



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado Ponente

AEP 131-2025

Radicación N°01307

CUI: 11001600000020250053101

Aprobado mediante Acta Extraordinaria No. 105

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinticinco (2025).

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia¹, en favor de JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAR, exgobernador del Departamento de La Guajira, por atipicidad del hecho investigado (numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004), en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales de que trata el artículo 410 del Código Penal.

¹ Cuaderno Corte No. 1, Fls 10-33°

ANTECEDENTES

1. Fácticos

El 29 de mayo de 2012, el entonces Gobernador de la Guajira JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAR, suscribió un acto administrativo de justificación de contratación directa, con base en el cual celebró en la misma fecha el contrato de prestación de servicios No. 105, entre el ente territorial y la empresa Soluciones & Limitada, por valor de \$348.000.000,00.

Mediante auto de 04 de octubre de 2013, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal elevó cargos disciplinarios en el radicado No. IUS-2013-198947 D-2013-651-617908, en contra de GÓMEZ CERCHAR, por irregularidades encontradas en múltiples procesos contractuales². El quinto cargo se refiere a la presunta infracción a los requisitos legales esenciales en la etapa precontractual y la consecuente celebración del contrato de prestación de servicios No. 105 del 29 de mayo de 2012, ya que con la selección de la modalidad contractual se habrían vulnerado los artículo 32 numeral 2° de la Ley 80 de 1993 y 2° de la ley 1150 de 2007, y el principio de selección objetiva por cuanto dentro de las actividades contratadas estaba el análisis técnico, la asesoría y la realización de estudios y diseños, las que al ser propias de un contrato de consultoría suponían la selección mediante concurso de mérito y no la contratación directa mediante contrato de prestación de servicios.

² Cfr. Relación de evidencias, Bloque 3, numeral 3.1., Fallo de primera instancia de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal en el proceso IUS No. 2013-198947 D-2013-651-617908, pág. 2.

En virtud de la información allegada por el Ministerio Público con oficio No. 16000-043-01-12004, la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia compulsó copias para que se iniciara indagación penal por las irregularidades que fueron objeto de investigación disciplinaria.

2. Procesales

2.1. El 11 de marzo de 2025, el Fiscal Décimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia radicó escrito con solicitud de preclusión a favor de GÓMEZ CERCHAR.

2.2. El 16 de septiembre del presente año, se instaló la audiencia correspondiente.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Intervención de la Fiscalía

1.1. Procedencia de la preclusión

El delegado de la Fiscalía sustentó la calidad foral del indiciado GÓMEZ CERCHAR y concluyó que esta Sala es competente para conocer del proceso, con fundamento en lo previsto en el numeral 5° del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó el canon 235 de la Constitución Política.

Enseguida solicitó declarar la preclusión de la investigación por el presunto delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con base en la causal 4ª del

artículo 332 de la ley 906 de 2004, por considerar que la conducta investigada es subjetivamente atípica.

Tras exponer los hechos jurídicamente relevantes, presentó los argumentos en los que fundamenta la solicitud:

1.2. Tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Sostuvo que, de acuerdo con lo establecido en la investigación, el indiciado profirió un *acto de justificación de contratación directa* el 29 de mayo de 2012, en el cual soportó la celebración del *contrato de prestación de servicios profesionales especializados No. 105 de 2012*, firmado en esa misma fecha por el exgobernador GÓMEZ CERCHAR y la empresa Soluciones & Limitada.

Traduce la inobservancia de los requisitos legales esenciales durante la etapa precontractual, en particular, en la modalidad de adjudicación elegida, argumentando que de las once actividades contratadas en seis se hallaban la elaboración de diseños, estudios técnicos de diagnóstico, prefactibilidad y factibilidad, que no son propias de los contratos de prestación de servicios sino de consultoría, motivo por el cual estaría obligado a adjudicar el contrato mediante un concurso de mérito y no a través de contratación directa, pese a que las obligaciones 7 a 11 pudieran contratarse de manera directa por ser "*funciones propias de la administración departamental*".

Añadió que de acuerdo con el principio de estricta legalidad y el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el asunto

corresponde a un contrato de consultoría por la naturaleza de las obligaciones 1 a 6, las que imponían la selección mediante concurso de mérito y no por contratación directa como si se tratara de uno de prestación de servicios. Con ello, la conducta del procesado se adecuaría en el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales del artículo 410 C.P.

1.3. Atipicidad subjetiva de la conducta del indiciado

El Fiscal Delegado expuso que en el presente caso se configuran los presupuestos para la preclusión de la investigación previstos en la causal 4ª del Artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, por atipicidad subjetiva de la conducta.

Refiriéndose al artículo 22 del Código Penal y a algunos proveídos de la Sala de Casación Penal³, sostuvo que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es doloso, y se verifica cuando el actor pese al conocimiento de los requisitos legales esenciales del contrato decide voluntariamente y en cualquiera de las fases contractuales, no acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación pública.

Manifestó que el indiciado actuó sin conocimiento de los requisitos legales aplicables y sin la intención de contravenirlos, porque no tenía la capacidad *real y jurídica* de entender que la selección del contratista debía realizarse

³ CSJ SP2709-2024 Rad. 61315, CSJ SP20262-2017 Rad. 29726.

conforme a los contratos de consultoría, fundamentalmente porque: (i) no contaba con estudios profesionales en derecho o administración y (ii) los documentos precontractuales que le fueron presentados por sus subalternos, el secretario de salud, JORGE JUAN OROZCO SÁNCHEZ, y el jefe de la oficina asesora jurídica, ROBERTO CARLOS DAZA CUELLO, no le permitieron advertir la irregularidad, conduciéndolo a incurrir en error al momento de justificar la modalidad contractual.

Conclusiones que sustentó en los siguientes argumentos:

I. En las condiciones profesionales del indiciado, ya que su grado de escolaridad era de bachiller, pues pese al título *honoris causa* en administración de empresas conferido por la Universidad de La Guajira, no tenía conocimiento en derecho, administración y gestión pública o contratación estatal; fue así como según la Resolución 008 del 28 de noviembre de 2011⁴ del Consejo Superior de la Universidad de la Guajira, el reconocimiento le fue concedido por su amplia trayectoria en trabajos del campo y por el ejercicio de diferentes cargos de elección popular.

II. En que los documentos precontractuales suscritos por sus subalternos lo pudieron hacer incurrir en error:

i) Los *Estudios previos*⁵ del secretario de salud, JORGE JUAN OROZCO SÁNCHEZ, fundamentan la elección de la modalidad de contratación directa en el artículo 3.4.2.5.1. -De

⁴ Cfr. Relación de evidencias, Bloque 4, numeral 4.1., Resolución 008 de 2011 por medio de la cual se concede el título de administrador de empresas *honoris causa*.

⁵ Cfr. Relación de evidencias, Bloque 2, numeral 2.2., Estudios previos (Numerales 7 y 12 artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y artículo 2.1.1 del Decreto 734 del 2012).

los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión- del Decreto 734 del 2012, aduciendo que “se pretende el apoyo profesional para el fortalecimiento y mejor cumplimiento de las acciones contractuales que debe asumir la Secretaría de Salud del Departamento”, sin indicar que algunas de las labores a desarrollar correspondían a un contrato de consultoría.

ii) El documento *Fundamentos jurídicos que justifican la modalidad de selección*⁶, elaborado por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación, ROBERTO CARLOS DAZA CUELLO, sostiene que el contrato podía ser celebrado bajo la modalidad de contratación directa de prestación de servicios porque la actividad a contratar correspondía a funciones propias de la gobernación.

iii) La redacción que utilizaron el secretario de salud departamental y el jefe de la oficina asesora en los documentos previos y la minuta contractual, pudo llevarlo a confusión sobre la modalidad contractual.

