**BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA**
**Magistrada Ponente**

**SEP00044-2021**
**Radicación N° 45013**
**Aprobado mediante Acta No. 21**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala Especial de Primera Instancia a proferir sentencia dentro del proceso que se adelanta contra LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, otrora gobernador del departamento de Cesar, acusado por la Fiscalía General de la Nación como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo.

## 1. SITUACIÓN FÁCTICA

En el proceso (Radicación 31190), que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia adelantó contra LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR en su

condición de gobernador del departamento de Cesar en el periodo de 1998 a 2000, por la expedición de varios decretos que modificaron las apropiaciones del Presupuesto de Rentas y Gastos del departamento para la vigencia fiscal 1999, sin contar con la aprobación de la Asamblea Departamental, destinando a gastos de inversión los recursos del situado fiscal que correspondían a gastos de funcionamiento del sector docente, y cuyo rubro se ejecutó al suscribir 101 contratos incumpliendo en su trámite, celebración y liquidación los principios de planeación, transparencia, economía y selección objetiva de la contratación pública[1]—, el 9 de junio de 2009 ordenó compulsar copias para investigar las irregularidades contractuales en once contratos, los cuales no había abarcado ese diligenciamiento.

Para tales contratos el gobernador, a través de la Resolución 1497 de 28 de junio y el Decreto 011 de 20 de enero de 1999, delegó la función de ordenación del gasto en relación con el Fondo Educativo Departamental en su Secretario de Educación, Wilson Enrique Molina Jiménez, y en el Gerente de Proyectos Especiales, William Rincón Cortés, respectivamente, quienes adelantaron los siguientes procesos contractuales:

---

[1] En CSJ SP 11 Nov 2009, rad. 31190, GENECCO CERCHAR fue condenado como autor del *"concurso heterogéneo de conductas punibles integrado por sendos concursos sucesivos y homogéneos de prevaricato por acción y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y por el injusto de peculado por apropiación agravado"* a las penas de veinticuatro (24) años y nueve (9) meses de prisión; multa de $10'000.000.00, interdicción de derechos públicos durante diez (10) años; inhabilidad permanente para el desempeño de funciones públicas; e inhabilidad para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años.

| No. | FECHA | CONTRATISTA | OBJETO | TÉRMINO | VALOR | ACTO DELEGACIÓN |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 004 | 01 Febrero 1999 | Yisel Marina Zuluaga de la Hoz | Prestación de servicios profesionales como asesora jurídica de la Oficina de Escalafón y Asuntos Legales de la Secretaría de Educación del Cesar | 7 meses | $21.000.000 | Decreto 011 del 20 de enero de 1999. |
| 014 | 08 Julio 1999 | F.G. Representaciones- Jorge Enrique Flórez | Suministro de 800 tóneres ref. HP51629 y 800 tóneres ref. HP51645. | 90 días | $109.520.000 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 016 | 08 Julio 1999 | Ensuequipo- Carlos Eduardo Arias. | Suministro de materiales y elementos de oficina (tóneres, cintas y cajas de disquetes). | 90 días | $115.780.000 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| Sin # | 27 Sept/bre 1999 | Armando Garrido Campuzano | Mantenimiento pintura colegio *Alfonso López* (Valledupar) | 90 días | $13.188.518 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 038 | 12 Octubre 1999 | Diseñamos Muebles y Suministros- Cipriana Isabel López | Suministro de laboratorios completos de ciencias para básica primaria | 90 días | $125.640.000 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 062 | 29 Nov/bre 1999 | Pina Decoraciones- Josefina Quintero Santiago | Suministro de decoración navideña del edificio del FED y de la Secretaría de Educación Departamental. | 90 días | $19.600.000 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 064 | 01 Sept/bre 1999 | Jainer Alfonso Gutiérrez | Mantenimiento consistente en pintura al colegio Dagoberto Fuentes Zuleta (Valledupar). | 90 días | $18.175.759 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 082 | 29 Dic/bre 1999 | Suministros Raumir- Raumir Escorcia Chacón | Suministro de material didáctico, compuesto por láminas de anatomía básica escolar, ciencias en primaria, ciencias naturales integradas y ciencias sociales. | 60 días | $59.500.000 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 083 | 29 Dic/bre 1999 | Surtisistemas- Elizabeth Duarte Quintana | Suministro de elementos de oficina para la Gobernación del Cesar | 90 días | $32.831.170 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 084 | 29 Dic/bre 1999 | Progreso Ropa Sport- Evely Velásquez Solano | Suministro dotación docentes 1999 (dama). | 90 días | $74.388.600 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |
| 087 | 29 Dic/bre 1999 | Tecnimercadeo- Silvana Cecilia Ropero Medina | Suministro dotación docentes 1999 (caballero). | 90 días | $103.254.550 | Resolución 01497 del 28 de junio de 1999. |

## 2. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, se identifica con la cédula de ciudadanía No. 5.132.089, nació el 1° de septiembre de 1942 en la ciudad de Maicao (Guajira), es hijo de Lucas de Jesús y Elvia, está casado con Denis Martha Zuleta de Gnecco, y fue elegido gobernador del Cesar para el período 1998 a 2000.

## 3. ANTECEDENTES PROCESALES

### 3.1 Etapa de investigación

Con base en la aludida compulsación de copias, la Fiscalía General de la Nación mediante resolución de 12 de noviembre de 2009 inició investigación preliminar[2], luego de la cual por proveído de 27 de septiembre 2012[3] abrió formal investigación penal en contra de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, y una vez lo vinculó mediante indagatoria, adelantada el 14 de diciembre siguiente[4], le resolvió la situación jurídica el 25 de julio de 2013[5] al abstenerse de imponerle medida de aseguramiento.

Clausurada la fase instrucción[6], calificó el mérito sumarial el 29 de agosto de 2014 con resolución de acusación en su contra como presunto autor del delito de

[2] Fol. 7, C.O. No. 1, instrucción.
[3] Fol. 98, C.O. No. 1, instrucción.
[4] Fol. 168, C.O. No. 1, instrucción.
[5] Fol. 230, C.O. No. 1, instrucción
[6] Auto de 18 de octubre de 2013, ejecutoriado el 31 de enero de 2014, fl. 2, C.O. No. 2, instrucción.

contrato sin cumplimiento de requisitos legales, según el artículo 146 del Código Penal de 1980, *modificado por los artículos 57 y 58 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995*, predicando la figura concursal[7], decisión que adquirió firmeza el 31 de octubre de 2014[8].

### 3.2 Etapa de juicio

La fase del juicio la adelantó inicialmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se surtió el término de traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000[9], y se cumplió el 8 de noviembre de 2016 la audiencia preparatoria[10] momento en el cual se resolvieron las solicitudes probatorias elevadas por los sujetos procesales[11].

En virtud de la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018 el proceso fue remitido por competencia a esta Sala de Primera Instancia, el 26 de julio de esa anualidad[12].

La audiencia pública de juzgamiento se surtió en sesiones de 10 de diciembre de 2018[13], 19[14] y 21 de febrero[15], 16 de mayo[16], 26 de junio[17] y 13 de agosto de 2019[18].

---

[7] Fol. 23, C.O. No. 2, instrucción.
[8] Fol. 135, C.O. No. 2, instrucción.
[9] Fol. 9, C.O. No. 1, Causa.
[10] Fol. 240, C.O. No. 1, Causa.
[11] CSJ AP5707-2016, fl. 242, C.O. No. 1, Causa.
[12] Fol. 82, C.O. No. 2, Causa.
[13] Fol. 177, C.O. No. 2, Causa.
[14] Fol. 230, C.O. No. 2, Causa.
[15] Fol. 249, C.O. No. 2, Causa.
[16] Fol. 37, C.O. No. 3, Causa.
[17] Fol. 58, C.O. No. 3, Causa.
[18] Fol. 151, C.O. No. 3, Causa.

Con ocasión de la Emergencia Sanitaria declarada en el territorio nacional a raíz de la pandemia del *covid-19*, y ante las disposiciones administrativas emanadas del Consejo Superior de la Judicatura, esta Sala mediante Acuerdo N° 04 del 16 de marzo de 2020 dispuso suspender los términos de los procesos sin preso, medida que prorrogó, hasta que a través del Acuerdo N° 11 de 1° de julio de la anualidad en cita, levantó tal suspensión.

## 4. RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La Fiscalía General de la Nación estimó satisfechos los requisitos para convocar a juicio al procesado al concluir que en el trámite, celebración y liquidación de los contratos materia de investigación se incumplieron los requisitos esenciales exigidos por la ley y los principios que rigen la contratación pública.

Luego de señalar la génesis de la actuación, al provenir del radicado 31190 que se adelantó en la Sala de Casación Penal de esta Corporación en el cual fue condenado LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR con ocasión de las maniobras presupuestales realizadas al emitir en 1999 varios decretos que facilitaron la apropiación de recursos provenientes del situado fiscal, específicamente en relación con los once contratos materia de esta investigación señaló que en los mismos se presentaron las siguientes irregularidades:

*i)* Ausencia de disponibilidad presupuestal, pues para cumplir los compromisos adquiridos se modificaron

arbitrariamente las asignaciones presupuestales previstas en la Ordenanza 044 de 1998, vulnerando así los principios de planeación, economía, legalidad y especialidad del gasto.

*ii)* Ausencia de estudios previos y proceso de selección objetiva del contratista, en clara violación de los principios de planeación, economía y responsabilidad.

*iii)* Incumplimiento de las exigencias propias para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, en relación con el contrato 004 de 1° de febrero de 1999, para la asesora jurídica en la Oficina Seccional de Escalafón y Asuntos Legales de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cesar.

Para el ente acusador, a pesar de mediar delegación de funciones por parte de GNECCO CERCHAR en los funcionarios William Rincón Cortés y Wilson Molina Jiménez, quienes suscribieron los negocios jurídicos investigados, tal circunstancia no lo exime de responder por las irregularidades contractuales, pues estaba obligado a vigilar la función delegada, por demás, los manejos presupuestales adelantados directamente por él para facilitar la apropiación ilícita de los recursos permitía concluir que prestó su consentimiento a tales situaciones irregulares.

## 5. AUDIENCIA PÚBLICA

En desarrollo de la vista pública los sujetos procesales elevaron las siguientes peticiones:

**5.1 Delegado de la Fiscalía**

Solicitó proferir sentencia condenatoria al estar reunidos los presupuestos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 acerca de la certeza de la materialidad y responsabilidad de las conductas punibles endilgadas al entonces gobernador del departamento del Cesar LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, con base en las siguientes razones:

*i)* En la celebración de los once contratos, que por delegación de la ordenación del gasto se suscribieron en el Fondo Educativo Departamental, además de irregularidades en el manejo presupuestal, no se realizaron estudios previos de conveniencia y oportunidad, hubo fraccionamiento del objeto y algunos de quienes figuraban como contratistas, no existían.

*ii)* La responsabilidad penal del enjuiciado se establece ya que tales contratos fueron económicamente posibles por las ilicitudes antecedentes, concomitantes y posteriores perpetradas por él en materia presupuestal, tales como la legalización de apropiaciones, adiciones, créditos y contra-créditos que facilitaron la apropiación de los recursos a través de la expedición de varios decretos que adicionaron el presupuesto del Fondo Educativo Departamental.

*iii)* La ilegalidad de los decretos proferidos por el enjuiciado es indicativa de que las irregularidades advertidas en los once contratos son producto de un plan que urdió en

la colaboración de sus Secretarios de Educación y Hacienda, para desviar así el destino específico de los recursos transferidos por la Nación, pese a conocer que los mismos debían cubrir las acreencias laborales en educación.

*iv)* Si bien GNECCO CERCHAR a través del Decreto 0011 del 20 de enero de 1999 delegó la facultad para contratar en el titular de la Gerencia de Proyectos Especiales, y posteriormente con la Resolución 001497 del 28 de junio de 1999 en el Secretario de Educación y Cultura del Departamento, tal delegación no lo exime de responsabilidad por las irregularidades en el trámite y celebración de los contratos reprochados, pues en todo caso, omitió su obligación de ejercer la coordinación, vigilancia, control, información y seguimiento de la función delegada, incumplimiento que no es producto de la simple negligencia sino consecuencia de su actuar consciente y voluntario orientado al propósito de lesionar el patrimonio estatal.

Y en cuanto a las pruebas adelantadas en fase de juicio, señaló que los testimonios de los contratistas resultan inanes, debido a su limitada participación en el trámite precontractual.

.- Pese a que William Rincón Cortés afirmó que su rol se limitó a la firma de los contratos y que nada tuvo que ver con los trámites pre y postcontractuales, fue condenado por la justicia por esta y otras conductas delictuales.

.- Raumith Enrique Ariza García mintió en su testimonio pues, en principio, afirmó haber recibido en el almacén los elementos relacionados con los contratos de suministro por los que fue interrogado, afirmación que fue desvirtuada con el testimonio de tres contratistas, quienes dijeron no conocerlo ni haber hecho entrega de los elementos contratados.

.- Wilson Enrique Molina Jiménez indicó no tener vínculo político con el procesado, no obstante, su nombramiento se realizó por coalición con el partido conservador. A la par, reconoció que el gobernador era el encargado de gestionar los recursos y que las modificaciones presupuestales las dirigió directamente GNECCO CERCHAR.

