en el proceso; modus operandi que repitió en los cuatro eventos.

De acuerdo con los fines de la pena, el monto de la sanción fijada es proporcional y con ella se persigue que el acusado se resocialice y no vuelva a incurrir en conductas descritas en el Código Penal, castigo que permitirá la recuperación de la confianza ciudadana en la judicatura.

Atendiendo el concurso de conductas punibles previsto en el artículo 31 del Código Penal, este monto se incrementará en 3 meses por cada una de ellas que corresponde al 4,47% del máximo imponible (67 meses), y al ser tres estas ascienden a 9 meses, que sumados a los 67 arrojan un total de 76 meses de prisión.

9.2. Pena de multa

El artículo 410 del Código Penal señala una multa de 66.66 a 300 s.m.l.m.v., por lo que el ámbito de movilidad es de

58,33 s.m.l.m.v.³⁷⁴, en consecuencia, el primer cuarto va de 66,66 a 124,99 s.m.l.m.v., el segundo de 125 a 183,33 s.m.l.m.v., el tercero de 183,34 a 241,67 s.m.l.m.v., y el último de 241,68 a 300 s.m.l.m.v.

Tomando en consideración las mismas razones expuestas para la pena de prisión y los parámetros previstos en el artículo 39-3 del Código Penal tales como el grave daño causado con la irregular contratación, la ostensible actitud dolosa del procesado, y su situación económica deducida de sus ingresos actuales como litigante en los últimos 5 años, la Sala con igual raciocinio y proporción que dedujo para la pena de prisión (del ámbito de movilidad de 38 meses tomaron 3 meses que equivale al 7,89%), a los 58,33 s.m.l.m.v. que constituyen el cuarto de movilidad de la multa aplica 7,89%, lo que arroja un resultado de 4,60 s.m.l.m.v., quedando la sanción en 71,26 s.m.l.m.v., para el primer delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En relación con los tres restantes punibles, atendiendo lo dispuesto por el artículo 39-4 del Código Penal, se suman las multas arrojando 71,26 s.m.l.m.v. por cada uno, las que dan una multa total de 285,04 s.m.l.m.v.³⁷⁵.

Valor que se debe consignar a nombre del Ministerio de Justicia y del Derecho según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 6 de la Ley 2197 de 2022.

³⁷⁴ Cada cuarto es 58.33 (233.34 dividido en 4).

³⁷⁵ Adicionados los montos correspondientes a los 4 delitos (71,26 s.m.l.m.v., por 4).

9.3. Pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

El artículo 410 del Código Penal, prevé una pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de 80 a 216 meses, en consecuencia, el ámbito de movilidad es de 34 meses³⁷⁶, los cuartos van: de 80 a 114 meses, de 114 meses más un día a 148 meses, de 148 meses más un día a 182 meses, y de 182 meses más un día a 216 meses.

Ahora, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el aludido artículo 61 y reseñados al momento de tasar la pena de prisión, para determinar la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la Sala se debe situar en el mínimo del primer cuarto³⁷⁷ y en consideración a las circunstancias anteriores y la proporción aplicada para la pena de prisión de 7,89%, es decir, 2,68 meses³⁷⁸, impondrá por este delito 82,68 meses.

Para los tres delitos restantes aplicará el 4,47 %³⁷⁹ de la pena impuesta de 82,68 meses de inhabilitación para el primer evento, lo que equivale a 3,69 meses³⁸⁰, y por los tres restantes asciende a 11,07 meses que agregados a los 82,68 meses arroja como pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y

³⁷⁶ Cada cuarto es de 34 meses (136 dividido en 4).

³⁷⁷ 80 meses.

³⁷⁸ 34 meses X 7,89/100. La operación da 2,68 meses.

³⁷⁹ 3 X 100/67. La operación da 4,47%. Porcentaje aplicado a cada evento concursal respecto de la pena de prisión.

³⁸⁰ 82,68 meses X 4,47%/100. La operación da 3,69 meses.

funciones públicas 93,75 meses³⁸¹, equivalentes a 93 meses y 22 días.