III. De acuerdo con el Manual Específico de Funciones de la Administración Central del Departamento de La Guajira⁷, el jefe de la oficina asesora, DAZA CUELLO, tenía dentro de sus obligaciones verificar que los documentos contractuales acataran las normas pertinentes.

⁶ Cfr. Relación de evidencias, Bloque 2, numeral 2.1., Fundamentos jurídicos que justifican la modalidad de selección.

⁷ Cfr. Relación de evidencias, Bloque 2, numeral 2.7.; Decreto 345 de 1999, art. 1, pág. 25: “8. Garantizar que los distintos contratos suscritos por el Departamento, se ajusten a los requerimientos y normas establecidas.”⁷

Además, es abogado especialista en derecho administrativo y en derecho constitucional, con 11 años y 6 meses de experiencia relacionada con el cargo⁸.

IV. Y en que el exgobernador de La Guajira actuó ilustrado por el jefe de oficina asesora, quien conceptuó respecto del contenido del contrato de prestación de servicios 105 de 2012, de acuerdo a anotación realizada a pie de firmas de la minuta contractual.

Concluyó la Fiscalía, que con base en los elementos materiales probatorios no se puede asumir que el aforado conocía la norma, ni que actuó con la intención de transgredirla, pues tuvo elementos de convicción suficientes para considerar que estaba acatando los requisitos legales esenciales, incurriendo en un error de tipo invencible.

2. Intervención de la representación del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público no presentó oposición.

3. Intervención de la defensora del indiciado

Manifestó coadyuvar la solicitud presentada por la Fiscalía y sostuvo que además de concurrir los presupuestos del Artículo 332, No. 4° C.P., también se configurarían los requisitos del No. 5° por ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

⁸ Cfr. Relación de evidencias, Bloque 2, numeral 2.8.

Continuó haciendo referencia a la atipicidad de la conducta por no concurrir los elementos subjetivos del tipo penal del Artículo 410 C.P., a saber, conocimiento y voluntad de realizarlo. Reclamó la configuración de un error de tipo invencible en tanto que GÓMEZ CERCHAR se rodeó de profesionales especializados y capacitados que le conferirían presunción de legalidad a sus actuaciones y no tenía la manera de controvertir los conceptos de sus subordinados.

Finalmente, pidió a la Sala resolver de manera favorable la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018 que modificó los artículos 186, 234 y 235-5 de la Carta Política, compete a esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, juzgar a los gobernadores de departamento por los delitos que se les imputen, no obstante, cuando hubieren cesado en el ejercicio del cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Ahora bien, en la actuación se encuentra demostrada la calidad de JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAR para la época de los hechos⁹, y por ocuparse esta investigación de conductas

⁹ Cfr. Acta posesión del 07 de noviembre de 2013 suscrita por el posesionado Juan Francisco Gómez Cerchar y los testigos Jaime Rafael Azar Martínez en calidad de Notario Segundo de Primera Categoría del Círculo Notarial de Riohacha y Alfredo Ospino Duarte; Constancia de Servicios 346-D.A.T.H. del 6 de mayo de 2021.

relacionadas con las funciones que desempeñó como Gobernador del Departamento de La Guajira, concierne a la Sala conocer de estas diligencias¹⁰.

2. Derechos y garantías de las víctimas

De conformidad con el contenido de los artículos 11, literales d) y g) y 136 numeral 10 de la Ley 906 de 2004, como garantía de acceso a la administración de justicia la víctima del delito tiene derecho a ser escuchada, a aportar pruebas y a que se le informe sobre las decisiones relativas a la persecución penal. Con el fin de lograr que el derecho a la información se cumpla a cabalidad compete al Fiscal enterarla oportunamente de los elementos pertinentes para, en caso de acusación o preclusión, hacer el seguimiento a la actuación a adelantar.

3. De la preclusión

Con arreglo a lo dispuesto por los artículos 331 a 335 del Estatuto Procesal Penal de 2004, la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal a instancias de la Fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación cuando encuentre acreditada una de las hipótesis contempladas en el artículo 332 *ejusdem*.

El análisis y fundamentación ofrecida por la Fiscalía para lograr su cometido debe ser específico y detallado, con base no sólo en los elementos fácticos y jurídicos que configuran la

¹⁰ Cfr. Último párrafo art. 235 Constitución Política.

causal invocada, sino en los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir la ausencia de mérito para continuar con la persecución penal¹¹.

En reciente pronunciamiento la Sala de Casación Penal aclaró que, el estándar probatorio de la preclusión debe estar en armonía con el artículo 250.5 de la Constitución Política. Con ello se refiere a un umbral de acreditación negativo en el sentido de establecer la *ausencia de mérito para acusar*, precisando:

*Así, entonces, el estándar probatorio sobre esa causal de preclusión debe entenderse en el sentido de descartar la concurrencia del mérito para acusar, es decir, como la ausencia de probabilidad de verdad sobre la existencia del delito o la autoría o participación del procesado en el mismo.*¹²

*El resultado contrario de dicho juicio, es decir, la no probabilidad de autoría o participación en un delito es la condición de preclusión (no existencia de mérito para acusar), en tanto no existan otros actos de investigación idóneos para optar por una decisión contraria.*¹³

En esa línea, la solicitud de preclusión de investigación comporta para quien acude a ella, recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física respectiva para probar la causal aducida, es decir, que se trate de una proposición jurídica completa puesta a disposición de la judicatura, para verificar la solidez de su estructuración.

En consecuencia, la solicitud debe soportarse en elementos materiales de prueba allegados en el curso de la actividad

¹¹ Cfr. CSJ SCP, 25 de enero de 2017. Rad. 49196.

¹² CSJ AP2259-2025, 2 de abril de 2025, Rad. 68337

¹³ CSJ AP2259-2025, 2 de abril de 2025, Rad. 68337

investigativa, que lleven al juez a acreditar la ausencia con *probabilidad de verdad* de la existencia del delito o algún grado de participación del procesado en el mismo, demostración que evidentemente deberá ser alcanzada mediante la estructuración de la causal que se invoca, impidiendo proferir acusación.

Particularizando, en cuanto a la invocada causal 4ª del artículo 332 del Código Penal, relativa a la atipicidad del hecho investigado no distingue entre las dos fases del tipo penal, la objetiva y la subjetiva, por lo tanto, ambas pueden ser alegadas¹⁴, y se configura cuando la conducta no se adecúa a las exigencias materiales del tipo penal o cuando concurriendo no se acredita la forma subjetiva correspondiente.¹⁵

Atendiendo la petición del Fiscal Delegado, la Sala comenzará por determinar el marco jurídico conceptual de la conducta punible atribuida, para a partir de allí tomar en consideración la correspondencia de los acontecimientos con las disposiciones sustanciales presuntamente realizadas, y culminar con el análisis de la causal invocada, de acuerdo con lo que establezcan las evidencias sumariamente aportadas en respaldo de su pretensión.

4. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Es definido por el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, modificado por el 14 de la Ley 890 de 2004, en los siguientes términos:

¹⁴ Cfr. CSJ, AP489-2022, 16 de febrero de 2022, radicado 60796.

¹⁵ Cfr. CSJ AP4745-2021, 6 de octubre de 2021, rad. 54379.

ART. 410.- CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. 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.

De conformidad con la definición normativa, la adecuación típica de la conducta exige que el sujeto activo sea un servidor público, que durante el desempeño de su cargo haya tramitado contrato sin cumplir los requisitos esenciales previstos en la ley, o lo haya celebrado o liquidado sin verificar su cumplimiento¹⁶. En concreto, se castigan tres conductas: i) *tramitar* contratos sin observación de los requisitos legales esenciales; (ii) *celebrarlos* sin verificar su cumplimiento; y (iii) *liquidarlos* sin constatar la observancia de los mismos.

Adicionalmente, el artículo 410 constituye un tipo penal en blanco por cuanto el operador jurídico debe remitirse a otros ordenamientos extrapenales, en los que se encuentran los requisitos esenciales del contrato estatal de que se trata. Si bien la Ley 80 de 1993 no contiene el catálogo de los requisitos esenciales de todos y cada uno de los contratos que puede realizar el Estado, también lo es que por expresa disposición de los artículos 13 y 40 para su determinación debe acudir a la normatividad civil y comercial, legislaciones que también establecen los presupuestos esenciales de los contratos en ellas tipificados.

¹⁶ Cfr. CSJ. SP18532-2017, rad. 43263 de 8 de noviembre de 2017.

5. Caso concreto

La Fiscalía solicitó la preclusión de la indagación por atipicidad del hecho investigado debido a la ausencia del elemento subjetivo, al configurarse un error de tipo invencible.

En consecuencia, corresponde a esta Sala verificar si a partir de los supuestos fácticos y jurídicos del asunto, así como de los elementos materiales de prueba aportados por la Fiscalía se logra establecer: (i) los aspectos objetivos y subjetivos del tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso y (ii) los presupuestos de la causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es, atipicidad del hecho investigado.

5.1. De la tipicidad objetiva

La cualificación del sujeto activo está satisfecha ya que se allegó la documentación¹⁷ que acredita que desde el 1º de enero de 2012 hasta el 26 de febrero de 2014, JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAR se desempeñó como Gobernador del Departamento de La Guajira.

Además, que el 29 de mayo de 2012, en ejercicio de sus funciones como representante legal y ordenador del gasto, profirió el *acto de justificación de contratación directa*¹⁸ que sustentó la modalidad de contratación del contrato de

¹⁷ Cfr. Constancia de servicios prestados expedida por la Dirección Administrativa de Talento Humano de la Gobernación de la Guajira del 06.05.2021, Acta de posesión de GÓMEZ CERCHAR en el cargo de gobernador de la Guajira.

¹⁸ Cfr. Elementos de prueba de la Fiscalía, Bloque 2, Documento: Acto de Justificación de Contratación Directa de fecha 29 de mayo de 2012.

prestación de servicios No. 105¹⁹ con la empresa Soluciones & Limitada, el cual suscribió en esa misma fecha.

Para determinar la naturaleza del contrato y los correspondientes requisitos legales esenciales aplicables en su trámite y celebración se deben examinar los postulados de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. El artículo 32.2 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública describe los contratos de consultoría:

2o. Contrato de Consultoría. *Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.*

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

El Consejo de Estado ilustra el alcance y el significado de las actividades que integran dicha tipología contractual:

[...]2. Para estudios de Diagnósticos: Bajo esta modalidad a la entidad le interesa que el consultor efectúe un análisis o examen tendiente a determinar la naturaleza, viabilidad y confiabilidad de uno de sus proyectos, planes o programas.

3. Prefactibilidad o factibilidad para programas específicos o proyectos específicos: El estudio está encausado a fijar las diversas partes y elementos de una acción administrativa genérica o concreta y establecer si puede realizarse o no.

4. Asesorías técnicas: Puede obtenerse previo a pormenores estudios, la conclusión si es viable o no durante el empleo de procedimientos y experiencias, que utilizan las ciencias y las artes, la implantación de un proyecto o programa, o para desarrollar la coordinación, control o supervisión de un proyecto.

¹⁹ Cfr. Elementos de prueba de la Fiscalía, Bloque 2, Documento: Contrato de prestación de servicios profesionales especializados N° 105 de 2012 de fecha 29 de mayo de 2012.

5. *Interventoría:* Tiene por objeto la fiscalización y examen de la ejecución de un contrato. La actividad debe ser contratada por una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos u omisiones que le sean imputables.

6. *Asesoría:* Surge este convenio cuando el contratista se compromete a dar o suministrar a la administración una recomendación, un consejo o una asesoría...²⁰

Sobre los contratos de prestación de servicios el artículo 32.3 del estatuto estipula:

30. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En cuanto al espectro de actividades que lo componen, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

El vasto marco o el contexto en el cual han de ubicarse las variadas y múltiples actividades que integren un contrato estatal de prestación de servicios es, entonces, el de la administración o funcionamiento de la entidad estatal contratante; de esta manera, será posible señalar que aquellos contratos estatales que se celebren con el propósito de apoyar, de asesorar, de ilustrar, de ayudar, de contribuir o de aportar a la entidad estatal con la **ejecución de actividades relacionadas con su propia administración o su funcionamiento, pertenecerán al tipo de la prestación de servicios.**

Por lo mismo, al margen de que las actividades que deba realizar el contratista particular no exijan un esfuerzo marcadamente intelectual —verbigracia, aseo; celaduría; mantenimiento de maquinaria o equipos; preparación de alimentos básicos; clasificación de correspondencia; atención de conmutadores; etcétera— o que, por el contrario, puedan catalogarse como notoriamente intelectuales —asesorías jurídicas, contables, financieras; representación judicial; elaboración de memorias; clasificación de archivos; diseño y divulgación de campañas publicitarias; edición de publicaciones; capacitación de personal; etc.—, lo cierto es que **el**

²⁰ Consejo de Estado rad. 250002336000201502350 01 (59.148).

*respectivo contrato estatal será de prestación de servicios en cuanto tales actividades se encuentren directamente relacionadas —como lo exige el texto de la ley— ‘... con la administración o funcionamiento de la entidad’, como lo ha indicado la Sección Tercera del Consejo de Estado...*²¹

De acuerdo con la Ley y la jurisprudencia estas tipologías contractuales son autónomas e independientes entre sí y se configuran como resultado de las actividades que cada tipo de contrato debe desarrollar, sin embargo, se reconoce que en casos particulares su diferenciación puede presentar algunas dificultades.²² Es así que el Consejo de Estado ha decantado de tiempo atrás criterios de distinción entre ellos:

*En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, **el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos**, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos.*

De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras.

*De otro lado, el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, porque la ley 80 establece, en forma general, que su objeto consiste en el desarrollo de “... actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, contexto en el cual se pueden incluir actividades técnicas y no técnicas, profesionales o no, pues **lo que determina esta clase de contratos es que las obligaciones se relacionen con la administración y/o el funcionamiento de la entidad.***²³

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 25000-23-26-000-2000-00088-01(30251) de 12 de noviembre de 2014.

²² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832) de 30 de noviembre de 2006.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832) de 30 de noviembre de 2006.

Atendiendo esas diferencias, se ha establecido un parámetro adicional para distinguir los contratos de consultoría y los de prestación de servicios:

...[El] criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios.

*La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que **la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta** que la de prestación de servicios.*²⁴

Establecidos los elementos constitutivos de las modalidades contractuales corresponde analizar las obligaciones del contratista y el objeto contractual estipulado en el *acto de justificación de contratación directa* suscrito por el aforado con el cual acreditó la forma de contratación seleccionada, allí se exponen las obligaciones del contratista, así:

- 1. Analizar la situación actual de la prestación de servicio en salud y de los hospitales con la respectiva caracterización del territorio, análisis de la demanda de servicios (población aseguramiento y recursos de salud).*
- 2. Definir alternativas, estudio de factibilidad y viabilidad económica para garantizar la prestación de los servicios de salud a los habitantes de La Guajira.*
- 3. Elaborar la propuesta del diseño de la Red Pública de los servicios de Salud del Departamento de La Guajira.*
- 4. Elaborar la propuesta de la modificación de las ESES departamentales, según la alternativa seleccionada (reorganización*

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832) de 30 de noviembre de 2006.

institucional, fusión, liquidación creación de las ESES que garantizarán la prestación de estos servicios. (sic)

5. Elaborar el estudio de factibilidad para la creación de una ESE.

6. Asesorar y acompañar a la Secretaría de Salud Departamental en la presentación y sustentación de documentos ante el gobernador, el Ministerio de Salud y Protección Social y demás instancias que se requieran y realizará las modificaciones que sean requeridas por la entidad y el Departamento Nacional de Planeación en el proceso de viabilización técnica de la propuesta de Red, durante el término del contrato.

7. Prestar el servicio a través del personal profesional y técnico ofrecido en la propuesta.

8. Dar cumplimiento a todas las fases y metodologías planteadas en el estudio previo y en la propuesta presentada.

9. Las demás actividades que se le asignen y que sean afines con la naturaleza objeto del contrato, en defensa de los intereses de la entidad;

10. Presentar informes de actividades mensuales al Supervisor del contrato.

11. Dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social integral.

Luego resolvió declarar justificada la modalidad de selección para escogencia de contratista mediante contratación directa y expuso el objeto del contrato en los siguientes términos:

SEGUNDO: Ordenar la celebración de un Contrato de Prestación de Servicios profesionales de objeto PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN, CONSOLIDACIÓN Y ANÁLISIS DE LA MISMA, ASÍ COMO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO PROFESIONAL Y TÉCNICO QUE LE PERMITA A LA ENTIDAD TERRITORIAL DESARROLLAR LOS ESTUDIOS, ANALISIS Y PROYECCIONES QUE ESTABLEZCAN LA NUEVA PROPUESTA DE FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN DE LA RED PÚBLICA HOSPITALARIA DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA PONER EN MARCHA LA PROPUESTA DE RED EN LAS ESES DE MEDIANA COMPLEJIDAD CON AREA DE INFLUENCIA EN EL DEPARTAMENTO, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este acto y los estudios previos realizados para el efecto, para lo cual extiéndase la correspondiente

invitación a prestar propuesta y recáudense todos los documentos necesarios para este tipo de contratos.

A su vez el contrato transcribe en las *cláusulas primera*, el objeto y, en la *cuarta*, los “*Alcances del objeto y obligaciones del contratista*”, en los mismos términos que en el acto de justificación, además de desarrollar los demás términos del negocio jurídico.

Ahora, de la comparación del contenido de los documentos y la normatividad, deriva, sin ninguna duda, que el *contrato de prestación de servicios profesionales N°105 de 2012*, corresponde a uno de consultoría, pues las obligaciones del contratista se refieren claramente a la realización de diseños, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, y a proporcionar asesoría técnica para desarrollar y establecer un programa de funcionamiento y organización de la red pública hospitalaria del departamento de La Guajira, que son actividades taxativamente descritas en el Artículo 32.2 de la Ley 80 de 1993, para los contratos de consultoría.

En efecto, la primera obligación se refiere al *estudio de diagnóstico* de la prestación del servicio en salud y su demanda en los distintos territorios; la segunda y quinta corresponden a *estudios de factibilidad* económica para garantizar la prestación del servicio y crear una ESE -*Empresa Social del Estado*-; la tercera y la cuarta consisten en el *diseño del programa* de funcionamiento y organización de la red pública hospitalaria del departamento, contemplando la modificación de las ESES departamentales, mediante reorganización institucional, fusión, liquidación o creación; y la sexta

obligación trata de *la asesoría* en el proceso de viabilización técnica del proyecto ante las instancias de financiación.

Es evidente que el alcance del objeto contractual, en consonancia con las actividades u obligaciones del contratista, corresponden a la tipología dispuesta en el numeral 2° del artículo 32 de Ley 80 de 1993 que establece la configuración del contrato de consultoría cuando se refiera a *“estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, **estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.**”*

El Fiscal Delegado sostuvo que las obligaciones relacionadas en los numerales 7° a 11° hacen parte de aquellas que pueden contratarse de manera directa por ser funciones propias de la administración departamental que habilitan la celebración de negocios jurídicos a partir de la prestación de servicios.

La Sala desestima esa afirmación, pues en los contratos integrados por objetos contractuales disímiles, que obedecen a una naturaleza contractual diferente, debe atenderse al objeto principal. Se trata de una regla general que se concentra en definir el fin buscado por la administración en los términos del artículo 3° de la Ley 80 de 1993²⁵; y en este caso se puede establecer con claridad que el objeto principal consistió en desarrollar y establecer un programa de funcionamiento y

²⁵ Cfr. Consejo De Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 2.386, Concepto del 5 de septiembre de 2018.

organización de la red pública hospitalaria del departamento de La Guajira a través de las actividades estipuladas en los numerales 1 a 6.

Por su parte, las obligaciones 7 a 11 no pueden interpretarse como funciones autónomas con una naturaleza jurídica independiente, pues todas ellas refieren a la realización del objeto principal y están dirigidas a reiterar el compromiso de cumplir el contrato en los términos estipulados en la propuesta entregada por el contratista, es decir: prestar el servicio a través del personal ofrecido en la misma, dar cumplimiento a las fases y metodologías planteadas en el estudio previo y en la oferta, realizar las actividades asignadas afines a la naturaleza del objeto del contrato, presentar informes de actividades, y dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social.

En consecuencia, tomando las palabras de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado:

[Con] independencia de la denominación que las partes atribuyan a un contrato, en su interpretación el Juez debe establecer la naturaleza que en realidad corresponde al objeto contractual y las obligaciones efectivamente pactadas, de acuerdo con los dictados de los artículos 1618 y 1621 del Código Civil, que en su orden disponen la prevalencia de la intención de las partes sobre lo literal de las palabras y la interpretación que mejor se ajuste con la naturaleza del contrato, las cuales constituyen reglas de interpretación de las obligaciones de los contratos estatales por disposición del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.²⁶

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Rad. 25000-23-26-000-2000-00088-01(30251) de 12 de noviembre de 2014.

En conclusión, se demostró que el contrato N°105 obedece integralmente a las características y naturaleza del de consultoría.