**5.2 Apoderado de la parte civil**

Pidió la emisión de sentencia de carácter condenatorio en contra del incriminado al estar acreditada la configuración del delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales en los once cuestionados suscritos en la vigencia 1999, en los que fueron pretermitidos los principios de planeación, transparencia, selección objetiva, responsabilidad y economía.

Que si bien la delegación, según el artículo 9° de la Ley 489 de 1998, busca el desarrollo de los principios de la función administrativa, no exime de responsabilidad a quien delega, y aquí el procesado no reasumió la competencia como

ordenador del gasto del Fondo Educativo Departamental, ni examinó si los contratos celebrados en ejercicio de la delegación se sujetaban a las disposiciones legales, tal y como lo prescribe el artículo 12 de la citada ley, con lo cual permitió afectar patrimonialmente a la Gobernación del Cesar, cuyos perjuicios deberán ser indemnizados en los montos solicitados en la demanda de constitución de parte civil.

**5.3 Defensor**

El defensor público, tras aclarar que no ha tenido posibilidad de entrevistarse con el procesado y que, por lo tanto, se circunscribe a lo visto y analizado en el expediente, solicitó la emisión de sentencia absolutoria con base en los siguientes argumentos:

*i)* Al cotejar los cargos formulados en la indagatoria y los precisados en la resolución de acusación hay congruencia fáctica, más no jurídica, pues no se le atribuyó algún concurso de delitos y si bien tiene un carácter provisional la imputación hecha en la injurada, no sucede lo mismo frente a la calificación en la cual al delimitar de manera definitiva el contexto fáctico y jurídico del juicio, se señaló que se trataba del delito contenido en el artículo 146 del Código Penal de 1980, sin atribuirle el concurso homogéneo, pues la alusión fue a uno heterogéneo, sin mencionar otros delitos.

*ii)* En la acusación fue citado el artículo 31 del Código Penal para sustentar la modalidad concursal de la conducta, norma esta que en el código vigente para la época de los

hechos (Código Penal de 1980), regula un asunto diverso, al ocuparse del concepto de inimputabilidad.

*iii)* Si bien la Corte Suprema de Justicia ya emitió una sentencia condenatoria contra GNECCO CERCHAR, que derivó en este diligenciamiento, ello no eximía a la Fiscalía de demostrar en este caso los cargos formulados, y a la judicatura de someterse a lo aquí probado.

*iv)* Por la delegación de funciones, los once contratos cuestionados no fueron firmados por el gobernador y como según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la delegación es una modalidad de gestión pública que coadyuva al cumplimiento de la función administrativa, al ser una modalidad lícita en la administración pública, no puede inferirse una actitud dolosa del procesado, como lo sugirió la Fiscalía.

*v)* No puede trasladarse automáticamente la responsabilidad del delegatario al delegante cuando aquel, *motu proprio*, decide apartarse de las reglas y principios que rigen la actividad administrativa.

El delegante no responde objetivamente por las actuaciones del delegatario, lo cual no significa que no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación y seguimiento, los cual puede ser fuente de responsabilidad cuando implique la infracción de la Constitución y la ley, omisión o

extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa.

Y aquí, pudo mediar negligencia del acusado en la gestión de los contratos cuestionados al incumplir con sus deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento de la función delegada, pero como la valoración de la conducta debe hacerse desde la perspectiva de las circunstancias en que actuó la persona y no desde la observación que *a posteriori* formule un jurista desde su particular postura, hay que tener en cuenta que GNECCO CERCHAR tiene grado de instrucción de primero de bachillerato.

*vi)* Como de la delegación surge el principio de confianza hacia el delegatario, no se podía exigir al acusado el seguimiento y control al detalle de cada uno de los desarrollos de las funciones delegadas, pues iría en contravía de la eficiencia y eficacia de la administración, máxime que los órganos de vigilancia fiscal y disciplinaria, así como interventorías, son los encargados de hacer el control previo y posterior a las distintas etapas contractuales.

*vii)* Wilson Enrique Molina Jiménez en su declaración aclaró que la función del entonces gobernador era la obtención de recursos, en tanto que a él como Secretario de Educación le correspondía diseñar las estrategias y proyectos, y las convocatorias se fijaban en las carteleras de la Secretaría, pero era el personal de ésta el que escogía entre

los varios proponentes para la contratación, asuntos en los cuales no tenía injerencia el procesado.

*viii)* Pese a que para la Fiscalía el procesado actuó con la colaboración de los secretarios de educación y hacienda de entonces, no lo acusó como coautor, ni precisó los elementos probatorios que sustentan dicha conclusión.

*ix)* El compromiso penal del enjuiciado no se puede afincar en que facilitó los recursos, pues tal acto es presupuesto lógico de la delegación de funciones contractuales, preguntándose el defensor qué otro funcionario podría obtenerlos, si no era el gobernador.

*x)* Si bien la responsabilidad de su asistido se basó en la delegación de la función contractual y la omisión del deber de informarse del desarrollo de aquella, dichas falencias podían incidir culposamente en la determinación de responsabilidades disciplinarias o fiscales, pero no puede inferirse de ellas la existencia de un plan criminal, consciente y deliberado, como se predica en la acusación.

*xi)* La valoración de la Fiscalía de los testimonios de William Rincón Cortés y Raumith Ariza García, no corresponde a la realidad al tenerlos como referente indiciario para predicar la responsabilidad del enjuiciado, sin embargo, el primero en su declaración en la audiencia pública descartó la comunidad de intereses con el exgobernador, pues pertenecían a diferentes partidos políticos, a la par, aclaró que la gestión del procesado consistía en la obtención de los

recursos económicos y que el Fondo Educativo Departamental y la Secretaría de Educación eran autónomos en los procesos de selección y ejecución de los contratos.

## 6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 6.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, modificatorio, entre otros, de los artículos 234 y 235 de la Constitución Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y emitir sentencia en el presente asunto, pues el fuero que ampara a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR por haber sido gobernador del departamento de Cesar, aun cuando ya no ostenta tal condición, las conductas descritas en la resolución de acusación emitida en su contra por la Fiscalía General de la Nación guardan relación con las esas funciones que desarrolló en el período 1998-2000.

### 6.2 Requisitos para condenar

Con el norte de decidir el objeto del proceso, la Sala partirá del conocimiento que en el grado de probabilidad se requiere para emitir resolución de acusación, frente los presupuestos legales del artículo 232 del estatuto adjetivo penal de 2000 que exige la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad atribuible al procesado, estadio al cual se debe arribar tras la valoración

integral de los medios de convicción a través de la persuasión racional o sana crítica, esto es, sopesándolos a la luz de los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los postulados de la ciencia, como lo dispone el artículo 238 del mismo estatuto.

Para el fin anterior, se debe destacar que para la sentencia no se basta la asunción de la ocurrencia de un suceso, porque para la adecuación típica y subsiguiente declaración de responsabilidad penal es menester motivar la atribución jurídico penal o ligazón con el actuar del procesado, aspecto en el cual debe mediar la precisión del tipo objetivo y subjetivo, así como de quién y cómo o de qué manera desarrolló en todo o en parte la conducta prohibida, sus circunstancias, el objeto sobre el cual recayó, la forma conductual, etc.

Con esa perspectiva, para determinar si en el presente asunto se encuentran reunidos los citados presupuestos, se abordará en primer lugar la definición legal del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y la estructura dogmática que del mismo ha sido perfilada hermenéuticamente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, baremo que servirá para verificar si los comportamientos predicados de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR se adecuan a la descripción típica del concurso homogéneo predicado en la acusación, y si de contera, tales conductas devienen en antijurídicas y culpables.

## 6.3 Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

### 6.3.1 Del tipo objetivo

Esta conducta atentatoria del bien jurídico de la administración pública busca preservar los postulados que de raigambre constitucional la rigen (artículo 209), en cuanto además de estar al servicio de los intereses generales, debe cumplirse con apego a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La descripción típica propende que los ámbitos de tramitación, celebración y liquidación de los contratos estatales se cumplan de acuerdo con las normas que los rigen.

El artículo 146 del Código Penal de 1980 (*modificado por los artículos 57 y 58 de la Ley 80 de 1993; y artículo 32 de la Ley 190 de 1995*), vigente para la época de los hechos, define la conducta en los siguientes términos:

> *«El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años».*

Será tal precepto el que se tenga en cuenta, no sólo porque era el vigente para la época de los hechos, sino por resultar favorable para el procesado frente a la normativa penal de 2000, la cual en el artículo 410 al definir el mismo ilícito prevé una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años, resultando estas dos últimas sanciones más drásticas y, por lo mismo, desfavorables al enjuiciado.

Bajo esta óptica, para la estructuración del ilícito es menester, en primer lugar, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato.

Precisamente, respecto a las formas de comisión, la conducta típica comprende los comportamientos de tramitar el contrato sin observar sus requisitos legales esenciales, o celebrarlo o liquidarlo sin verificar el cumplimiento de las exigencias inherentes a cada etapa[19].

Es un injusto *de mera conducta,* en tanto para su materialidad no requiere un perjuicio concreto al bien jurídico tutelado. La norma sanciona el prevalecer el interés particular en detrimento del provecho común que debe modular la contratación pública.

[19] Cfr. CSJ SP, feb. 9 de 2005, rad. 21547 y CSJ SP, mar 23 de 2006, rad. 21780.

A su turno, se trata de un tipo penal en blanco toda vez que es necesario integrar el supuesto fáctico con las normas que rigen la actividad contractual estatal, cuyo contenido está imbuido en los criterios de transparencia, responsabilidad, igualdad de oportunidades y selección objetiva, principios contemplados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y descritos en los siguientes preceptos así:

*i) Principio de transparencia* (artículo 24), según el cual, la actuación administrativa y, en concreto, la relación jurídica que surge en todo trámite contractual debe regirse por disposiciones y estándares de conducta claros para las partes que permitan adelantar los procesos en condiciones de igualdad para todos los interesados.

Se concreta en la escogencia objetiva del contratista con fundamento en su idoneidad y favorabilidad de la oferta, en motivar expresa y detalladamente el informe de evaluación, adjudicación o declaratoria de desierto, así como en garantizar la publicidad y el derecho de contradicción de todas las etapas del proceso contractual, establecer de antemano las reglas por las que ha de regirse tal trámite y la adjudicación del contrato, así como en actuar sin desviación o abuso de poder.

*ii) Principio de economía* (artículo 25), busca asegurar la eficiencia de la administración en la actividad contractual, para que los procedimientos se surtan de forma ágil y

sencilla, en orden a maximizar los resultados y minimizar los costos para la administración.

*iii) Principio de responsabilidad* (artículo 26), insta a los servidores públicos a dirigir su actividad hacia el cabal cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto acordado y actuar como garantes de los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, debiendo responder por sus acciones y omisiones.

*iv) Principio de planeación,* (artículos 25 y 26), consiste en la obligación de analizar la conveniencia del objeto a contratar, así como el deber de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, pliegos de condiciones o términos de referencia con antelación al trámite de selección del contratista o a la firma del contrato, indicando de forma precisa las reglas para su adjudicación, requisitos que deben cumplir los oferentes con anterioridad a la apertura del proceso licitatorio o al envío las invitaciones a presentar propuestas.

Bajo tal panorama, la debida planeación busca asegurar que la actividad contractual esté precedida de los estudios técnicos, financieros y jurídicos necesarios para determinar su viabilidad económica y técnica, minimizando los riesgos producto de la improvisación y el desorden administrativo y responder así a un verdadero análisis de las necesidades de los administrados.

### 6.3.2 Tipo subjetivo

El delito es estudio admite exclusivamente la forma conductual dolosa, por tanto, han de converger las aristas de *conocimiento* de los hechos típicos y *voluntad* en su realización. En tal medida, es necesario que medie el conocimiento o conciencia de los elementos descriptivos y normativos del tipo penal y que se refieren a la exterioridad de la conducta, así como el volitivo, entendido como el querer realizarlos, de ahí que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

Y si bien se ha tomado por efectos de adecuación típica el artículo 146 del anterior Código Penal, bajo el cual la imputación al tipo subjetivo se ubicaba en sede de culpabilidad, no se advierte alguna incidencia con el matiz finalista que de la acción tomó el ordenamiento sustantivo de 2000, por el cual se ha afirmado que el dolo (así como la culpa y la preterintención), se ubican en el tipo al hacer parte de la acción (tipo subjetivo), porque como lo ha precisado la Sala de Casación Penal, se trata de un dolo neutro o avalorado que se estructura solo con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad se analiza en el ámbito de la culpabilidad como parte del juicio de reproche que se hace.