9.4. De los mecanismos sustitutivos de ejecución de la pena privativa de la libertad

Tratándose de delitos cometidos contra la administración pública, el artículo 68A del Código Penal prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Como tal preceptiva fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011, 1709 de 2014 y 1773 de 2016, vigentes con posterioridad a la fecha de los tres primeros contratos (27 de enero y 30 de junio de 2010, y 5 de abril de 2011), no puede ser aplicada, por consiguiente, el estudio de los subrogados penales se hará de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos³⁸². Respecto del cuarto contrato, suscrito el 20 de diciembre de 2011, luego de la vigencia de las Leyes 1453 y 1474 de 2011, se tiene que estas prohibieron beneficios y subrogados penales para quienes hayan sido condenados por delitos contra la administración pública, restricción también contemplada en la Ley 1709 de 2014.

9.5. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal de 2000 original, tiene previsto que la ejecución de la pena privativa de la libertad se

³⁸¹ Resultado de sumar 82,68 meses del primer delito la cifra de 11,07 meses de los tres delitos restantes.

³⁸² Cfr. CSJ SP1785-2019, rad. Radicado 55124.

suspenderá por un periodo de 2 a 5 años siempre que la sanción de prisión impuesta no exceda de 3 años. Conforme a dicho mandato se descarta la posibilidad de otorgar tal mecanismo sustitutivo al aforado JORGE CARLOS BARRAZA FARAK, en tanto la pena asignada supera ostensiblemente esa cifra.

9.6. De la prisión domiciliaria

El artículo 38 de la Ley 599 de 2000, vigente para la época de los hechos³⁸³, prevé que *«la ejecución privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos»:*

1. *Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*

2. *Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*

3. *Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

1) *Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.*

2) *Observar buena conducta.*

3) *Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.*

4) *Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.*

³⁸³ Modificado por la Ley 1142 de 2007.

5) *Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.*

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.»

Instituto que fue modificado por las Leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1709 de 2014, excluyendo la concesión de los subrogados penales a los delitos dolosos contra la administración pública, inciso 2° del artículo 68 A. Aun cuando la actual legislación (artículo 38 B) contiene un requisito objetivo más favorable para los intereses del procesado (8 años)³⁸⁴, lo cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68^a, por consiguiente, la concesión de este subrogado se analizará de cara a lo previsto en el original artículo 38 de la Ley 599 de 2000³⁸⁵.

En efecto, esta normativa exige la concurrencia de dos requisitos. El objetivo demanda que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos teniendo en cuenta todas las

³⁸⁴ Aplicable al contrato suscrito el 20 de diciembre de 2011.

³⁸⁵ Modificado por la Ley 1142 de 2007.

circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad³⁸⁶.

En este caso, este presupuesto no concurre porque el punible por el cual será condenado el aforado contempla como pena mínima 64 meses de prisión, monto superior al fijado por la normatividad, lo que de contera descarta el análisis del elemento subjetivo, en consecuencia, no se accederá a la petición elevada por el defensor en la audiencia de individualización de pena de ponderar, para estos efectos, la historia de vida, el arraigo y las condiciones personales, familiares, laborales y profesionales del procesado, porque ello no es posible en virtud de que no concurre en su favor el elemento objetivo.

10. De la orden de captura

Conforme al artículo 450 de la Ley 906 de 2004, si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se encuentra privado de la libertad, el funcionario judicial podrá disponer que continúe en ese estado hasta el momento de dictar la sentencia formal, sin embargo, si la detención es necesaria, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento. Así mismo, tiene la potestad de decidir si al momento de dictar el sentido del fallo verifica o no si es necesaria la ejecución de la pena, o deja para hacerlo en el fallo propiamente dicho.

³⁸⁶ Cfr. CSJ. SP18912-2017, Rad. 46930.

Desde esa perspectiva, examinando la constitucionalidad del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional en la sentencia C-342-2017 sostuvo que la expresión «*si la detención es necesaria*» se refiere «*a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal*» y no a los que se exigen en el momento de imponer la medida de aseguramiento, los cuales distan de los que se analizan para el cumplimiento del fallo condenatorio³⁸⁷.

Y, en la sentencia de tutela de segunda instancia STP8591-2023, la Sala de Casación Penal mayoritaria reiteró su jurisprudencia respecto a que la privación de la libertad ordenada en el sentido del fallo o en la sentencia, debe ser la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de necesidad:

Para ilustrar esto, y es importante destacarlo, en el auto CSJ AP853-2021, reafirmando lo dispuesto en el proveído CSJ AP4711-2017, señaló:

A propósito del alcance dado a los artículos 299 y 450 de la Ley 906 de 2004, se impone recordar lo ya explicado por la Sala en el sentido que, una vez anunciado el sentido del fallo o proferida la sentencia condenatoria de primera instancia, la privación de la libertad que surge en dichos estancos procesales no es una «medida cautelar» de detención preventiva, como lo asegura el procesado en el recurso de apelación que aquí se resuelve, sino la consecuencia del cumplimiento del presupuesto de necesidad.