Ahora, en cuanto a la modalidad de selección para este tipo de contratos, el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, expresamente dispone:

Concurso de méritos. *Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. (Subrayado fuera de texto original)*

Así entonces, la escogencia del contratista debía efectuarse a través del concurso de méritos, es decir, que la selección realizada en este asunto contravino los requisitos legales esenciales que regulan la contratación pública y, de esa forma, los principios que la rigen, entre ellos los de transparencia y selección objetiva. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte²⁷ ha reiterado:

*El elemento normativo del tipo tiene unos **requisitos esenciales**. La Sala²⁸ ha sostenido que **son el respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, como planeación, economía, responsabilidad, transparencia y deber de selección objetiva**, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que la regulan. [...]*

²⁷ Cfr. CSJ SCP, SP2682-2018, jun. 27 de 2018, Rad. No. 48509.

²⁸ CSJ SP, 25 sep. 2013, Rad.35344.

Por su parte, el **principio de transparencia**, establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, desarrollado por el Consejo de Estado, preserva la imparcialidad y la objetiva selección del contratista, por tanto, la regla general es que debe hacerse por licitación pública o concurso, con base en la igualdad, objetividad, neutralidad y claridad de las reglas, publicidad, contradicción, motivación expresa y precisa del informe de evaluación y escogencia objetiva del contratista idóneo que brinde las condiciones más favorables para la administración.

Y, el principio de **selección objetiva**, desarrollado por la Sala²⁹ y el Consejo de Estado³⁰, conlleva la elección del contratista que ofrezca criterios de interés general.

Las excepciones a la norma las precisa el mismo artículo 24 de la Ley 80 de 1993, como las de menor cuantía, las que se determinan en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos mensuales y requieren, por lo menos, dos ofertas.

En esa línea es claro que la selección del contratista no está supeditada a la libre discrecionalidad o arbitrio de la administración, por el contrario, las reglas y los principios de la contratación tutelan la imparcialidad del funcionario mediante su objetiva escogencia, por esa razón, se exige que ello se adelante generalmente a través de los mecanismos de la licitación pública o concurso; parámetros que fueron soslayados por el aforado en el proceso de contratación analizado.

Razones por las cuales la Sala concluye que se encuentra acreditada la tipicidad objetiva.

5.2 De la tipicidad subjetiva

El delito en estudio es eminentemente doloso, por lo tanto, para su configuración el agente debe obrar con conocimiento

²⁹ CSJ. SP, 26 may. 2010, Rad. 30933.

³⁰ CE. SP, 29 ago. 2007, Rad. 15324.

de que con su conducta actualiza los elementos del tipo objetivo y, pese a ello, dirige su voluntad consciente a su realización, de suerte que pese a conocer los requisitos esenciales del contrato en el trámite, en la celebración o en la liquidación, voluntariamente decide pretermittirlos ya sea por inobservancia o por omitir la verificación del cumplimiento de los mismos.³¹

La Fiscalía invocó expresamente la causal prevista en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que consagra como motivo de improcedencia de la acción penal la atipicidad del hecho investigado por ausencia de dolo debido a la presencia de un error de tipo invencible.

Este error está previsto como motivo de ausencia de responsabilidad penal en el inciso 1° del numeral 10° del artículo 32 del Código Penal, así:

“Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.”

Se configura cuando el sujeto activo actúa con la convicción errada e invencible de que con su acción u omisión no concurre alguna de las exigencias necesarias para que el hecho se adecúe en su descripción legal.

Se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente

³¹ Cfr. SEP042-2024 Rad. 00491

al tipo penal, que acarrea la impunidad de la conducta cuando es inevitable o en el evento de ser superable y la modalidad de la conducta es exclusivamente dolosa. En otras palabras, el error de tipo se concreta cuando el sujeto activo de la acción desconoce uno de los elementos del tipo objetivo, por lo tanto, excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo.³²

Sobre el particular la Corte en sentencia SP2709-2024 de 2 de octubre 2024, rad. 61315, sostuvo:

89.- Esta Sala ha señalado que esta categoría jurídica:

[H]ace referencia al desconocimiento o conocimiento defectuoso de las circunstancias objetivas del hecho que pertenecen al tipo legal, con independencia de que estas tengan carácter fáctico, de naturaleza descriptiva (cosa, cuerpo, causalidad), o normativa, de esencia comprensiva (ajenidad, documento, funcionario) (CSJ-SP, 10 abr. 2013, rad. 40116).

Frente a la consecuencia del reconocimiento de un error de tipo vencible, en eventos en que la conducta no se halla prevista en la modalidad culposa, se ha establecido que el mismo conduce a la atipicidad del comportamiento.³³

Definiendo la figura jurídica como “la discordancia entre la conciencia del sujeto activo y la realidad. Internamente este error consiste en una falta de representación o en una representación falsa sobre uno o varios de los elementos que describen la conducta penal.³⁴”

Por su parte, la equivocación será invencible cuando no le sea exigible al autor aún actuando en forma diligente y cuidadosa, es decir, que la errada interpretación o

³² Cfr. AEP 00064-2018 Rad. 52746, SP2709-2024 Rad. 61315

³³ CSJ, AP242-2020, 29 enero de 2020, Rad. 55753.

³⁴ Jescheck, Hans y Wigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Granada, España: Comares, 2014, pág. 329.

comprensión no dependa de su culpa o negligencia, circunstancia que produce la atipicidad subjetiva y, vencible, en caso que el agente lo pueda superar con un esfuerzo factible y exigible con arreglo a las circunstancias de posibilidad de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hechos.³⁵

El Fiscal Delegado adujo que luego de valorar los elementos materiales probatorios con que cuenta la investigación, no se puede demostrar que el aforado actuó con conocimiento e intención de transgredir los requisitos legales que rigen la contratación pública, ya que debido a su escaso nivel académico no tenía la capacidad de entender que la selección del contratista debía realizarse conforme a los contratos de consultoría y, por ende, no podía asumir una posición jurídica diferente a la aducida por sus asesores.

Agregó, que aun en caso de haberse planteado la posibilidad de que la forma de contratación sugerida en los documentos precontractuales fuera inadecuada, no podría superar ese error debido a la influencia de la asesoría especializada que recibió por parte del jefe de la oficina asesora.

En estos términos, la Sala abordará el análisis de la atipicidad subjetiva por error de tipo invencible por el supuesto desconocimiento o conocimiento defectuoso del elemento normativo del tipo objetivo, esto es, los requisitos legales esenciales aplicables a los contratos de consultoría, al que habría sido inducido con los documentos precontractuales

³⁵ CSJ SP rad. 22.299, 6 de julio de 2005.

presentados por el jefe de la oficina asesora jurídica, ROBERTO CARLOS DAZA CUELLO y el secretario de salud, JORGE JUAN OROZCO SÁNCHEZ, que le indicaban erróneamente que se trataba de un contrato de prestación de servicios, cuya selección se debía hacer por contratación directa, impidiéndole «advertir la irregularidad de alguna manera».