> *"Debe precisarse que, al respecto, se ha superado el esquema clásico del causalismo (propio de los estatutos penales de 1980 y anteriores), conforme con el cual el dolo, la culpa y la preterintención estructuraban las formas de culpabilidad. En otras*

*palabras, la culpabilidad era y se agotaba en el dolo, la culpa y la preterintención. El dolo era entendido como conocimiento (de los elementos de la conducta punible), voluntad de su realización y conciencia de la antijuridicidad del comportamiento.*

*El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo 'trasladó desde la culpabilidad hasta la tipicidad, comporta un dolo natural, "avalorado', en cuanto se estructura solamente con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad 'se quedó' en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta.*

*En la legislación vigente el dolo no es forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta punible, según se lee con precisión en el artículo 21 del Código Penal. Pero, en contra de lo planteado dentro de las diligencias estudiadas, la conducta dolosa no implica el conocimiento de un simple hecho, sino que, según enseña el artículo 22, 'la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización'. Por tanto, el conocimiento que se exige para la estructuración del dolo, como tipo subjetivo, es el relativo a hechos que tengan relevancia típica".*

En segundo lugar, tampoco tiene trascendencia para el estudio de este comportamiento punible el ingrediente o elemento subjetivo del tipo que exigía el artículo 146 del Código Penal de 1980 relacionado con el fin de obtener un provecho ilícito para el servidor público, el contratista o un tercero, el cual fue eliminado por innecesario en el Código Penal de 2000, porque lo determinante serán los datos

objetivos que permitan evidenciar la ilegalidad del proceso contractual estatal, pues en últimas, la finalidad va incita en la pretermisión de los principios que gobiernan la contratación estatal.

Precisamente, a raíz de ese tránsito legislativo la Sala de Casación Penal[20] señaló que no había alguna variación sustancial en la estructura típica de ambos preceptos, ya que el propósito de obtener provecho del artículo 146 del Código Penal se derivaba del mismo hecho de tramitar, celebrar o liquidar el contrato estatal con inobservancia de los principios y normas aplicables.

### 6.3.3 Correspondencia de la conducta al tipo objetivo endilgado

Conforme con las exigencias aludidas para la estructuración del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la presente actuación está acreditada la calidad de servidor público de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, en tanto se desempeñó como gobernador del departamento del Cesar para el periodo 1998 a 2000, cargo para el que fue electo por votación popular, según la credencial expedida por el Consejo Nacional Electoral[21] y el acta de posesión surtida ante la Asamblea Departamental el 1° de enero de 1998, remitida por la oficina

[20] CSJ SP, 17 jun. 2004, rad. 18608; CSJ SP, 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ SP, 28 nov. 2007, rad. 26857; CSJ SP, 18 dic. 2006, rad. 19392; CSJ SP, 6 may. de 2009, radicación 25495.
[21] Fol. 3, C.A. No. 4.

de archivo del departamento del Cesar con oficio GC-CAC-206 de 15 de diciembre de 2009[22].

En tal virtud, para la época de los hechos era titular de la ordenación del gasto sobre los recursos del departamento del Cesar, acorde con el mandato contenido en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, función que delegó en relación con el Fondo Educativo Departamental-FED-, en su Secretario de Educación, Wilson Enrique Molina Jiménez, y en el Gerente de Proyecto Especiales, William Rincón Cortés, a través de la Resolución 1497 de 28 de junio y el Decreto 011 de 20 de enero de 1999, respectivamente, servidores estos quienes adelantaron los procesos contractuales cuestionados.

En cuanto al desconocimiento de los requisitos legales esenciales en los contratos por los que se procede, para la Sala deviene claro que en su trámite, celebración y liquidación se incumplieron de forma sistemática los principios de transparencia, economía, planeación, responsabilidad, publicidad y selección objetiva exigibles de la contratación administrativa, así como los postulados de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad e imparcialidad que orientan la función pública, por manera que no son más que el reflejo de su ejercicio abusivo y arbitrario en detrimento del interés general, como pasa a explicarse .

En efecto, se destaca preliminarmente el informe CTI No. 748982 de 19 de febrero de 2013[23], contentivo del estudio

[22] Fol. 69, C.O.1 Instrucción.
[23] Fol. 185, C.O. No. 1.

técnico adelantado a las minutas y soportes en el que se detallan las varias irregularidades, las cuales por razones didácticas y prácticas la Sala presenta en el siguiente cuadro:

| No. | CONTRATISTA | OBJETO | MONTO | IRREGULARIDADES |
|---|---|---|---|---|
| **004**<br><br>01 Feb. 1999 | Yisel Marina Zuluaga de la Hoz | Prestación de servicios profesionales como asesora jurídica de la Oficina de Escalafón y Asuntos Legales de la Secretaría de Educación del Cesar | $21.000.000 | No se acreditó la inexistencia de personal de planta idóneo para adelantar la actividad.<br><br>Sin estudio previo de necesidad y conveniencia.<br><br>Sin supervisor/interventor.<br><br>No hubo Certificado de Disponibilidad Presupuestal. Solo se encontró una constancia de existencia de recursos por ese mismo monto de fecha posterior (15 de febrero de 1999).<br><br>Sin pólizas de garantía.<br><br>No hay documentos soporte para el pago correspondiente al mes de mayo de 1999 ni constancia de servicios prestados en el mismo periodo.<br><br>No obra acta de liquidación. |
| **014**<br>08 Jul. 1999 | F.G. Representaciones- Jorge Enrique Flórez | Suministro al FED de 800 tóneres ref. HP51629 y 800 tóneres ref. HP51645. | $109.520.000 | Estudio de conveniencia corresponde a un formato utilizado con independencia del objeto contractual.<br><br>No hay constancia de proceso alguno de selección objetiva.<br><br>Sin Certificado de Disponibilidad Presupuestal. Se contrató con sustento en una constancia de disponibilidad emitida en la misma fecha del contrato por el jefe de presupuesto del FED.<br><br>Obra acta de recibo final y liquidación suscrita por interventor (Jefe Almacén FED- Raumith Ariza García). |
| **016**<br><br>08 Jul. 1999 | Ensuequipo- Carlos Eduardo Arias. | Suministro al FED de materiales y elementos de oficina (tóneres, cintas y cajas de disquetes). | $115.780.000 | El estudio de conveniencia corresponde a un formato utilizado con independencia del objeto contractual.<br><br>No hay constancia de proceso alguno de selección objetiva.<br><br>Sin Certificado de Disponibilidad Presupuestal. Se contrató con sustento en una constancia de disponibilidad emitida en la misma fecha de suscripción del contrato por jefe de presupuesto del FED.<br><br>No medió póliza de garantía.<br><br>No obra acta de entrega, de cumplimiento o liquidación (interventor: Jefe Almacén FED- Raumith Ariza García). |
| **Sin #**<br><br>27 Sep. 1999 | Armando Garrido Campuzano | Mantenimiento pintura colegio *Alfonso López* (Valledupar) | $13.188.518 | No hay constancia de estudios previos y de conveniencia.<br><br>No obra constancia de convocatoria pública.<br><br>No hay constancia de proceso alguno de selección objetiva. |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | | | | Sin Certificado de Disponibilidad Presupuestal.<br><br>No obra póliza de garantía.<br><br>Obra acta de inicio de 20 de octubre y acta final de 9 de noviembre de 1999, suscritas por interventor (Ricardo Rojano- delegado de la Secretaría de Educación Departamental).<br><br>Obra una constancia de recibo a satisfacción del rector de la institución educativa. |
| **038**<br><br>12 Oct. 1999 | Diseñamos Muebles y Suministros- Cipriana Isabel López | Suministro al FED de laboratorios completos de ciencias para básica primaria | $125.640.000 | No hay constancia de estudios previo y de conveniencia.<br><br>Sin constancia de convocatoria pública.<br><br>No hay constancia de proceso alguno de selección objetiva.<br><br>No hay Certificado de Disponibilidad Presupuestal.<br><br>No obran actas de cumplimiento o entrega.<br><br>Acta de liquidación suscrita por interventor (Jefe Almacén FED- Raumith Ariza García). |
| **062**<br><br>29 Nov. 1999 | Pina Decoraciones- Josefina Quintero Santiago | Suministro de decoración navideña del edificio del FED y de la Secretaría de Educación Departamental. | $19.600.000 | No hay constancia de estudios previos y de conveniencia.<br><br>Sin constancia de convocatoria pública.<br><br>Sin constancia de proceso alguno de selección objetiva (solo se encontró copia de una cotización sin fecha presentada por el contratista).<br><br>Sin Certificado de Disponibilidad Presupuestal (Se encontró copia del registro presupuestal No. 0235 de 29 de noviembre de 1999).<br><br>No hay póliza de garantía (se encontró copia de la Resolución 2265 de 6 de diciembre de 1999, por la cual se aprobó la póliza de cumplimiento).<br><br>Sin interventor o supervisor.<br><br>Sin actas de entrega, de cumplimiento o de liquidación del contrato. |
| **064**<br><br>01 Sep. 1999 | Jainer Alfonso Gutiérrez | Mantenimiento consistente en pintura al colegio *Dagoberto Fuentes Zuleta* (Valledupar). | $18.175.759 | Sin constancia de estudios previos y de conveniencia.<br><br>Sin constancia de convocatoria pública.<br><br>Sin constancia de algún proceso de selección objetiva (se encontró cotización del 31 de agosto de 1999, pero no contiene características del mantenimiento a adelantar ni el valor cotizado).<br><br>No está el Certificado de Disponibilidad Presupuestal (Se encontró copia del registro presupuestal No. 0091 de 1 de octubre de 1999).<br><br>No obra póliza de garantía (Se encontró copia de la resolución 1578 de 13 de octubre de 1999, con la cual se aprobó la póliza).<br><br>Obra acta de inicio de 19 de octubre y acta final de 3 de diciembre de 1999, suscritas por interventor (Ricardo |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | | | | Rojano- delegado de la Secretaría de Educación Departamental). |
| **082**<br><br>29 Dic. 1999 | Suministros Raumir- Raumir Escorcia Chacón | Suministro al FED de material didáctico, compuesto por láminas de anatomía básica escolar, ciencias en primaria, ciencias naturales integradas y ciencias sociales. | $59.500.000 | Obra documento denominado concepto de conveniencia, sin fecha, en el que genéricamente se indica que existe la necesidad de su suministro.<br><br>No hay constancia de proceso alguno de selección objetiva.<br><br>Sin pólizas de garantía.<br><br>Sin actas de entrega, cumplimiento o liquidación (interventor: Jefe Almacén FED- Raumith Ariza García). |
| **083**<br><br>29 Dic. 1999 | Surtisistemas- Elizabeth Duarte Quintana | Suministro de elementos de oficina para la Gobernación del Cesar | $32.831.170 | No hay constancia de estudios previos y de conveniencia.<br><br>Sin constancia de proceso alguno de selección objetiva.<br><br>Sin póliza de garantía.<br><br>No hay actas de entrega, cumplimiento o de liquidación interventor: Jefe Almacén FED- Raumith Ariza García). |
| **084**<br><br>29 Dic 1999 | Progreso Ropa Sport- Evely Velásquez Solano | Suministro dotación docentes 1999 (dama). | $74.388.600 | Con idéntico objeto se celebró el contrato 087 de la misma fecha, sin justificación.<br><br>De este contrato no se encontró ningún soporte documental, solo la minuta del contrato. |
| **087**<br><br>29 Dic 1999 | Tecnimercado- Silvana Cecilia Ropero Medina | Suministro dotación docentes 1999 (caballero). | $103.254.550 | Con idéntico objeto se celebró el contrato 084 de la misma fecha, sin justificación.<br><br>De este contrato no se encontró ningún soporte documental, solo copia de la minuta del contrato. |

Como lo deprecaron los representantes de la Fiscalía y de la parte civil en sus alegaciones, con las pruebas practicadas en la audiencia pública se corrobora lo destacado en la resolución de acusación ante las plurales violaciones a los principios de la contratación administrativa, lo cual es patente desde la fase precontractual dada la ausencia absoluta de estudios y documentos previos cuya omisión, defecto que se advierte en los once contratos materia de juzgamiento.

Recuérdese que en virtud del principio de planeación, previo al inicio de todo proceso contractual se requiere elaborar un análisis serio que permita identificar la necesidad que la entidad pública pretende satisfacer, el

objeto a contratar con sus especificaciones de cantidad y calidad, la modalidad de contratación escogida, los recursos disponibles para satisfacer el requerimiento, el valor del contrato, así como el criterio para la selección del contratista, presupuestos cuya trascendencia radica en ser el soporte para la elaboración del pliego de condiciones o de la convocatoria pública, según se trate, y del contrato mismo.

Pero aquí, ninguna de tales exigencias se cumplió a cabalidad, ni en el contrato de prestación de servicios, ni en los de suministro o los de mantenimiento, bien porque se obvió por completo adelantar el estudio previo de conveniencia y oportunidad, o simplemente se utilizó un formato sin consideración alguna a las particularidades del objeto contractual, como sucedió en los contratos 014, 016 y 082 de 1999, en los que con idéntico argumento se anunció, sin mayores consideraciones, la necesidad del suministro.

En relación con el contrato de prestación de servicios No. 004 de 2 de febrero de 1999, además de la ausencia de los estudios previos y la valoración de la necesidad, no obra la certificación que por mandato del artículo 3° del Decreto 1737 de 1998 debía acompañarse al proceso precontractual con el propósito de acreditar la inexistencia de personal de planta idóneo para adelantar la labor a contratar.