En CSJ AP4711-2017, 24 de jul. 2017, rad. 49734, la Corte precisó que en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo condenatorio [Art. 154.8 Ley 906 de 2004], pues allí el juez debe hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, de ser necesario.

³⁸⁷ Cfr. CSJ SEP0011-2024, rad. 50618.

Basta lo anterior para concluir, como es evidente, que la aprehensión de una persona que no se encuentra privada de la libertad al momento de anunciar un sentido condenatorio del fallo no responde a un imperativo inquebrantable, sino más bien a uno facultativo. Esto es, si el juez estima que la privación de la libertad es necesaria, tomará la decisión de dictar una orden de encarcelamiento en ese instante. Por el contrario, podría hacerlo en la sentencia escrita. En este último escenario, como atrás se dijo, el juez no sólo tiene la responsabilidad de imponer la pena, sino también de decidir sobre el estado de libertad del acusado, ponderando especialmente la posibilidad o la denegación de sustitutos y subrogados penales.

La Sala Mayoritaria hasta este momento³⁸⁸, compartiendo el criterio de la Sala de Casación Penal viene sosteniendo que el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 faculta al juez para decidir si ejecuta inmediatamente la pena disponiendo la captura del procesado en el sentido del fallo o en la sentencia, si al sopesar las circunstancias de mayor y menor punibilidad concurrentes y la concesión o no de los subrogados penales, atendiendo los fines de la pena de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado concluye que es necesario que empiece a purgar la pena de prisión intramural³⁸⁹, y no con los de la medida de aseguramiento.

Empero, como recientemente la Corte Constitucional en decisión de la cual se conoce el comunicado de prensa³⁹⁰ ratifica que el juez debe decidir en el sentido del fallo o con la sentencia de manera motivada cuando es necesario privar inmediatamente de la libertad al condenado teniendo en cuenta, además, las circunstancias de mayor o menor punibilidad, los subrogados penales, y otros elementos, entre

³⁸⁸ Cfr. CSJ AEP123-2023, rad. 50618.

³⁸⁹ Cfr. CC C-342-2017; CSJ STP8591-2023, rad. 130847.

³⁹⁰ Cfr. CC T-9.640.022 AC.

estos, el arraigo social, su comportamiento procesal y los antecedentes.

La Sala para determinar si es necesario librar orden de captura inmediata, sopesará a continuación la circunstancia de menor punibilidad reconocida en la sentencia (artículo 54 CP), los subrogados penales (38, 63 y 68 A, *ibidem*), el arraigo social y el comportamiento procesal del acusado, de cara a las particularidades que rodearon la comisión de las conductas punibles por las que será condenado, teniendo en consideración los fines de la pena, y que como lo sostiene la jurisprudencia el principio de presunción de inocencia en este caso no resulta cercenado pues se encuentra desvirtuado con la condena de primera instancia y la ponderación de necesidad de que empiece a cumplir la pena de prisión en la cárcel³⁹¹.

Pues bien, como ya se estudió, al condenado se le reconoció la circunstancia de menor punibilidad de ausencia de antecedentes penales, sin concurrir ninguna de mayor punibilidad.

También se evaluó y decidió que no se hace merecedor a la condena de ejecución, ni a la prisión domiciliaria porque en ninguno de los dos casos converge el requisito objetivo, razón por la cual no se abordó el subjetivo.

Si bien en la audiencia el artículo 447 *ibidem* la defensa acreditó el arraigo social y familiar³⁹² de BARRAZA FARAK ya

³⁹¹ Cfr. CC C-342-2017; CSJ AP4711-2017, rad. 49734; CSJ AP2548-2021, rad. 56139; CSJ AP853-2021, rad. 58865, entre otras.