Teniendo en cuenta la complejidad que representa acreditar el dolo mediante prueba directa, su demostración se hace generalmente mediante inferencias, valorando aquellos datos objetivos que rodean la realización de la conducta. Tratándose del conocimiento de los elementos normativos del tipo debe analizarse aspectos como las circunstancias personales y particulares del autor, su instrucción, profesión, las condiciones de la ley, su inveterada vigencia y la información jurídica que posee.³⁶

En cuanto a las circunstancias personales y particulares del autor, su instrucción y profesión, la Fiscalía aportó la Resolución No. 008 de 2011 del Consejo Superior de la Universidad de La Guajira,³⁷ por medio de la cual le fue concedido al aforado el título de administrador de empresas *honoris causa*, de cuya exposición de motivos concluye que no tenía conocimientos en derecho, gestión pública o contratación estatal, sino que el título le fue otorgado por su amplia trayectoria en las actividades del campo y por el ejercicio de diferentes cargos de elección popular; con lo que pretende probar que debido a su escaso conocimiento en la contratación pública incurrió en el error, pues creyó que el concepto de sus

³⁶ Cfr. SEP CSJ AEP 117-2023 rad. 00813.

³⁷ Cfr. Relación de evidencias, Bloque 4, numeral 4.1., Resolución 008 de 2011 por medio de la cual se concede el título de administrador de empresas *honoris causa*.

subalternos era acertado y que la contratación directa era la forma de seleccionar al contratista; además, para el momento de los hechos aparte del título honorífico tan solo contaba con el nivel académico de bachiller.

No obstante, la Sala encuentra que, aunque la exposición de motivos de ese documento exhibe el reconocimiento y notoriedad obtenido por el señor GOMEZ CERCHAR *“en la comunidad de Barrancas (La Guajira) y demás municipios del Departamento de La Guajira”* y se refiere a *“las actividades del campo, y actitud innegable de servir a los demás ciudadanos”*, también da cuenta de su amplia trayectoria en el desempeño de asuntos de la administración pública local.

Ciertamente, informa que fue elegido concejal del municipio de Barrancas para el periodo 1992 – 1994, cuya gestión es destacada por la *“lucha incansable por satisfacer las necesidades básicas de su comunidad”*; además, resalta su experiencia como alcalde de ese municipio en dos periodos: el primero, desde 1995 a 1997 y luego de 2001 a 2003, también la gestión durante su administración en el sector de salud para *“la terminación y dotación del Hospital Nuestra Señora del Pilar con Tecnología de Punta”*, y en el sector de educación *“en la formación de los Docentes, celebrando convenios con la Universidad del Bosque, Universidad del Cesar, Universidad de La Guajira y el INFOTEC”*.

Como es sabido, la formación académica formal no es la única fuente de conocimiento, la experiencia laboral y el quehacer cotidiano de una función u oficio redunda en la consecución de conocimiento, práctica, bagaje y experticia en

las materias desarrolladas, y en este caso, el aforado no solo fue concejal del municipio de Barrancas (1992 - 1994), sino que fue elegido alcalde de ese mismo ente territorial en dos periodos (1995 - 1997 y 2001 - 2003), es decir, que fungió como jefe de la administración local y representante legal de dicho municipio³⁸, de donde se infiere que no era neófito sino experimentado en la gestión administrativa, la ejecución del gasto municipal y la contratación pública.

Refuerza esta conclusión, el que hubiese resultado elegido gobernador departamental, lo que habla de su experiencia y dominio de la función pública, la cual no puede ser desarrollada satisfactoriamente sin conocimiento de la gestión y administración de los recursos del Estado, es decir, que no desconocía la contratación pública, pues se desempeñó por dos periodos como alcalde municipal y fue escogido por elección popular para dirigir el departamento de La Guajira, el más alto cargo de la administración regional. Sus desempeños denotan que se destacó por la ejecución de obras públicas en los sectores de salud y el desarrollo de proyectos en el de educación.

Así entonces, no es admisible a priori el argumento de la Fiscalía relativo a que el indiciado carecía de conocimientos sobre la contratación pública, como para aceptar sin prueba adicional que lo avale, que fue inducido en error sobre la clase de contrato que suscribió y el sistema de escogencia que se debía seguir.

³⁸ Constitución Política, Artículo 314: En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el periodo siguiente

Ahora, la información jurídica la disponía el autor al momento de la conducta, se contrae a los documentos en que se basó para proferir el *acto de justificación de contratación directa*, en concreto, el signado por DAZA CUELLO como jefe de la oficina asesora, a través del cual le indicó que *el objeto contractual* podía ser contratado por la modalidad de contratación directa, por tratarse de uno de prestación de servicios profesionales, sin embargo, en él advirtió expresamente que ello dependía de las actividades a ejecutar, las cuales no estaban definidas en ese documento:

*“Al ser el objeto a contratar una actividad de las funciones propias de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, puede en este caso particular seleccionarse como modalidad de selección el procedimiento señalado en el literal h, Numeral 4, del Artículo 2 de la ley 1150 de 2007 correspondiente a Contratación directa a través de un contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión descritos en el Art. 3.4.2.5.1. del decreto 734 de 2012, **eso sí, debe encuadrarse las actividades a ejecutar que particularice las de este tipo de contrato y no halla (sic) lugar a confusión con las que se sugiere otro tipo de modalidad de selección**” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

El documento no incluyó información sobre las actividades necesarias para llevar a cabo el objeto del contrato, es decir, carece de los detalles relativos a las características que configuran la naturaleza de un contrato estatal, pese a ello describió el objeto en los siguientes términos:

“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN, CONSOLIDACIÓN Y ANÁLISIS DE LA MISMA, ASÍ COMO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO PROFESIONAL Y TÉCNICO QUE LE PERMITA A LA ENTIDAD TERRITORIAL DESARROLLAR UN ANÁLISIS Y PROYECCIÓN QUE ESTABLEZCA LA NUEVA PROPUESTA DE FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN DE LA RED PÚBLICA HOSPITALARIA DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y LA

IMPLEMENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA PONER EN MARCHA LA PROPUESTA DE RED EN LAS ESE'S DE MEDIANA COMPLEJIDAD CON ÁREA DE INFLUENCIA EN EL DEPARTAMENTO.(sic)"

Incluso previo a manifestar la *posibilidad condicional* del procedimiento de selección directa transcribió el artículo 3.4.2.5.1. del Decreto No. 734 de 2012, por medio del cual se reglamentó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en su segundo párrafo define el alcance de los *contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión* correlativos a la contratación directa, en los siguientes términos:

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales (Resaltado fuera de texto original).

Del documento se extrae que, si bien señalaba la posibilidad de contratar mediante selección directa, advirtió al aforado que ello dependería de que los trabajos a ejecutar no se prestaran a confusión, es decir, que sugiriera otra modalidad de selección, asociando a dicha advertencia que el alcance del contrato de prestación de servicios profesionales está limitado por el de consultoría al ser definido como «*aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría*».

Anotación de la que se colige que el objeto del contrato debía desarrollarse a través de un contrato de consultoría y no de prestación de servicios, *en la medida que* las actividades

dispuestas para su ejecución no se circunscribieran a las previstas para esa tipología de contrato.

En estas condiciones, siendo el indiciado conocedor de la contratación pública y atendiendo el contenido del documento que justificó la contratación, por ahora resulta discutible afirmar, como lo hace la Fiscalía, que este documento no le permitió advertir la posterior irregularidad en la modalidad del contrato y en la consecuente selección del contratista.