Tampoco se determinó adecuadamente el valor de los contratos ni la disponibilidad de los recursos necesarios para su perfeccionamiento, como claramente se advierte de la ausencia de los certificados de disponibilidad presupuestal,

omisión suplida en algunos casos con una constancia suscrita por el jefe de presupuesto del Fondo Educativo Departamental indicando la existencia de recursos por el mismo monto del contrato, tal como sucedió en la orden de prestación de servicios No. 004 de 1 de febrero de 1999 y los contratos de suministro No. 014 y 016 de 8 de julio del mismo año.

La ausencia de los aludidos certificados evidencia que los procesos contractuales se iniciaron sin contar con la debida disponibilidad presupuestal y que, para cumplir los compromisos adquiridos, GNECCO CERCHAR realizó modificaciones al Presupuesto de Ingresos y Gastos del Fondo Educativo Departamental sin la autorización de la Asamblea Departamental, mediante la expedición de sucesivos decretos que le permitieron disponer ilegalmente de los recursos con destinación específica trasladados por la Nación por concepto de Situado Fiscal.

Con dicho propósito, se afectaron rubros que no correspondían a los previstos legalmente al objeto del contrato, como puede apreciarse en los de suministro 014 y 016 de 8 de julio; 038 de 12 de octubre; 082 y 083 de 29 de diciembre de 1999; celebrados con cargo al rubro *Otros Materiales y Suministros* (Código 01-2.1.1.2.), pero que según se consignó en el informe CGR-CDSS de 6 de febrero de 2001 de la Contraloría General de la República[24], debieron afectar

[24] Fol. 86, C.A. No. 7.

el de *Compra de Equipo*, por tratarse de elementos devolutivos que requerían inventariarse.

En otros casos, el pago de los convenios se adelantó con cargo a partidas distintas a las consignadas en el clausulado, como se observa en el contrato 062 de 29 de noviembre de 1999, celebrado con cargo a la Unidad 01- Administración General, 1.2. Gastos Generales, 2.1.2.2. Materiales y Suministros, conforme se consignó en la cláusula cuarta del mismo, pese a lo cual, su pago se ordenó con cargo al rubro *Otros Suministros*, Código 2.1.1.2. según se aprecia de la orden de pago (Resolución 2264 de 6 de diciembre de 1999 y el registro presupuestal respectivo).

Asimismo, se celebraron contratos con cargo a rubros que no contaban con disponibilidad, como sucedió con el contrato 064 de 1 de septiembre de 1999 para el mantenimiento de pintura del colegio *Dagoberto Fuentes Zuleta*, cuyo registro presupuestal es de fecha posterior (1° de octubre).

Igual sucedió con rubros que para el momento de autorizarse el pago ya habían sido modificados, como en el caso del convenio 038 de 12 de octubre de 1999, celebrado con cargo al rubro 01, Código 2.1.1.2. según la cláusula quinta de su articulado, modificado posteriormente mediante decretos 370 de 27 de octubre y 427 de 19 de noviembre de 1999.

A juicio de la Sala, estas maniobras presupuestales no tenían objeto distinto a la legalización de contratos celebrados sin contar con la debida disponibilidad a través de múltiples operaciones de crédito y contra-crédito que facilitaron la adición de recursos en los rubros afectados con los negocios jurídicos, operaciones con las que se formó una verdadera maraña de actos administrativos emitidos para ocultar las ilegales operaciones presupuestales y que impidió la determinación exacta de las partidas comprometidas, según se explicó en el informe de policía judicial No. 389033 de 11 de marzo de 2008[25].

Lo anterior es patente ante la cantidad de decretos modificatorios del presupuesto emitidos en el año 1999: 0088 de 15 de marzo, 0157 de 14 de mayo, 0228 de 28 de junio, 0238 de 3 de agosto, 0279 de 18 de agosto, 0303 de 3 de septiembre, 0314 de 20 de septiembre, 0370 de 27 de octubre, 0427 de 19 de noviembre, 0502 de 17 de diciembre y 0516 de 22 de diciembre, -11 en total-, aunado a la ausencia de soportes contables de las partidas afectadas o de los pagos realizados a los contratistas y el registro de compromisos globales, incluso, a la falsa información en los considerandos de los actos administrativos al no coincidir con la consignada en los rubros presupuestales.

De otro lado, emerge evidente que tampoco se cumplió proceso alguno de selección objetiva, pues no obra constancia del agotamiento de la necesaria evaluación de las

[25] Fol. 140, C.A. No. 6.

ofertas, de la idoneidad de los contratistas o de la aplicación de criterios objetivos para su escogencia.

Sobre este particular, resultan esclarecedores los testimonios que en el curso de la audiencia de juzgamiento rindieron algunos de los beneficiados con la adjudicación de los contratos, como Jorge Enrique Flórez Carrillo[26], representante legal de F.G. Representaciones, quien suscribió el contrato 014 de 8 de julio de 1999 para el suministro al Fondo Educativo Departamental de 800 tóneres de referencia HP51629 y 800 más de referencia HP51645, pues relató cómo fue contactado por Juan Carlos Cortés Carrillo, quien lo inscribió en el Registro Único de Proponentes y preparó toda la documentación necesaria, convenciéndolo de presentar una cotización para la venta de los señalados elementos de oficina, objeto ajeno a la actividad comercial que de manera informal desarrollaba y que, por lo mismo, no estaba en condiciones de cumplir.

Lo propio afirmó Raumir Escorcia Chacón[27], contratista en el convenio 082 de 29 de diciembre de 1999 para el suministro de material didáctico, quien al ser interrogado sobre el vínculo contractual afirmó que un conocido suyo, de nombre Juan Carlos, le propuso participar en un concurso (sic), aclarando que se trató de un "*montaje*", porque él no tenía ningún establecimiento de comercio y que fue Juan Carlos quien se encargó de elaborar la oferta y demás documentos requeridos, limitándose el testigo a firmarlos.

---

[26] Audiencia de juzgamiento, sesión de 10 de diciembre de 2018.
[27] Audiencia de juzgamiento, sesión de 19 de febrero de 2019.

En el mismo sentido, obra la declaración de Carlos Eduardo Arias Vanegas[28], beneficiario del convenio 016 de 8 de julio de 1999 para el suministro de materiales y elementos de oficina, quien declaró que su cuñado, quien se desempeñaba como almacenista del Fondo Educativo Departamental[29], lo refirió con Jesús Alberto Lemus (alias *Pocholo*), persona esta que conjuntamente con William Saade, Secretario de Hacienda de la época, manejaba la contratación del Fondo.

El testigo aseguró que a su nombre se constituyó una empresa denominada *Ensuequipos*, a través de la cual suscribió por lo menos 3 contratos para el suministro de materiales de oficina, actividad comercial que no ejercía y obviamente de la que no tenía alguna experiencia, precisando que en cada ocasión le entregaban una carpeta con todos los documentos requeridos para la celebración el contrato, pero nunca se enteró cuál era su objeto, pues se limitó a firmar.

El mismo deponente aclaró que la empresa creada a su nombre era solo una "*fachada*", y que Lemus y Saade tenían montada una verdadera empresa paralela que funcionaba en la casa paterna de este último, quienes en realidad ejecutaban los contratos, relatando que las entregas se realizaban en el almacén del Fondo Educativo Departamental a altas horas de la madrugada en camiones provenientes de Bogotá, Medellín y otras ciudades, circunstancia que le consta porque en algunas ocasiones ayudó a descargar la

[28] Audiencia de juzgamiento, sesión de 21 de febrero de 2019.
[29] Se refiere a Raumith Enrique Ariza García.

mercancía, y que incluso él consiguió otros potenciales contratistas, entre ellos, su esposa, Belén María Serpa, y su primo, Jainer Alfonso Gutiérrez.

Este último, por su parte, corroboró la versión de Arias Vanegas al afirmar que el contrato 064 para el mantenimiento de la pintura del colegio *Dagoberto Fuentes Zuleta*, que suscribió el 1° de septiembre de 1999 por sugerencia de su primo, nunca se ejecutó, ignorando incluso qué documentos firmó y las obligaciones contractuales que contrajo[30].

Indicativos de la escogencia y utilización indiscriminada de varias personas para amañar la contratación, se aprecian los testimonios de Evely Velásquez Solano y Silvana Cecilia Ropero Medina[31], quienes, pese a admitir que presentaron cotizaciones al Fondo Educativo Departamental para el suministro de la dotación que por ley corresponde a los docentes del departamento, negaron categóricamente haber suscrito cualquier contrato con la administración. No obstante, al ponerles de presente las firmas impuestas en los negocios jurídicos 084 y 087 de 29 de diciembre de 1999, las reconocieron como propias, aseverando no recordar si los contratos se perfeccionaron o si se cumplió su objeto.

Finalmente, se cuenta con el testimonio de Raumith Enrique Ariza García[32], almacenista del Fondo Educativo Departamental para la época de los hechos y supervisor de

[30] Audiencia de juzgamiento, sesión de 21 de febrero de 2019.
[31] Audiencia de juzgamiento, sesión de 21 de febrero de 2019.
[32] Audiencia de juzgamiento, sesión de 21 de febrero de 2019.

los contratos 014 y 016 de 8 de julio, 082 y 083 de 29 de diciembre de 1999, quien en principio se mostró ajeno a las maniobras ilegales en el trámite y celebración de los convenios objeto de reproche, pero seguidamente admitió que la contratación era manejada por Jesús Alberto Díaz Torres y William Saade Vergel, quienes definían los objetos a contratar y elegían "*a dedo*" a los beneficiarios con la adjudicación, quienes eran "*reclutados*" en Valledupar para que sirvieran de "*firmones*" en los contratos de interés de aquellos.

Indicó igualmente que las mercancías adquiridas sí eran entregadas en el almacén refiriendo, al igual que Carlos Eduardo Arias Vanegas, que en ocasiones se entregaban en horas no hábiles y se recibían por orden directa del Secretario de Educación.

Y de atender el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) que impone al funcionario judicial en la valoración testimonial sopesar diversos factores referentes a la naturaleza del objeto percibido, el sentido a través del cual el sujeto aprehendió el hecho, las circunstancias de tal percepción, así como la forma de evocación y narración del suceso, etc., para la Sala resultan dignas de crédito estas atestaciones de quienes fungieron como contratistas en los convenios cuestionados no solo porque provienen de quienes pueden dar fe de las ilegales circunstancias que rodearon las fases precontractual, contractual y postcontractual, al haber participado en ellas, sino porque sus exposiciones espontáneas en la vista pública

encuentra corroboración con los hallazgos encontrados en los albores de la investigación relacionados con la ausencia de constancias documentales que acreditaran el cumplimiento de los presupuestos esenciales necesarios para su regular trámite.

Con fundamento en los aludidos elementos de convicción se advierte que en los procesos contractuales que nos ocupan se incurrieron en múltiples irregularidades consistentes en la no elaboración de los estudios de conveniencia y oportunidad requeridos para la correcta identificación de la necesidad y la forma más eficiente de suplirla, el adelantamiento del trámite precontractual sin contar con la debida disponibilidad presupuestal y la falta de un verdadero proceso de selección objetiva precedido del análisis técnico y financiero de la oferta y la verificación de los requisitos habilitantes que permitiera identificar adecuadamente la propuesta más favorable, bajo criterios objetivos relacionados con el precio, plazo, cumplimiento, calidad y experiencia.

Por eso no le asiste razón al defensor en su pedimento de absolución, ya que el análisis conjunto de la prueba permite afirmar, sin dubitaciones, que la publicación de los avisos e invitaciones a contratar y las cotizaciones presentadas no fueron más que un pretexto para encubrir la actividad contractual amañada y direccionada a favor de terceros, dispuestos a prestar su nombre para adelantar el irregular accionar, lo que ocurrió no solo en los convenios que aquí nos ocupan, sino en la totalidad de los negocios

jurídicos que ya fueron objeto de pronunciamiento por esta Corporación en sentencia CSJ SP 11 nov. 2009, dentro del radicado 31190.

En efecto, en el aludido fallo de condena se acreditó la forma como operó una verdadera empresa criminal por parte del procesado junto Wilson Enrique Molina Jiménez y William Rincón Cortés, pues prevalido de la delegación de la función contractual a éstos, *"por él nombrados y promocionados a los cargos de Secretario de Educación y Jefe del Presupuesto del Fondo Educativo Departamental, respectivamente, precedida de la estrecha relación de amistad y filiación política que sostenía con ellos, fue la única que le permitió entregar cuantiosos recursos estatales a los contratistas, previamente movilizados a través de los once decretos ilegales con los cuales dio inició a la nefasta empresa criminal"* (folio 69 de la sentencia).