³⁹² Cfr. CSJ SP592-2022, rad. 50621. El arraigo familiar y social es un “...aspecto que, como lo ha dicho la Corte, se relaciona con la existencia de un vínculo objetivo del

que reside en Sincelejo, sitio de su actividad laboral³⁹³ y el proceso transmite que durante el curso de la investigación y en el juicio acudió a todas las audiencias programadas, lo cierto es que al sopesar estas y la denegación de los subrogados penales, junto con la gravedad de las conductas punibles de cara a los fines de la pena, llevan a la Sala a concluir que es necesario que comience a purgar la pena de prisión intramural inmediatamente.

En efecto, los hechos ocurrieron en la época en que el aforado se desempeñó como gobernador de Sucre, dignidad a la que accedió por votación popular, lo cual reviste su conducta de gravedad pues se trató de la adquisición de libros de colegios oficiales de población marginada, privando a los menores más necesitados de la posibilidad de competir en condiciones de igualdad en las pruebas del ICFES, hechos que, por demás, denotan el poco respeto que tiene por las normas penales y el desprecio a la confianza que sus electores depositaron en él para velar por los destinos del departamento.

Además, ignoró que la educación promueve el desarrollo económico y social de las regiones al brindar herramientas para que los jóvenes accedan a la universidad a fin de mejorar su calidad de vida y el de sus familias, objetivo que impidió, quedando en la sociedad la sensación de que el servidor público dirige su comportamiento a beneficiar intereses privados y no los colectivos.

sentenciado con el lugar donde reside, lo cual puede acreditarse con distintos medios cognoscitivos, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades”.

³⁹³ Cfr. Estipulación n°. 2. Testimonio del acusado en audiencia pública.

Aspectos que conocía porque previo a ser elegido gobernador ejerció diferentes cargos públicos que le permitieron advertir las necesidades primarias de la población en materia de educación, entre ellos, el de personero municipal de Ovejas, diputado y congresista.

La comisión de cuatro delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, refleja una inusitada gravedad en su comportamiento dadas las expectativas sociales de quienes depositaron su confianza a través del voto popular.

En suma, estas circunstancias llevan a la Sala a inferir que el condenado BARRAZA FARAK necesita tratamiento penitenciario con el propósito de alcanzar los fines de retribución justa, prevención general y especial, reinserción social y de protección al condenado.

Ciertamente, la ejecución inmediata de la pena impuesta de 76 meses de prisión desincentivará la comisión de nuevos delitos no solo por los miembros de la sociedad sino por el condenado.

La prisión intramural transmitirá a la sociedad el mensaje de que el ordenamiento protege los bienes jurídicos necesarios, lo que reafirma la vigencia de las normas vulneradas y el restablecimiento de la confianza ciudadana en el derecho, a objeto de promover el respeto de los principios y valores protegidos.

Además, evitará que el aforado reincida en su

comportamiento delictivo y se someta al tratamiento progresivo intramural para prepararlo a reinsertarse a la sociedad sin riesgo de que vuelva a delinquir, a través de programas de readaptación social como el trabajo y la capacitación.

En consecuencia, la Sala librará la correspondiente orden de captura contra BARRAZA FARAK para que sea puesto a disposición del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), con la finalidad de que proceda con su reseña e inicie el cumplimiento de la sanción en el establecimiento penitenciario que designe para tal fin, tomando en cuenta que los hechos por los cuales se condena tienen relación con las funciones del cargo como servidor público.

Otras determinaciones:

En los términos fijados por el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004 es potestativo de la víctima del fiscal o del ministerio público promover el incidente de reparación integral, en un término de 30 días después de la ejecutoria de la sentencia de condena, so pena de la caducidad de la acción³⁹⁴.

En firme la decisión, por secretaría se enviarán las comunicaciones correspondientes para efectos de publicidad de la sentencia (artículo 166 y 462 *ibidem*) y se remitirá la actuación seguida en contra de BARRAZA FARAK al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la vigilancia de esta condena.

³⁹⁴ Cfr. Artículo 106 de la Ley 906 de 2004.

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

R E S U E L V E

PRIMERO-. Condenar a JORGE CARLOS BARRAZA FARAK identificado con cédula de ciudadanía n°. 72.126.189 como autor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo.

SEGUNDO-. Como consecuencia de lo anterior, imponer a JORGE CARLOS BARRAZA FARAK, la pena de setenta y seis (76) meses de prisión; multa de doscientos ochenta y cinco coma cero cuatro (285,04) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, que deberá cancelar a favor del Ministerio de Justicia y del Derecho; inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en noventa y tres meses y veintidós (22) días.