Ahora, los *estudios previos* a que refiere la Fiscalía como apoyo a la solicitud, coinciden con los fundamentos jurídicos del documento suscrito por el jefe de la oficina asesora, es decir, que con base en el literal h), numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007³⁹ y el artículo 3.4.2.5.1. del decreto 734 de 2008⁴⁰, se trata de un contrato de prestación de servicios profesionales regido por contratación directa; además, adopta una versión similar⁴¹ al objeto contractual ofrecida en el documento signado por DAZA CUELLO.

³⁹ 4. **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

⁴⁰ **Artículo 3.4.2.5.1.** *Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.* Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

⁴¹ *PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN, CONSOLIDACIÓN Y ANÁLISIS DE LA MISMA, ASÍ COMO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO PROFESIONAL Y TÉCNICO QUE LE PERMITA A LA ENTIDAD TERRITORIAL DESARROLLAR LOS ESTUDIOS, ANÁLISIS Y PROYECCIONES QUE ESTABLEZCAN LA NUEVA PROPUESTA DE FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN DE LA RED PÚBLICA HOSPITALARIA DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA PONER EN MARCHA LA*

Sin embargo, en el apartado de “*CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS*”, son introducidas las once *obligaciones del contratista*⁴², las cuales, como ya se observó, exceden claramente la naturaleza del contrato de prestación de servicios y se encuadran de manera evidente en las labores propias de la consultoría. Actividades que fueron integradas posteriormente en su totalidad en los documentos suscritos por el aforado el 29 de mayo de 2012, a saber, en el *acto de justificación de contratación directa y contrato de prestación de servicios profesionales especializados No. 105*.

Si bien le asiste razón al delegado de la Fiscalía al afirmar que los estudios previos no indicaban al aforado que las actividades a desarrollar correspondían a un contrato de consultoría; también es cierto que de su lectura emerge claro que el alcance del objeto a contratar era desarrollar y establecer un programa de funcionamiento y reorganización de la red pública hospitalaria del Departamento de La Guajira mediante la realización de diseños, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, y asesoría en el proceso de viabilización técnica del proyecto ante las instancias de financiación, es decir, labores intelectuales que le daban al contrato el carácter de consultoría.

De la lectura en conjunto de los dos documentos se puede establecer:

PROPUESTA DE RED EN LAS ESES DE MEDIANA COMPLEJIDAD CON AREA DE INFLUENCIA EN EL DEPARTAMENTO. El aparte subrayado presenta una variación en relación con la formulación del objeto del contrato que aparece en el documento “Fundamentos jurídicos que justifican la modalidad de selección”.

⁴² Las obligaciones del contratista fueron anotadas y analizadas en el numeral 5.1 de esta providencia.

i) Que el signado por el jefe de la oficina asesora se trata de una justificación preliminar, realizada sobre un objeto contractual amplio que podía encuadrarse tanto en un contrato de consultoría como de prestación de servicios.

ii) El referido documento advierte explícitamente que la modalidad de contratación depende de las obligaciones que se establezcan para desarrollar el objeto contractual.

iii) Las once obligaciones del contratista aportadas en los estudios previos corresponden con aquellas exclusivas de los contratos de consultoría, y permiten discernir el alcance real del objeto en los términos anotado.

Como puede verse de estos documentos no es dable inferir, sin otros medios que lo corroboren, que un funcionario experimentado, dedicado por años a la administración pública y a la representación política, desconozca que un proyecto de *reorganización, rediseño y modernización de las instituciones hospitalarias*⁴³ del departamento cuyas obligaciones incluyen las fases de estudios, estructuración, diseño, viabilización financiera y puesta en marcha, no corresponde a **actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad**, como lo estipula el numeral 3° del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para los contratos de prestación de servicios ni a **servicios de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se deriva del cumplimiento de las**

⁴³ Cfr. Elementos de prueba de la Fiscalía, Bloque 2, Documento: Acto de Justificación de Contratación Directa de fecha 29 de mayo de 2012.

funciones de la entidad como lo describe el Artículo 3.4.2.5.1. del Decreto 734 de 2008.

En otras palabras, estos documentos aportaban la información suficiente para que el aforado pudiera distinguir que se trataba de actividades que debían contratarse a través de consultoría, y no de un contrato de prestación de servicios, cuando las obligaciones a desarrollar en concordancia con el objeto del contrato, se referían a la estructuración y diseño de un programa de reorganización, rediseño y modernización de la red pública hospitalaria departamental⁴⁴; por lo menos sin el aporte de otras pruebas, en este momento no está acreditado para precluir la indagación, que el indiciado celebró el contrato convencido que estaba frente a uno de prestación de servicios y no de consultoría.

Adicionalmente la Fiscalía propuso que algunas de las obligaciones asignadas al contratista hacen parte de aquellas que pueden contratarse directamente por *ser funciones propias de la administración departamental*, lo que habría creado confusión al aforado a la hora de asignar el contrato de manera directa.

Sobre este aspecto la Sala reitera que las obligaciones 7^a a 11^o que destaca la Fiscalía como funciones propias de la administración departamental, son actividades encaminadas a la realización del objeto contractual mediante el cumplimiento de los términos de la propuesta y del contrato, es decir, son labores sujetas a las obligaciones de la consultoría que no

⁴⁴ Cfr. Elementos de prueba de la Fiscalía, Bloque 2, Documento: Acto de Justificación de Contratación Directa de fecha 29 de mayo de 2012.

podrían ejecutarse de manera autónoma, resultando poco convincente derivar de actividades accesorias la naturaleza del contrato y su forma de contratación, o admitir que la decisión equivocada del aforado se fundó en dicha situación.

Ahora, si el error pretende radicarse en el alcance de la definición del *contrato de prestación de servicios profesionales* del Artículo 3.4.2.5.1. del Decreto 734 de 2008, a partir de la expresión "*servicio... que se deriva del cumplimiento de las funciones de la entidad*", basta pensar que los deberes funcionales de las entidades territoriales se ejecutan mediante la actividad contractual adquiriendo bienes o servicios en el marco de sus competencias, lo cual no lleva a la conclusión que cualquier actividad contractual puede desarrollarse mediante contrato de prestación de servicios. De hecho, el mismo artículo fija un claro límite a la contratación directa cuando las actividades se encuadran en las de consultoría, como se consignó repetidamente en los documentos que el aforado tuvo a disposición.

Por último, la Fiscalía adujo que el exgobernador actuó asesorado por DAZA CUELLO quien, en virtud de sus funciones como jefe de la oficina asesora, estuvo a cargo de todo el trámite precontractual sin advertirle a su superior de la posibilidad de contratar a través de un concurso de méritos.

Si bien, se tiene que, tanto en el *acto de justificación de contratación directa* como en el *contrato de prestación de servicios* suscritos por el aforado, se observa anotación de visto bueno o concepto del jefe de la oficina asesora, ello no descarta las conclusiones a que ha llegado la Sala al valorar la prueba

aportada, que no excluye con probabilidad de verdad la existencia del delito o la participación del aforado en él.

La mera anotación del concepto al margen del documento no altera las conclusiones obtenidas hasta ahora, pues no da cuenta de las circunstancias en que se realizaron las revisiones documentales ni de la suficiencia o contenido de las mismas, que permitan establecer con mayor claridad la afirmación de la Fiscalía según la cual la asesoría especializada que recibió por parte de DAZA CUELLO le impidió superar el error o que le indujo a él.