Pero además, el hecho cierto relacionado con que sus dos subalternos aceptaron su responsabilidad penal en el entramado dispuesto para afectar las arcas departamentales corrobora el compromiso directo del gobernador en el incumplimiento voluntario de las normas que regían los procesos contractuales, pues como se concluyó en la sentencia ya citada *"...las múltiples irregularidades que rodearon los numerosos procesos contractuales objeto de investigación; que éstas se hubieran presentado en todas las etapas; los cuantiosos recursos económicos que se comprometieron; la forma sistemática como se repitieron los contratistas; los objetos de los negocios jurídicos; y, la coincidencia en los valores convenidos a pesar de tratarse de servicios diferentes; el conocimiento concreto de la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por parte de los delegados y que aceptaron en el curso de las investigaciones penales que les adelantó la Fiscalía por separado, dada la ausencia de fuero; y*

*la certeza que tenía el delegante del efecto nocivo del incumplimiento del pago de los salarios y las prestaciones sociales del magisterio cesarense a causa de la malversación de los recursos públicos original y legalmente destinados a la cancelación de dichas obligaciones, referida al analizar el cargo por prevaricato por acción, en cuanto el cese de actividades a que se vieron avocados repercutió desfavorablemente en su calidad de vida y en la educación de la población infantil y juvenil de esa región".* (folio 70 y 71 del fallo).

Al respecto cabe señalar que de la relación de más de un centenar de contratos del Fondo Educativo Departamental en que se encontraron irregularidades de naturaleza fiscal, disciplinaria y penal para la vigencia 1999, se identifica un grupo de contratistas que de forma reiterada suscribieron contratos con la administración departamental para la prestación de bienes y servicios de evidente disparidad, circunstancia que por sí sola desvirtúa la idoneidad de las propuestas allegadas en su nombre.

Así, por ejemplo, Jainer Alfonso Gutiérrez, además del contrato 064 de 1 de septiembre para el mantenimiento de pintura del colegio *Dagoberto Fuentes Zuleta,* suscribió los contratos 049 de 8 de noviembre, 074 de 27 de diciembre y 100 de 30 de diciembre de 1999, para el suministro de enciclopedias escolares y material bibliográfico.

A su turno, Carlos Eduardo Arias Vanegas, aparte del contrato 016 de 8 de julio para el suministro de elementos de oficina (tóneres, cintas y cajas de disquetes), celebró dos más para la adquisición de 690 sillas para conferencia,

identificados con los consecutivos 032 de 29 de septiembre y 067 de 27 de diciembre de 1999.

De igual manera, en la relación de contratos investigados en el radicado 31190 obra a nombre de Elizabeth Duarte Quintana el contrato 052 de 8 de noviembre de 1999 para la compra de 500 estabilizadores electrónicos de voltaje, quien también suscribió el contrato 083 de 29 de diciembre (suministro de elementos de oficina), que hace parte de los convenios aquí censurados.

En las mismas condiciones se encuentra Cipriana Isabel López Mendoza, a quien se le asignó el contrato de suministro de laboratorios de ciencia bajo el consecutivo 038 de 12 de octubre de 1999 aquí investigado, al igual que el contrato 018 de 8 de julio del mismo año para la adquisición de 650 sillas para conferencia, éste último cobijado por la sentencia proferida en la actuación 31190, en cuyo trámite confesó que prestó su firma para la presentación de la oferta.

Paralelamente, del estudio de los objetos contratados y su monto emerge evidente el fraccionamiento del objeto contractual en al menos 6 de los negocios jurídicos que nos ocupan, respecto de los cuales se ignoran las circunstancias que condujeron a su adquisición mediante plurales negocios jurídicos, pues en manera alguna se justificó tal proceder por la administración departamental.

Para el efecto, recuérdese que conforme la jurisprudencia de esta Corporación, para la demostración del

fraccionamiento del objeto contractual deben concurrir las siguientes circunstancias: *i)* que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya regularidad se cuestiona; y *ii)* determinar las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar obedeció a criterios razonables de interés público, o si por el contrario, los motivos se contraen al desconocimiento de las normas de contratación pública y el favorecimiento de intereses particulares, en detrimento del interés general que debe regir tal actividad.

Así, esta Sala Especial de Primera Instancia en decisión CSJ SEP, 24 feb. 2021, rad. 49599, señaló que:

> *"El fraccionamiento de un contrato público ocurre cuando pese a unificar el objeto en un solo acto, se divide en varios con la finalidad de eludir un requisito previsto en la ley*[33].
>
> *Es una conducta contraria al principio de transparencia y se da cuando frente a un único contrato la entidad pública lo fragmenta, subestimando el valor inicial con el fin de que la cuantía no supere los montos señalados en el literal a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para contratar directamente*[34].
>
> *Técnicamente se configura cuando la administración artificiosamente destruye la unidad natural de objeto contractual, y al mismo tiempo realiza otros con el propósito de evadir la licitación pública o sujetarse a un trámite menos estricto y riguroso*

[33] (cita en el texto) CSJ SP 26 marzo 2009, rad. 29089; reiterado en SP15528-2016, rad. 40383.
[34] (cita en el texto) CE 25000232600020020372, 29 abril de 2015, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo.

*en reemplazo del que se imponía*[35]".

En relación con lo que debe entenderse por unidad natural de objeto, en la misma decisión que viene de citarse se advirtió que dicho concepto "*hace referencia a la especie de los bienes u obras contratadas de género determinado, sin que la ley prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (género), pero sí en el evento de que correspondan a la misma especie, o sea cuando contengan particularidades y especificaciones iguales que los identifican y les dan una individualidad imposible de confundir con otra*"[36].

Quiere decir lo anterior, que el fraccionamiento se materializa cuando quiera que se divida la unidad de un objeto contractual que satisface una misma necesidad y finalidad específica, sin justificación atendible.

Estas precisiones permiten concluir que en este caso, tales presupuestos concurren respecto de los siguientes contratos celebrados en 1999:

*i)* 014 de 8 de julio con F.G Representaciones-Jorge Enrique Flórez para el suministro de 800 tóneres referencia HP51629 y 800 tóneres referencia HP51645 y el 016 celebrado ese mismo día con la empresa Ensuequipo-Carlos

---

[35] (cita en el texto) *Cfr. idem.* También: CSJ SP5635-2016, rad. 41009.
[36] (cita en el texto) C.E. Concepto 328 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil. Allí se conceptuó que: *"La ley no impone, en ningún caso, obligación de celebrar un solo contrato cuando se trata de cosas del mismo género, como sí la impone cuando se trata de cosas de la misma especie".* Criterio acogido en: CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35660; CJS SP 26 mayo 2010, rad. 30933; CSJ SP 24 oct. 2012, rad. 33714; CSJ SP15528-2016, rad. 40383, entre otras.

Eduardo Arias para el suministro de materiales y elementos de oficina tóneres, cintas y cajas de disquetes.

*ii)* 038 suscrito el 12 de octubre con la empresa Diseñamos Muebles y Suministros-Cipriana Isabel López, para el suministro de laboratorios completos de ciencias para básica primaria y el 082 de 29 de diciembre con Suministros Raumir- Raumir Escorcia Chacón, para el suministro de material didáctico compuesto por láminas de anatomía básica escolar, ciencias en primaria, ciencias naturales integradas y ciencias sociales.

*iii)* 084 de 29 de diciembre con la firme Progreso Ropa Sport-Evely Velásquez Solano para el suministro de dotación de docentes (dama) y el 087 de la misma fecha con Tecnimercadeo-Silvana Cecilia Ropero Medina para el suministro de dotación de docentes (caballero).

Se advierte en tales parejas de contratos que responden a una misma necesidad, pero fueron fraccionados sin justificación alguna, con el claro propósito de evadir los criterios de selección objetiva como pasa a explicarse:

*i)* El objeto de contrato 014 era el suministro de 1600 unidades de tóner con destino al Fondo Educativo Departamental, por un valor de $109.520.000 y en la misma fecha y con destino a la misma dependencia se suscribió el contrato 016 para también suministrar tóneres, cintas y cajas de disquete por un valor de $115.780.000.

Frente a la unidad natural del objeto contractual puede afirmarse que en principio la necesidad a suplir mediante el negocio jurídico 016 bien podía haber incluido aquella relativa al otro contrato, respecto del cual es artificiosamente distinto solo en relación con la referencia de los elementos adquiridos por este último. No obstante, tal diferencia es solo aparente, en la medida en que las circunstancias que rodearon su perfeccionamiento permiten concluir que la reseñada actividad contractual en estudio nunca tuvo por propósito satisfacer verdaderas necesidades de la entidad pública, sino que estuvo dirigida a servir de instrumento para esquilmar el patrimonio del Fondo Educativo Departamental en beneficio de intereses particulares.

Para ello, téngase en cuenta que el contrato 014 de 1999 fue suscrito por Jorge Enrique Flórez, testigo que admitió en la vista pública que para acceder a ese negocio fue contactado por Juan Carlos Cortés Carillo, quien se encargó de inscribirlo en el Registro Único de Proponentes y preparar la cotización respectiva, incluyendo dos propuestas más, a cambio de lo cual recibió 2 millones de pesos, desconociendo de plano si los elementos se entregaron al almacén o no[37], irregularidad igualmente denunciada por Carlos Eduardo Arias Vanegas, quien de viva voz señaló ante esta Sala que a su nombre se registró la razón social denominada Ensuequipos, a través de la cual suscribió al menos 3 contratos en los que se limitó a firmar los documentos relacionados con los mismos[38].

[37] Audiencia de juzgamiento, sesión de 10 de diciembre de 2018.
[38] Audiencia de juzgamiento, sesión de audiencia de 21 de febrero de 2019.

Según certificó el Secretario de Hacienda del Departamento del Cesar[39], el presupuesto departamental para la vigencia 1999 ascendía a la suma de $187.000.888.737, equivalentes a 790.835 SMLMV (de la época). Por tal razón, en materia contractual, cualquier transacción por monto superior a $141.876.000[40] debía adelantarse por licitación pública, en los términos del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por Decreto 62 de 1996.

Siendo ello así, se concluye que los contratos 014 y 016 de 8 de julio de 1999, de haberse adelantado en un solo proceso contractual, habrían alcanzado un total de $231.300.000 suma muy superior a la fijada para la contratación de menor cuantía, lo que obligaba a adelantar el proceso de selección pública por licitación.

*ii)* Lo propio sucedió con los contratos 038 de 12 de octubre y 082 de 29 de diciembre, que tenían por común propósito el suministro de material didáctico de ciencias para básica primaria, por valor de $125.640.000 y $59.500.000 respectivamente, cuya sumatoria ($185.140.000) superaba el limite ya referenciado para la menor cuantía, a la par que sus beneficiarios, Raumir Escorcia Chacón y Cipriana Isabel López, admitieron, el primero en su declaración ante esta Sala y la segunda dentro del radicado 31190, que su

[39] Fol. 57, C.O. No. 1 instrucción.
[40] Siguiendo los lineamientos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 62 de 1996, acorde con el presupuesto de la entidad territorial, la mayor cuantía (superior a 600 SMLMV) partía de $141.876.000, la menor cuantía (hasta 600 SMLMV) desde $14.187.600 hasta $141.876.000, y la mínima (10% de la menor), hasta $14.187.600.

participación en los procesos contractuales se limitó a firmar las propuestas, facturas de venta, cuentas de cobro y demás documentos relacionados con los citados contratos.

*iii)* La misma situación se observa respecto de los contratos 084 y 087 de 29 de diciembre de 1999, mediante los cuales se adquirió la dotación para los docentes del departamento, contratos que ascendían a la suma global de $177.643.150 y fueron discriminados, sin mayores justificaciones, para atender la necesidad de damas en el primero y caballeros en el segundo. En cuanto a las circunstancias de perfeccionamiento de estos, llama poderosamente la atención que tanto Evely María Velásquez Solano como Silvana Cecilia Ropero Medina indicaron bajo la gravedad del juramento en el juicio ante esta Sala, que presentaron cotizaciones a la administración departamental pero que no recuerdan haber sido beneficiadas con el contrato, ni haberlo ejecutado.

En conclusión, con fundamento en las circunstancias descritas y los testimonios de quienes a la postre fungieron como contratistas, se aprecia la corrupta finalidad con que se adelantaron los procesos contractuales en estudio, para lo cual los funcionarios públicos falsearon en su integridad los procesos contractuales, dándole así apariencia de legalidad para facilitar la apropiación de los recursos públicos, siendo una de tales herramientas precisamente la segmentación de objetos contractuales orientada a soslayar las normas relativas a los procesos de selección objetiva.

Bajo esta perspectiva, admitido como está que en los contratos de 1999; 014 y 016 de 8 de julio; 038 de 12 de octubre y 082 de 29 de diciembre; así como 084 y 087 de 29 de diciembre, se fragmentó el objeto contractual mediante la utilización de un mecanismo dirigido a trasgredir idénticos principios de la contratación pública con la finalidad de evadir la licitación pública, ha de afirmarse que tales conductas, en cada par de contratos, se cometieron con dolo global o unitario, mediante el cual se infringió gradualmente el bien jurídico de la administración pública.

Así entonces, en cada par de contratos (014 y 016), (038 y 082), (084 y 087), se predica la tipificación de un solo delito del descrito en el artículo 146 del Código Penal de 1980, dado que como ya se evidenció hubo fraccionamiento, tesis cuya admisión en eventos de esta especie ha sido admitida por esta Sala Especial de Primera Instancia, entre otras, en decisión CSJ SEP, 24 feb. 2021, rad. 49599, oportunidad en la que se afirmó:

> *"Sobre la unidad de acción y el delito continuado, esta Corporación ha sostenido que si en la secuencia del actuar delictivo se infringen ciertas disposiciones normativas ello no significa que se ha de deducir un delito por cada norma transgredida por cuanto hacen parte de un contexto de acción más amplio encaminado a un fin*[41].
>
> *«Los elementos de este último son: (i) pluralidad de comportamientos que realizan un mismo tipo penal; (ii) unidad de designio o lo que es igual, dolo unitario y global; y, (iii) vulnerabilidad gradual del bien jurídico, por lo que se excluyen*

[41] Cfr. CSJ, 6 marzo 2003, rad. 18021.