TERCERO-. NEGAR a JORGE CARLOS BARRAZA FARAK la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

CUARTO-. Disponer la privación inmediata de la libertad de JORGE CARLOS BARRAZA FARAK, quien debe ser puesto a disposición del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a efecto que proceda con su reseña e inicie el

cumplimiento de la sanción. Para el anterior efecto, líbrese orden de captura.

QUINTO-. Precisar que, respecto del declarado culpable una vez la sentencia cobre ejecutoria, la víctima, el fiscal o el ministerio público pueden promover el incidente de reparación integral.

SEXTO-. Una vez cobre ejecutoria esta decisión, expídanse las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, en los términos fijados en los artículos 166 y 462 de la Ley 906 de 2004 y, remítase copias de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad – reparto, para lo de su cargo.

SÉPTIMO-. Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1°, 2° y 3° numero 6° del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2024

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las opiniones y criterios ajenos, en especial los manifestados por los miembros de esta Colegiatura, consigno los argumentos a través de los cuales aclaro mi voto respecto de la afirmación consignada en el numeral 10 de la sentencia por medio del cual se condena al señor JORGE CARLOS BARRAZA FARAK, en el que se señala que el juez “tiene la **potestad** de decidir si al momento de dictar el sentido del fallo **verifica o no si es necesaria** la ejecución de la pena, o deja para hacerlo en el fallo propiamente dicho”.

De tal afirmación se concluye que no es un deber del juez analizar si la medida resulta necesaria, cuando acorde con el mismo artículo 450 de la codificación procesal de 2004, el mandato que se impone es justamente definir si la detención resulta o no necesaria. El contenido de la norma es el siguiente:

«Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

***Si la detención es necesaria**, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento». (Negrillas fuera de texto original)*

Es claro que la voluntad del legislador es que el juez defina si el procesado debe quedar o no privado de la libertad desde el anuncio del sentido del fallo, y a esa conclusión solo arribará luego de estudiar si esta medida es necesaria. A mi entender, la respuesta no podría ser que el sustrato de tan relevante determinación provenga de un arbitrio irreglado [necesidad de la ejecución de la pena], como lo pregona la decisión de mis compañeros.

Un entendimiento de este orden, pareciera indicar que el contenido del artículo 450 adjetivo no reporta utilidad alguna, pues si el fallador tiene la **potestad de verificar o no la necesidad** de ejecución de la pena desde el sentido del fallo, podría llegarse a la regla según la cual la privación de la libertad nunca se aplicaría en este momento procesal, habida cuenta que el juez, amparado en la potestad que destaca la Sala mayoritaria, podría sin limitación alguna, hacer uso de tal facultad para no ocuparse del estudio de necesidad.

Respecto de la privación o no de la libertad del procesado, consignada en el artículo 450 del estatuto Procesal de 2004, comparto la postura de que dicha restricción es excepcional y de interpretación restrictiva (sentencias C-022 de 1996, C-342 de 2017).

En lo atinente al estudio de necesidad exigido por el canon 450 procesal mencionado, destaca la guardiania de la Constitución en sentencia C-342 de 2017 al decidir la exequibilidad del artículo mencionado que:

*«La Sala precisa, que la expresión “**necesidad**” de la privación de la libertad que se disponga con el anuncio del sentido del fallo, contenida en el inciso final del artículo 450 del Código de Procedimiento Penal demandado, conforme al cual “Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”, **no se refiere a los presupuestos** reiterados para privar de la libertad a un ser humano durante la etapa de la investigación **previstos en los artículos 308 a 310 del Código de Procedimiento Penal**, relacionados con que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, pues para el momento en el que se anuncia el sentido del fallo, las etapas de*

*investigación y juzgamiento ya han terminado; o porque el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, porque dicha valoración corresponde a la etapa inicial del proceso y no a la condena; o **porque resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso**, pues el mismo ha llegado a la fase final con el anuncio del sentido del fallo, **sino que se refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal. Solo así puede entenderse la expresión “necesidad” contenida en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal.***

«...tan solo procede tras la satisfacción de los criterios de necesidad de conformidad con los artículos 54 y 63 del Código Penal, relacionados con los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como ha quedado dicho». (Negrillas propias)