Así las cosas, con los elementos de prueba aportados por la Fiscalía, la Sala no encuentra demostrada la atipicidad subjetiva por error de tipo en el grado de conocimiento requerido, ya que el nivel académico de GÓMEZ CERCHAR no tiene la entidad suficiente para desacreditar el conocimiento que indica su experiencia sobre los elementos del tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Al respecto esta Sala ha sostenido que:

...el conocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo no involucra una comprensión técnica o completa de estos, basta la conciencia que una persona normal pueda tener sobre las consecuencias de sus actos que le permitan representarse la posibilidad de la comisión del ilícito.⁴⁵

Tampoco acredita que carecía de conocimiento sobre contratación estatal, es decir, que desconocía el Estatuto General de la Contratación Pública -Ley 80 de 1993-, por el contrario, de su experiencia se infiere que como ordenador del gasto en el cargo de alcalde en dos periodos constitucionales,

⁴⁵ SEP 105-2023 Rad. 00242

debió aplicar las normas de contratación estatal en el desarrollo de los proyectos por los que se le exaltó en su municipio y departamento, de acuerdo con lo informado mediante la mentada resolución del Consejo Superior de la Universidad de La Guajira.

En esa línea, resulta necesario extender las labores de indagación a los periodos en que el aforado ejerció de alcalde municipal, de manera que sea posible dilucidar con mayor claridad el grado de conocimiento técnico en materia contractual que adquirió en virtud de su trayectoria como administrador público.

No se sostiene la posición de la Fiscalía en cuanto que las condiciones en que fue planteado el objeto a contratar, las obligaciones que lo desarrollaban y las justificaciones que le presentaron sus subalternos, lo llevaron a incurrir en el error al considerar que estaba frente a un contrato de prestación de servicios y no a uno de consultoría. Por el contrario, el concepto jurídico preliminar presentado por DAZA CUELLO le advertía sobre el carácter determinante que tienen las obligaciones asignadas al contratista al momento de definir la naturaleza del contrato y la modalidad de selección del contratista.

Así mismo, los estudios previos definieron con claridad las obligaciones asignadas, las que le daban el carácter al objeto contractual consistente en la configuración de un programa de reorganización, rediseño y modernización de la Red Pública Hospitalaria departamental. Dichos estudios evidenciaban que las actividades a desarrollar aludían a un contrato de

consultoría y no de prestación de servicios, discernimiento que aún no se puede descartar, estaba al alcance del aforado.

En suma, para la Sala, la Fiscalía no acreditó que el indiciado celebró el contrato con la convicción errada de que en el trámite se observaron los requisitos legales esenciales, en particular, que estaba frente a un contrato de prestación de servicios y, por tanto, que la escogencia del contratista podía hacerse directamente; por contraste, los documentos evidencian experiencia y buen desempeño en la función administrativa, de un lado, y una denominación del tipo de contrato opuesta al alcance del objeto y naturaleza del mismo, de otro lado.

En consecuencia, el error del exgobernador no se logra estructurar con la alegada incapacidad de comprender las exigencias legales de la contratación pública o la elaborada forma en que los documentos fueron confeccionados para conferirle apariencia de cumplimiento de las normas que rigen la contratación. La hipótesis sostenida por la Fiscalía no se acompasa con el análisis detallado de los documentos aportados para sustentarla, es deber del ente Fiscal recaudar los medios probatorios necesarios y el análisis de las hipótesis posibles que de ellos se desprendan.

A lo anterior se suma que con el material probatorio aportado por la Fiscalía no se logra advertir, como ya se ha dicho, cuáles fueron las circunstancias en que se realizaron las revisiones documentales ni de la suficiencia o contenido de las mismas. Se desconoce cuáles fueron los procedimientos de revisión y control de los contratos, más allá de la firma formal

del visto bueno, que le imponían al aforado la supuesta falsa e insuperable representación del contenido de los documentos contractuales que tuvo a su disposición.

En esa línea, es importante establecer el procedimiento interno que seguía la administración departamental para la revisión y asesoría de los documentos contractuales; así mismo, determinar qué controles, si existían, ejercía el gobernador sobre el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en el trámite; lo mismo que averiguar si funcionaban comités de evaluación de estudios y documentos previos en relación con los contratos de consultoría según lo dispuesto en la ley, pues la pretendida demostración de ausencia de dolo por la falta de instrucción del exgobernador resulta incongruente con la ausencia de procedimientos apropiados de verificación de los procesos contractuales, que comporten la participación de múltiples funcionarios, que confirieren seguridad y certeza al ordenador del gasto sobre la corrección de los procedimientos y documentos.

La Sala extraña un despliegue más amplio de actividades investigativas que permitan establecer con claridad las circunstancias que rodearon los hechos. Se echa de menos, por vía de ejemplo, la entrevista de JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAR, medio de convicción al que solo podrá acudir con su consentimiento libre, voluntario y debidamente informado, así como la de ROBERTO CARLOS DAZA CUELLO y JORGE JUAN OROZCO SÁNCHEZ, quienes intervinieron directamente en el irregular proceso de contratación, para confrontarlas y poder establecer la manera en que se conformaron los documentos examinados; es decir, las fechas en que se

suscribieron, secuencia y la razón por la que comportan información discordante, que solo se concreta en el documento precontractual firmado por el aforado el mismo día en que suscribe el contrato.

En ese orden, en la solicitud de preclusión la Fiscalía adujo que uno de los elementos de prueba que le permitieron llegar a sus conclusiones son las explicaciones del aforado en los descargos presentados ante la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, información que de ser relevante no pudo ser valorada en la presente decisión por no reposar en las evidencias allegadas. Así mismo, anunció un amplio despliegue investigativo en el que incluyó entrevistas a Jaime Orlando Rois Carrillo, Rosmi Ruth López Bolívar, Miseael Arturo Velásquez Granadillo, Abel José Carrillo, Yubizza de Jesús Pimienta Quintero, Damasco Raúl Parodi Caicedo y Decar Gabriel Solano Solano, que no fueron allegadas como soporte de la solicitud.

Finalmente, llama la atención que haya sido GÓMEZ CERCHAR y no DAZA CUELLO quien profirió el documento precontractual, si en realidad la función estaba delegada en este, siendo dicho documento *-acto administrativo de justificación de contratación directa-* el requisito fundamental, junto a los estudios previos, exigido por la Ley para poder adelantar la contratación directa.

Ante este panorama para la Sala, reitera, la causal de preclusión invocada no se encuentra demostrada.

Contra esta determinación proceden los recursos de reposición y apelación de conformidad con lo establecido en los artículos 176⁴⁶ y 177 (inciso 2º) de la Ley 906 de 2004.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

RESUELVE

PRIMERO. - NEGAR la preclusión de la indagación que por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales adelanta la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en disfavor de JUAN FRANCISCO GÓMEZ CERCHAR, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - NOTIFICAR en estrados esta decisión, y advertir que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

TERCERO. - DEVOLVER la actuación a la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, para que prosiga con la investigación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

Magistrada

⁴⁶De conformidad con el AEP 032-2025, rad. 01161, procede el recurso de reposición, en la media en que dicha norma establece que, salvo las sentencias, contra todas las decisiones se habilita este recurso, incluyendo el auto que resuelve la solicitud de preclusión, debido a su naturaleza interlocutoria.

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA 2025