*aquellos de carácter personalísimo, como por ejemplo, la vida, la integridad o formación sexual, entre otros*[42].

*Pues bien, es incontrastable que en el presente caso convergen los anteriores elementos: se celebraron cuatro contratos en lugar de uno como correspondía, observando un trámite similar con la trasgresión de los mismos principios de la contratación pública dentro de un mínimo tracto de tiempo, cinco días. En su trámite subyace la misma finalidad de evadir la licitación pública, es decir, se firmaron con dolo global o unitario, lo cual denota la vulneración gradual del bien jurídico tutelado, pues en un lapso de dos meses, hubo un progresivo quebrantamiento a la administración pública departamental.*

*La convergencia de estos elementos demuestra la unidad acción jurídica y con ello la tipificación de un solo delito de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales."*

Lo aquí dispuesto sobre la unidad de acción en los contratos cuyo objeto fue fraccionado no aplica para las restantes conductas también desconocedoras de los principios de la contratación pública, las que se presentan autónomamente y de manera concursal, conductas desvaloradas claramente diferenciables ontológicamente.

Si bien esta modificación tiene efectos en materia punitiva, en manera alguna afecta el principio de congruencia, en tanto no comporta la introducción de nuevos hechos o conductas permaneciendo incólume el núcleo central de la imputación.

---

[42] Cfr. CSJ SP AP1938-2017, 23 mar. 2017, rad. 34282; CSJ SP9235-2014, 16 jul. 2014, rad. 41800; CSJ SP7135-2014, 5 jun. 2014, rad. 35113; y, CSJ SP1970-2018, rad. 49315.

En tales conducta, el desconocimiento de los principios que rigen la contratación pública se extendió, además, a las fases de celebración y liquidación de cada uno de los negocios jurídicos celebrados por la administración departamental del Cesar, pues a la ausencia absoluta de un verdadero proceso de selección objetiva y la evidente falta de idoneidad de quienes resultaron beneficiados con la adjudicación, a la par que la confesión de algunos de los contratistas en el sentido de haber prestado su nombre para dar apariencia de legalidad a procesos amañados, desconociendo de plano las obligaciones contraídas y el cumplimiento del objeto contractual, revela que en realidad se trató de negocios jurídicos celebrados con contratistas de "*fachada*", que sólo de manera formal confluyeron al perfeccionamiento de la actividad contractual para encubrir a los funcionarios públicos que finalmente habrían de ejecutar los objetos contractuales.

Así lo admitieron en la vista pública los contratistas Jorge Enrique Flórez Gómez, Raumith Escorcia Chacón, Carlos Eduardo Arias Vanegas, Jaimer Alfonso Gutiérrez, e incluso lo reconoció el almacenista del Fondo Educativo Departamental, Raumith Enrique Ariza García, testimonios que coinciden en señalar que la actividad contractual del Fondo era manipulada por William Saade Vergel, Secretario de Hacienda de la época, en contubernio con su cuñado, Jesús Alberto Díaz Torres, quienes elaboraban las minutas de los contratos, escogían los contratistas y hacían entrega de los elementos en el almacén del Fondo a Ariza García,

mediando autorización del entonces Secretario de Educación departamental, Wilson Enrique Molina Jiménez.

En tal virtud, es posible inferir, respecto de los contratos de suministro materia de juzgamiento, que se celebraron sin el cumplimiento de los requisitos legales inherentes a este tipo de negocios jurídicos, en tanto quienes fungían como verdaderos proveedores de los bienes adquiridos por la administración departamental estaban incursos en la causal de inhabilidad contemplada en el literal f, numeral 1°, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, dada su condición de funcionarios públicos, circunstancia que viciaba de nulidad absoluta los convenios celebrados por interpuesta persona, según el numeral 1° del artículo 44 de la misma disposición normativa.

La pretermisión de los requisitos esenciales se extendió a la fase de liquidación, pues el seguimiento insuficiente de la ejecución de los objetos contractuales, reflejados en la ausencia de una verdadera interventoría o supervisión por parte de la administración departamental, la inexistencia de informes de cumplimiento parciales y finales, actas de recibo de obra o de ingreso al almacén, actas finales o de liquidación y soportes contables de pago, impedían dar por terminado sin más los vínculos contractuales adquiridos, lo que conduce a afirmar el desconocimiento de los presupuestos sustanciales mínimos para la fase postcontractual.

Todas estos desafueros contractuales sin duda comportaron la trasgresión de los principios de planeación,

economía, transparencia, responsabilidad, publicidad y selección objetiva regulados en la Ley 80 de 1993; así como los postulados de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad e imparcialidad que orientan la función pública, según se desprende del artículo 209 del texto superior; y los axiomas de la buena fe, eficiencia y participación conforme a los cuales debe desarrollarse la función administrativa, tal como lo dispone el artículo 3ª de la Ley 489 de 1998.

Acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación pública realiza el tipo objetivo del delito en estudio, pues se exige que el quebrantamiento de la legalidad en las fases de tramitación, celebración o liquidación recaigan sobre aspectos sustanciales, esto es, aquellos cuya omisión comportan la ilicitud del proceso contractual[43].

En relación con el elemento normativo del tipo referido al concepto de requisitos esenciales, la Sala de Casación Penal de esta Corporación tiene dicho que tiene que ver con cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, tales como la planeación, economía, responsabilidad, transparencia y el deber de selección objetiva, los que están contenidos en el artículo 209 de la Carta Política y la Ley 80 de 1993.

[43] Cfr. CSJ SP 25 ene. 2017 rad. 48250.

*Como quiera que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común y sujeta a los fines esenciales del Estado (artículos 1° y 2° de la Carta y 3° Ley 80 de 1993), las etapas que conforman el proceso se encuentran regidas por dichos principios y por los postulados de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.*

*Por su parte, los artículos 1°, 3°, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales, en cuyo desarrollo los servidores públicos tendrán en cuenta que al celebrar los contratos y en su ejecución, 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 ella en la consecución de dichos propósitos; y los particulares que adicional a la obtención de utilidades, coadyuvan en la consecución de objetivos y cumplen una labor social que, como tal, envuelve obligaciones*[44].

Por ser la contratación estatal una actividad reglada, debe adelantarse en concordancia con los principios consagrados en la Constitución Política y los artículos 23 al 26 y 29 del Estatuto General de la Contratación Pública, cuyo desconocimiento agota el tipo penal de contrato sin requisitos legales por el que aquí se procede, pues el procesado materializó el tipo objetivo, dado el comprobado desconocimiento de las exigencias de naturaleza sustancial requeridas para el trámite de la actividad contractual.

[44] Al respecto CSJ SP4463-2014, reiterado en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344; y, CSJ SP15528-2016, rad. 40383.

De otro lado, en cuanto a la tipicidad subjetiva, no desconoce la Sala que los contratos fueron suscritos por William Rincón Cortes (Gerente de Proyectos Especiales) y Wilson Enrique Molina Jiménez (Secretario de Educación Departamental), en ejercicio de la delegación de la ordenación del gasto en el Fondo Educativo Departamental, efectuada por el entonces gobernador del Departamento del Cesar mediante el Decreto 011 de 20 de enero y la Resolución 01497 de 28 de junio de 1999, respectivamente.

No obstante, contrario a lo pretendido por la defensa, los actos de delegación no eximen de responsabilidad a GNECCO CERCHAR. Recuérdese que en relación con el ejercicio de las atribuciones encargadas, entre delegante y delegatario media un vínculo funcional especial y permanente, en virtud del cual "*el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario, y para revocar el acto de delegación, particularidades que se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta, y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal*"[45].

Si bien el artículo 211 de la Constitución Política establece en principio que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, lo cierto es que, en virtud de los deberes de dirección, instrucción, orientación y seguimiento de la función delegada, en cualquier momento de esa relación está facultado para reasumir la competencia y revisar los

[45] CSJ SEP, 24 feb. 2021, rad. 49599.

actos expedidos por el delegatario. Lo anterior impone que toda infracción a la Constitución y la Ley en que incurra el servidor público con ocasión de los aludidos deberes y que implique la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa, le será atribuible.

En este orden, afirmar, como lo hace el defensor, que por mandato constitucional el acto de delegación exime de responsabilidad al delegante, soslaya los principios de unidad administrativa, moralidad, eficacia, igualdad e imparcialidad, al tiempo que desconoce las exigencias contempladas en la Ley 80 de 1993, así como lo normado en el parágrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998: *"en todo caso relacionado con contratación, el acto de la firma expresamente delegada no exime de la responsabilidad legal, civil y penal al agente principal"*, texto que la Corte Constitucional encontró ajustado al texto superior en sentencia CC C-727/2000.

En virtud del principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, tratándose de delitos de acción como el que aquí nos ocupa, tal y como lo ha clarificado esta Sala Especial de Primera Instancia[46], la posibilidad de imputación jurídica del resultado debe examinarse de cara al contenido del artículo 9 del Código Penal, conforme con el cual, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, pues la causalidad por sí sola resulta insuficiente para dicho fin, por ello, se analizará si GNECCO CERCHAR creó un riesgo jurídicamente desaprobado al bien

[46] Cfr. CSJ SEP, 24 feb. 2021, rad. 49599.

jurídico aquí tutelado, y si éste se realizó en el resultado típico.

Para la Sala, al acusado le resulta atribuible la conducta desvalorada, pues lo que devela la prueba recaudada y, en especial, las circunstancias antecedentes y concomitantes a la contratación desarrollada en el Departamento del Cesar para la vigencia 1999, es que las maniobras presupuestales y la delegación de la ordenación del cargo, conductas desplegadas por GNECCO CERCHAR en su condición de gobernador y representante legal de la entidad territorial, fueron el mecanismo a través del cual facilitó la consecución ilegal de recursos y su posterior apropiación por terceros, a través de la profusa actividad contractual adelantada por sus delegatarios, en la que se inobservaron de manera sistemática los principios que rigen la administración pública y la función contractual en cabeza del Estado.

En efecto, no puede desconocerse que el juicio de reproche que ahora nos ocupa tuvo lugar en el marco de una situación macro de corrupción acaecida en el Fondo Educativo Departamental del Cesar, marco fáctico respecto del cual ya se pronunció esta Corporación en sentencia de 11 de noviembre de 2009 y en la que se concluyó que GNECCO CERCHAR desconoció el ordenamiento jurídico con la expedición de once decretos modificatorios del presupuesto departamental sin autorización de la Asamblea Departamental, a través de los cuales logró que recursos destinados al funcionamiento del sector educativo fueran

trasladados al rubro de gastos de inversión, para a partir de allí facilitar la apropiación ilícita de los mismos en favor de terceros, a quienes delegó la ordenación del gasto en cuyo ejercicio se celebraron más de un centenar de contratos en las condiciones ya aludidas.

Es claro entonces que las ilicitudes que en materia presupuestal realizó el procesado permiten inferir su conocimiento y voluntad también en el incumplimiento de las reglas contractuales públicas, pues de esa forma se materializaba la destinación arbitraria de los recursos del situado fiscal, conducta a la cual concurrió no solo delegando la ordenación del gasto del Fondo Educativo Departamental, sino omitiendo deliberadamente los deberes que la misma le imponía y en tal virtud, actuó en contravía del claro mandato del artículo 9° de la Ley 489 de 1998, que establece como fin último de aquella figura el desarrollo adecuado de los principios de la función administrativa enlistados en el artículo 209 Superior, omitiendo de paso la obligación de informarse sobre el desarrollo de la función delegada, impartir directrices para su ejercicio y adelantar el respectivo control administrativo sobre la misma.

Sobre este tópico debe tenerse en cuenta lo afirmado por William Rincón Cortés[47], quien como Gerente de Proyectos Especiales y delegatario de la función de ordenación del gasto del Fondo Educativo Departamental suscribió varios contratos durante la vigencia 1999, entre

[47] Audiencia de juzgamiento, sesión de 16 de mayo de 2019.

ellos, el contrato de prestación de servicios No. 004 de 1 de febrero que hace parte de los aquí censurados cuando en su declaración ante esta Sala indicó que la delegación de la ordenación del gasto fue producto de un programa de saneamiento fiscal adelantado con el Ministerio de Hacienda, en virtud del cual él suscribía los contratos, pero no participaba en la verificación de requisitos de cumplimiento o en su liquidación, ya que la dependencia a su cargo no tenía estructura técnica, financiera o jurídica para adelantarlos, de ahí que la fase precontractual se adelantaba en la Secretaría de Educación, advirtiendo además que nunca fue convocado a reuniones o comités para tratar temas relacionados con la contratación del Fondo Educativo Departamental, ni el gobernador GNECCO CERCHAR le requirió informe de su gestión en relación con la función delegada.