Y concluye imponiendo una carga al fallador al momento de decidir respecto de la privación o no de la libertad al señalar:

*«...la Corte reiteró que **el juez de conocimiento tiene la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate.** Por lo mismo, el funcionario debe asumir rigurosamente, que la privación de la libertad es excepcional y que más aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por lo cual y de conformidad con la doctrina reconocida por la Corte, **“las autoridades deben verificar en cada caso concreto la procedencia de los subrogados penales como la prisión o detención domiciliaria, la vigilancia electrónica y la libertad provisional, pues éstas desarrollan finalidades constitucionales esenciales en el Estados Social de Derecho”**» (Negrillas fuera de texto original)*

Recientemente, la Corte Constitucional, en comunicado de prensa de la Sentencia SU-220 de 13 de junio de 2024, sobre el deber de evaluar la necesidad puntualizó:

*«(iii) Dado que las medidas privativas de la libertad son excepcionales y de interpretación restrictiva, **en los eventos en los que el juez penal decida que es necesario ordenar la captura inmediata del***

*acusado declarado culpable, bien sea con el anuncio del sentido del fallo o en la sentencia escrita, tiene el deber de motivar esta determinación. En su motivación, el juez deberá analizar no sólo la procedencia o no de subrogados penales, sino también otras circunstancias como el arraigo social del procesado, su comportamiento durante el proceso, el quantum punitivo al que se expone, entre otros aspectos. La Sala recalcó que estos lineamientos no son taxativos, y en esa medida los jueces penales no deben restringir la evaluación de necesidad a tales criterios, sino también valorar otras circunstancias específicas del caso concreto que sean relevantes **para establecer si resulta o no imperativo ordenar la privación inmediata de la libertad**».*

Mi criterio parte de que la única forma de aplicación que tiene el artículo 450 de la ley 906 de 2004 se funda en el deber que tiene el juez de estudiar en todos los casos si es necesaria la ejecución de la pena en el momento de anuncio del sentido del fallo, labor imprescindible para que defina:

- i) si aplica en inciso primero de dicho canon, preservando la condición de libertad del hallado responsable, sin ofrecer motivación alguna, lo cual no debe confundirse con la no realización del estudio de necesidad, que obligatoriamente precede esta determinación, o
- ii) si se ubica en el segundo inciso, evento en el cual dispondrá la detención y librará de forma inmediata la orden de encarcelamiento, adquiriendo el deber inexcusable de ofrecer la motivación que medió para ello, que a voces de la Sentencia SU-220 de 2023, deberá contraer no solo la procedencia o no de subrogados penales, sino circunstancias como el arraigo social del procesado, su comportamiento procesal, el monto de la pena a la que se encuentra expuesto, entre otros aspectos.

Siendo así, me veo obligado a separarme de la decisión de la mayoría, pues concluyo que la verificación de la necesidad de ejecución de la pena no puede ser entendida como una potestad, sino como la obligación por parte del fallador que le permite construir el insumo argumentativo para establecer si la detención es necesaria o no al momento de emisión del sentido del fallo (art. 450-2), y solo en el caso que no la considere, emerge la potestad de no expresar motivaciones para advertir que el procesado debe continuar gozando de su derecho a la libertad.

Creo que la redacción de ese párrafo puede generar la errada idea que siendo el estudio de la necesidad de privar o no de la libertad una discrecionalidad absoluta, simplemente los jueces del territorio nacional podrían tomar como regla, el hacer uso de tal *potestad* y dejar para efectivizar en la sentencia las privaciones que estimen dentro de su amplio arbitrio, lo cual no se corresponde con el sentido de la norma ni con el desarrollo jurisprudencial sobre el tema y daría espacio a situaciones irregulares ajenas al querer del legislador, abriendo la puerta a que frente a las aprehensiones que, a no dudarlo resultaren necesarias, los falladores guarden silencio, generando que no se aplique la captura en esos eventos, y quizá en ninguno, viabilizando de esa manera que se evadan algunos procesados, valiéndose de esa *potestad* irreglada, o que a pesar de su indiscutible necesidad, continúen en libertad hasta que se emita la sentencia, por la carencia del estudio ordenado en el artículo 450-2 del estatuto procesal de 2004.

Estas son las razones en las que baso mi aclaración frente a la decisión.

Con toda atención,


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

Fecha ut supra.