Por su parte, Wilson Molina Jiménez[48], Secretario de Educación y quien como delegatario de la ordenación del gasto suscribió los restantes contratos por los que aquí se procede, si bien indicó que en la dependencia a su cargo había un grupo encargado de verificar la legalidad del trámite precontractual y el cumplimiento de los requisitos, razón por la cual él suscribía los contratos si encontraba que contaban con el visto bueno de ese grupo, no logra identificar qué funcionarios hacían parte de ese comité o cuáles eran sus cargos, de lo cual se puede inferir que el supuesto comité no existía y que, como ya se advirtió, no hubo algún

[48] Audiencia de juzgamiento, sesión de audiencia de 26 de junio de 2019.

propósito de adelantar un proceso de selección objetiva, pues la escogencia de los beneficiarios de los contratos eran escogidos *"a dedo"* y a manera de *"fachada"* con el único propósito de que prestaran su nombre para la suscripción de los documentos necesarios en cada negocio jurídico.

Cabe agregar que el incumplimiento de dichos deberes no se satisface con la configuración del tipo imprudente, como lo pretende hacer ver el defensor en sus alegaciones, en tanto el juicio de reproche no se agota en el simple abandono de las obligaciones de vigilancia y control que le imponía el acto de delegación, incumplimiento que lleva implícitas las notas de conciencia y voluntad predicables del tipo doloso.

No sobra advertir que el enjuiciado tenía la facultad de reasumir la función en cualquier momento, por ello no deja de ser censurable e indicativo de su voluntad para agotar el tipo objetivo de contrato sin requisitos legales, el que hubiera permitido su desarrollo sin ningún control, incluso ante la inusitada cantidad de procesos contractuales adelantados en lapso relativamente corto, utilizando además su posición y funciones para ayudar a esquilmar el erario mediante las sucesivas modificaciones al presupuesto de rentas y gastos.

Conviene aclarar que las irregularidades advertidas no pueden valorarse de forma aislada a los hechos juzgados dentro del radicado 31190 -como pretende la defensa-, en tanto son consecuencia directa del ilegal manejo presupuestal de los recursos del Fondo Educativo

Departamental para la vigencia 1999, conducta que se le atribuyó a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR en el mencionado proceso y por la cual fue condenado.

En esa oportunidad, la Sala de Casación de la Corte, tras advertir las sucesivas y sistemáticas modificaciones al presupuesto departamental que evidenciaba *"un plan urdido deliberada y soterradamente por LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR con la colaboración de sus Secretarios de Educación y Hacienda, Wilson Enrique Molina Jiménez y William Saade Vergel, a espaldas de sus asesores y de los órganos consultivos del Departamento del Cesar"*, (pág. 30 del fallo de condena), que lo hacía incurso en el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo, en cuanto a los ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales señaló que *"el dominio que tenía GNECCO CERCHAR sobre todas las etapas de los ciclos contractuales que delegó y la facultad de reasumir tales funciones en cualquier momento, que seguramente habría ejercido de haber revisado, aún cuando hubiera sido rápida y aleatoriamente, los 101 contratos celebrados en el segundo semestre de 1999, labor en cuyo desarrollo habría detectado sin mayor esfuerzo las notorias y reiterativas irregularidades previamente reseñadas.*

> *El incumplimiento de tales deberes por el aforado no fue producto de una actitud negligente o descuidada, sino conocido y querido por él, pues la delegación de la función contractual en personas como Wilson Enrique Molina Jiménez y William Rincón Cortés, por él nombrados y promocionados a los cargos de Secretario de Educación y Jefe del Presupuesto del Fondo Educativo Departamental, respectivamente, precedida de la estrecha relación de amistad y filiación política que sostenía con ellos, fue la única que le permitió entregar cuantiosos recursos estatales a los contratistas, previamente movilizados a través de los once*

*decretos ilegales con los cuales dio inició a la nefasta empresa criminal.*

*La delegación de la función contractual es evidente que no tenía como finalidad cumplir los propósitos para los cuales ha sido instituida desde la perspectiva del artículo 209 de la Carta Fundamental, es decir, para facilitar y asegurar que la función administrativa esté al servicio de los intereses generales y se desarrolle con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, sino que fue utilizada por sus delegados para tramitar, celebrar y liquidar numerosos contratos en contravía de los principios que guían dicha actividad oficial y que ellos realizaron involucrando a un numeroso grupo de funcionarios y particulares, explicable solamente cuando se cuenta con el consentimiento y la aprobación del Gobernador delegante.*

*(...)*

*La determinación en este caso estuvo precedida de la expedición ilegal de los decretos presupuestales por LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, y se materializó, como ya se dijo, a partir de la delegación de la función contractual y del incumplimiento deliberado de su rol de garante de ella y de los deberes que le son inherentes, comportamiento que, como aduce el Ministerio Público, implica participación y corresponsabilidad penal"* (páginas 70 a 72 del fallo).

Es claro que con independencia de las valoraciones adelantadas en ese proceso que cursó en la Sala de Casación Penal y que dio origen a esta actuación, como lo anotó el defensor del enjuiciado, es deber de la Fiscalía acreditar dentro de la presente causa la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad atribuida al procesado, así

como corresponde a la Sala Especial analizar el acervo probatorio acopiado tanto en la fase instructiva, como en la de juicio, por ello, se acredita el compromiso penal del gobernador en las múltiples irregularidades que rodearon los once contratos cuestionados, las cuales claramente tienen relación con las circunstancias en que otrora sustentó el juicio de reproche la Sala de Casación, sin que ello constituya vulneración de la prohibición de doble valoración, pues las pruebas aquí obrantes soportan la materialidad y el compromiso directo del procesado en ellos.

Los planteamientos del defensor no tienen la contundencia necesaria para desvirtuar o aminorar la responsabilidad de GNECCO CERCHAR cuando aduce que la delegación es una actividad lícita, por cuanto la conducta desvalorada que se le censura no es la delegación en sí, como instrumento válido para el desarrollo de la función administrativa, sino que ese traslado de la función contractual a Wilson Enrique Molina Jiménez y William Rincón Cortés, acompañada de la expedición de los once decretos modificatorios del presupuesto, fue el mecanismo por él implementado para facilitar la apropiación de los recursos públicos en favor de un grupo de colaboradores cercanos de su administración, constituyendo una verdadera empresa criminal con la que se esquilmaron los recursos para la educación del departamento del Cesar, mediante el direccionamiento ilícito de la actividad contractual del Fondo Educativo Departamental.

Bajo este panorama, la Sala estima acreditada la realización dolosa por parte del enjuiciado de la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en un concurso homogéneo y sucesivo dada la pluralidad de contratos.

Ahora, en relación con la falta de congruencia jurídica alegada por la defensa, el criterio hermenéutico de la Sala de Casación Penal[49] ha señalado que tal principio de concordancia se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se ha de reflejar en la sentencia, en claro.

Ello impone una correlación entre la conducta punible por la cual se acusa y la decisión definitiva adoptada, el cual bajo la Ley 600 de 2000, al juzgador le está vedado incluir en un fallo de condena comportamientos o circunstancias que, aunque probadas dentro del proceso, no hayan hecho parte de la imputación fáctica contenida en la resolución de acusación.

Y si bien es dable modificar la calificación jurídica de la conducta en la providencia acusatoria, en aquéllos eventos en que la modificación resulta favorable al procesado y se respeta el núcleo fáctico de la imputación, o cuando en la etapa de juzgamiento se acude al procedimiento que para ese efecto consagra el artículo 404 del mismo ordenamiento

[49] Cfr. CSJ SP, 23 sep. 2003, rad 16320, CSJ SP 30 abr 08, rad 24178, más recientemente, en CSJ AP 28 oct 2020, rad. 55008, entre muchas otras.

adjetivo, de no haber mediado este específico mecanismo, deberá dictar sentencia respetando la imputación fáctica formulada y teniendo como límite la imputación jurídica señalada en la providencia acusatoria, a pesar de que en la misma encuentre un error cuya variación afectaría los intereses del procesado.

De esa manera, si el fallador advierte que en la resolución de acusación o su equivalente (v gr. acta de formulación de cargos), no fue consignada alguna circunstancia que genere un incremento de la punibilidad o que vaya en detrimento de los derechos del procesado, no puede deducirlas en la sentencia.

En este caso el reparo apunta a que en la acusación no se hizo mención específicamente al concurso homogéneo de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque obra la palabra *"heterogéneo"*, sin hacer mención a otra especie de conducta punible, pero claramente se advierte que en la resolución de acusación hubo una inequívoca imputación fáctica relacionada con las irregularidades en los once contratos, que se adecuó al concurso delictual de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Si lo que pretende el defensor es controvertir la imputación plural de conductas delictivas con fundamento en que la acusación menciona un concurso *heterogéneo* sin indicación de los delitos concurrentes, emerge necesario

aclarar que para la Sala no se configuró el pretendido defecto, pues más allá de la errada indicación sobre la existencia del concurso heterogéneo en su parte resolutiva, lo cierto es que desde el planteamiento de los antecedentes fácticos la acusación enunció en su integridad los once convenios materia de juzgamiento, advirtiendo en el acápite correspondiente a la calificación jurídica provisional que se procedía por la presunta comisión de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo.

En este orden de ideas, no se abriga duda de la imputación plural de conductas ilícitas de la misma especie, tratándose simplemente de un *lapsus calami*, al haber anotado *"heterogéneo"* sin alguna trascendencia y sin la potencialidad de afectar la atribución de las once conductas predicadas al acusado.

Igual *lapsus* intrascendente se advierte en la cita del artículo 31 de Código Penal, el cual sobredimensiona el defensor al señalar que bajo la normatividad de 1980 correspondía a la institución de la inimputabilidad, porque del contexto de la resolución de acusación, del recuento de las irregularidades que abarcaron los once contratos, claramente se advierte que se refiere al artículo 31 de la normatividad sustantiva de 2000 que precisamente consagra la figura del concurso de delitos.

Por otra parte, las manifestaciones del defensor relacionadas con que existen organismos de control fiscal y

disciplinario, así como veedurías encargados de hacer el control previo y posterior a las distintas etapas contractuales, no logran derruir la responsabilidad de penal predicable del procesado, porque en manera alguna aquellas órbitas o instancias pueden entrar a suplir la conducta adecuada que a las normas debe observar el servidor público, ni menos lo hacen mediante la intervención mediante el control posterior que generalmente realizan tales entes.

Finalmente, sin incidencia se advierte el reparo que hace el defensor en el sentido que la Fiscalía a pesar de advertir que las irregularidades contractuales eran predicables de los funcionarios a quienes el gobernador delegó la función, no lo llamó a responder en juicio a título de coautor, porque lo fundamental es que en la acusación claramente se señaló que GNECCO CERCHAR como gobernador, además de reunir la calidad dispuesta en el tipo penal, tuvo un papel principal y protagónico porque no solo se limitó a delegar la función contractual, sino que deliberadamente no les hizo algún control o vigilancia, lo que unido a su actuación relacionada con la modificaron las apropiaciones del Presupuesto de Rentas y Gastos del departamento para la vigencia fiscal 1999, lo hacía tener como autor, título de imputación que efectivamente se confirma en este fallo.

### 6.3.4 De la antijuridicidad

En cuanto tiene que ver con los delitos que atentan contra la administración pública, la Sala de Casación Penal

de esta Corte tiene dicho que ese bien jurídico protege tanto la función, que corresponde a lo que puede denominarse expresión dinámica del interés jurídico, como los bienes de la administración, la concepción estática del mismo[50], por tanto la elevación a los delitos contenidos en el título dedicado al mismo tiene una doble connotación: *i)* apunta al correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines estatales, en garantía que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y *ii)* propende por la protección de los bienes patrimoniales del Estado, esto es, aquellos destinados para el desarrollo de esos mismos fines.

Aquí ninguna duda surge frente a la lesividad del comportamiento atribuido a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, en la medida en que ni el acto de delegación de la función contractual, ni la forma como se ejerció en la suscripción de los contratos aquí cuestionados estuvieron orientados a la consecución de los fines estatales que le eran exigibles y en procura del interés general.

Las conductas censuradas lesionaron sin justa causa el bien jurídico de la administración pública, ante el claro desvío del interés general que debe regir todas las

[50] CSJ SP2294-2019, radicado 47475.

actuaciones de las autoridades administrativas de cualquier orden.

Teniendo el deber de actuar en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, el procesado decidió en su lugar contravenir las normas que regulaban la actividad contractual estatal, en claro detrimento de los principios de la función pública tantas veces mencionados y en abandono de los cometidos asignados al manejo presupuestal de las entidades oficiales, comportamiento que sin duda socavó la confianza de los asociados en las instituciones oficiales.

En suma, las conductas endilgadas al procesado además de típicas son antijurídicas, por haber lesionado efectivamente el bien jurídico de la administración pública, sin que se hubiera acreditado la concurrencia de alguna causal de justificación.

**6.3.5 De la culpabilidad**

Para la Sala, el enjuiciado tenía plena capacidad para comprender la ilicitud del acto y para autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

Ciertamente, no se tiene noticia que hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo

de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Por el contrario, la actitud asumida a lo largo del debate penal, en el que decidió voluntariamente mantenerse al margen de la discusión invocando en su indagatoria el derecho que le asiste a guardar silencio, permiten afirmar que no padece alguna patología mental que le impida comprender la naturaleza de las conductas a él atribuidas, por manera que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, no lo hizo.

Aunado a lo anterior, GNECCO CERCHAR tenía plena conciencia de la antijuridicidad de la conducta desplegada, dada su vasta experiencia en la vida pública, desempeñándose a lo largo de su carrera política como concejal del Municipio de La Paz (Cesar), diputado de la Asamblea Departamental del Cesar y Representante a la Cámara por el mismo departamento, además de haber ostentado la calidad de gobernador en dos oportunidades: la primera, para el período 1992-1995, y la segunda en el período 1998-2000.

En tal virtud, se descarta que el grado de instrucción de primero de bachillerato, que indicó en su indagatoria y que resaltó su defensor, mine en alguna manera la materialidad de la conducta aquí investigada y su responsabilidad en la misma, pues su trayectoria política indica que no era un lego

en la materia, contaba con experiencia en el desempeño de cargos públicos de nivel directivo.

Así, deviene claro que tales circunstancias le permitían conocer que la función a él encomendada por elección popular debía ejercerla con apego a los mandatos constitucionales suficientemente indicados en precedencia, conforme con los cuales, tenía el deber de orientar su actuar como servidor público a la consecución de los fines del Estado y en procura del interés general y al no hacerlo, actualizó el atentado contra la administración pública.

### 6.3.6 De la responsabilidad

Acreditada la materialidad de las conductas punibles imputadas, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad que se hace merecedor GNECCO CERCHAR, quien, pese a estar en plena capacidad de actuar de otra manera dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica, permite declarar su responsabilidad penal.

## 7. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

A LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR se le acusó como autor de la conducta punible de contrato sin requisitos legales en concurso homogéneo, de conformidad con la

sanción consagrada en el artículo 146 del Código Penal de 1980, *modificada por los artículos 57 y 58 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995*, normas vigentes para la época en que se incurrió en la infracción penal.

El tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales contempla una pena privativa de la libertad de cuatro (4) a doce (12) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer cargos públicos y proponer y celebrar contratos con entidades del Estado por diez (10) años, cifras que constituyen los límites mínimo y máximo de la infracción, teniendo en cuenta que en la resolución de acusación no se imputaron circunstancias de agravación punitiva.

Se respetarán tales marcos punitivos, pero el proceso dosimétrico se hará de acuerdo con las disposiciones de la Ley 599 de 2000, toda vez que, con la implementación de los cuartos punitivos, fue querer del legislador restringir la discrecionalidad del juzgador en la tasación de la pena, otorgada de manera más laxa en la anterior normativa, pues sólo atendía a los marcos mínimo y máximo de la respectiva descripción legal en el cual podía moverse el operador judicial según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

Actualmente, de acuerdo a las circunstancias de menor o mayor punibilidad que hayan sido endilgadas el ámbito punitivo se divide objetivamente en cuartos; inferior, medios

y superior, ubicándose en la fracción mínima en caso de no concurrir circunstancias de mayor punibilidad o solo mediar las menores, rangos medios cuando unas y otras convergen o la porción máxima si únicamente se predicaron las mayores.

Incluso en este aspecto es más garantista el ordenamiento sustantivo de 2000 ante la obligación de justificar la individualización de la pena, como claro desarrollo del deber de motivar las sentencias, propio del principio de legalidad que informa el Estado social de derecho.

Por lo tanto, la discrecionalidad reglada y el sustento razonable serán las bases para que mediados por el criterio de proporcionalidad se fije la pena, de ahí que advirtiendo que no fueron predicadas circunstancias de mayor punibilidad (antes llamadas de agravación), la misma no podrá superar el primer cuarto punitivo, como pasa a explicarse.

De comparar los límites punitivos se advierte que la sanción aflictiva de la libertad tiene un ámbito de movilidad de 8 años; mientras que en la pena de multa es de 40 SMLMV, guarismos que divididos en cuartos quedan así:

| **PENA** | **Cuarto mínimo** | **Cuarto medio** | **Cuarto medio** | **Cuarto máximo** |
|---|---|---|---|---|
| Prisión | 4 – 6 años | 6 – 8 años | 8 – 10 años | 10 – 12 años |
| Multa | 10-20 smlmv | 20-30 smlmv | 30-40 smlmv | 40-50 smlmv |

Conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 61 del Código Penal, ubicada la Sala en el cuarto mínimo y dentro de éste en consideración a los criterios decantados en el inciso 3° del artículo en cita, conforme con los cuales se debe sopesar la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo y la función que la pena ha de cumplir en el caso concreto, se le impondrá la pena de 5 años de prisión, esto es, con un incremento del 25% sobre la pena mínima, dado que GNECCO CERCHAR merece un severo juicio de reproche en tanto la afectación del bien jurídico tutelado se refleja en el manejo irregular de la actividad contractual adelantada por el ente territorial para la vigencia 1999, desconociendo flagrantemente los principios que deben regir la contratación administrativa y el manejo del erario, al punto que dineros que correspondían a gastos de funcionamiento del sector docente fueron desviados para favorecer amañadas contrataciones, solo para doblegar la función pública al servicio de intereses particulares y en detrimento del interés en general. Ello impone y justifica la necesidad de apartarse del límite inferior de la pena imponible.

Con el mismo criterio, la sanción pecuniaria se situará en el primer cuarto y se incrementará en la misma proporción (25%), equivalente a 2.5 SMLMV, lo cual arroja una pena de multa a imponer para el sentenciado LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR de 12.5 salarios mínimos legales mensuales para la época de comisión de los punibles.

Ahora bien, en la resolución de acusación se le atribuyó la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo (11 contratos), no obstante, como lo concluyera la Sala en el acápite respectivo[51], en relación con aquellos pares de contratos en que se advirtió el fraccionamiento del objeto contractual ha de predicarse la unidad de acción, esto es, se trata de los contratos 014 y 016 de 8 de julio; 038 de 12 de octubre y 082 de 29 de diciembre; y 084 y 087 de 29 de diciembre; todos de 1999, quedando esos seis contratos reducidos a tres delitos, y como mantienen su autonomía los cinco restantes contratos, arroja que GNECCO CERCHAR deberá responder por 8 conductas en razón de este concurso.

De acuerdo con el artículo 31 del Código Penal, quien con su conducta activa u omisiva infrinja diversas disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sujeto *"a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto"*, sin que sea superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas individualmente consideradas.

Individualizada la pena para uno de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para efectos del concurso homogéneo se determinará el incremento en dos (2) meses de prisión por cada una de las conductas concurrentes y como no puede sobrepasar la suma aritmética de las mismas se fijará en definitiva en seis (6)

[51] Cfr. Página 42 y siguientes de este proveído.

años dos (2) meses de prisión por el concurso de conductas punibles[52], monto que se advierte razonable y proporcional en orden al propósito de prevención general que se persigue con la sanción.

Por el mismo lapso se condenará a GNECCO CERCHAR a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, en tanto dicha sanción no fue prevista como principal en la normatividad vigente para cuando cometió los comportamientos (art. 42, numeral 3, en concordancia con el artículo 52 del anterior estatuto penal), como ahora sí lo está en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, y que, por ende, resulta de aplicación favorable.

Respecto a la sanción pecuniaria según el artículo 46 del Decreto Ley 100 de 1980 se tendrá para su fijación la gravedad de la infracción y el hecho que no ha mediado algún resarcimiento del daño causado ni total o parcial, y como establece que de concurrir varias multas, estas debe sumarse, pero no es dable superar el monto de diez millones de pesos ($10.000.000,oo), a los 12.5 salarios mínimos legales mensuales correspondientes a un solo delito, se aumenta 87.5 salarios más por las conductas concurrentes, para un total de 100 salarios mínimos mensuales vigentes para la época de comisión de los hechos[53]. No obstante, como quiera que la sumatoria de tales guarismos arroja una cuantía muy superior al máximo previsto en la norma, se

[52] Equivalente a un incremento del 23.33% sobre la pena de prisión individualizada para el delito base.
[53] Para el año 1999 el salario mínimo legal mensual vigente se fijó en la suma de $236.460, lo que determina que la sumatoria de las penas pecuniarias individualmente consideradas ascienda a $23.646.000.

fijará en la suma de diez millones de pesos ($!0.000.000,oo), conforme el mandato referido.

## 8. MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

### 8.1 Precisión inicial

Para el análisis de los institutos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión se hará el cotejo con su consagración en el Código Penal de 1980, frente a los presupuestos del estatuto punitivo de 2000, toda vez que por criterios de favorabilidad se optó aplicar la pena prevista en el artículo 146 de aquél ordenamiento.

En todo caso no se podrá tener en cuenta el listado de delitos excluidos para el otorgamiento de beneficios en el cual están los que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, toda vez que el artículo 68-A que consagra tal enumeración fue creado mediante el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, con posterioridad a la época de ocurrencia de los hechos investigados, precepto que incluso ha sido modificado mediante las leyes 1773 de 2016 y 1944 de 2018, que resultan desfavorables al procesado.

### 8.2 De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 68 del Decreto-Ley 100 de 1980 señala como requisitos: *i)* que la pena impuesta no exceda de tres años de

prisión, y *ii)* que la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

Por su parte el artículo 68 de la Ley 599 de 2000 también mantiene el límite objetivo que la pena no exceda de tres años de prisión, y en cuanto al aspecto subjetivo, refiere que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La Sala advierte claramente que bajo ninguno de los ordenamientos se satisface el requisito objetivo para el otorgamiento del subrogado penal toda vez que la pena supera los tres (3) años de prisión.

Si bien la modificación introducida al artículo 63 por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo.

El incumplimiento del requisito objetivo releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas.

**8.3 Prisión domiciliaria**

No estaba prevista en el Código Penal de 1980, pero su análisis se hará frente a los presupuestos exigidos originalmente en el artículo 38 de la ley 599 de 2000 y no en

relación con las modificaciones introducidas a través de la Ley 1709 de 2014, porque si bien esta última aumentó la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión, no le resulta favorable al procesado, máxime que los delitos por los que se procede están incluidos en el inciso 2° del artículo 68-A que prohíbe su concesión.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, el requisito objetivo de la norma en comento, esto es, que la pena se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años o menos, debe analizarse conjuntamente con todas las circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, incluyendo los dispositivos amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad (CSJ SP18912-2017, Rad. 46930).

Bajo tal panorama, el requisito objetivo dispuesto en la norma se cumple en el presente asunto, habida cuenta que el delito por el que se declara penalmente responsable a GNECCO CERCHAR comporta una pena privativa de la libertad mínima inferior a cinco años.

En cuanto a las exigencias de naturaleza subjetiva, se requiere que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita deducir fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, tópicos frente a tales aspectos, tiene dicho la Sala de Casación Penal:

(...) *sólo es posible valorar este requisito dentro del ámbito subjetivo que entrañan sus elementos condicionantes, bajo el entendido que la sustitutiva (colmado el factor objetivo referido a la penalidad no superior a 5 años), sólo es viable cuando la gravedad del comportamiento, atendida la repercusión social intrínseca y las funciones de la pena desde la perspectiva de la retribución justa, prevención especial y reinserción social, lo posibilita. En este sentido son abrumadores los antecedentes que propenden por integrar a la inferencia seria, fundada y motivada del juez, elementos propios de la conducta, cuando quiera que a través de ella se construye el juicio de ponderación sobre el influjo que podría tener en la comunidad y el cumplimiento de la pena.*[54]

Consecuentemente, el análisis a abordar por la Sala frente a la concurrencia de los presupuestos de naturaleza subjetiva necesariamente habrá de referirse a la gravedad del comportamiento y las funciones llamadas a cumplir por la pena en el caso concreto, aspectos con fundamento en los cuales se sustenta el pronóstico sobre el peligro para la comunidad y el cumplimiento de la sanción.

En tal labor, es necesario destacar que más allá de la lesividad intrínseca predicable de cada uno de los delitos atribuidos al procesado, apreciada en su conjunto la conducta reprochada a GNECCO CERCHAR se advierte de inusitada gravedad, en razón no solo de la afectación cierta del bien jurídico de la administración pública en su doble dimensión, como mecanismo de protección de la función pública y como protectora del patrimonio del Estado, sino por la repercusión social del comportamiento.

---

[54] CSJ SP, 9 oct. 2013, Rad.40536, reiterada en AP2300-2018, Rad. 51536.

Al haber optado el procesado por favorecer los intereses particulares de funcionarios de su administración en detrimento de las necesidades de la comunidad docente del Departamento del Cesar demuestra el desapego total a los principios de moralidad, transparencia, eficacia e imparcialidad que estaba compelido a cumplir en el ejercicio de la función pública que detentaba, la cual no puso al servicio del interés general como le era exigible, sin el menor recato frente al público despliegue de ilegalidad que representaba la profusa actividad contractual desarrollada en el Fondo Educativo Departamental.

Por ello, en punto de los criterios de retribución justa y prevención general asignados a la pena, no es viable conceder a favor de GNECCO CERCHAR la prisión domiciliaria, pues el desdén con que desempeñó las funciones propias del cargo impide hacer un diagnóstico favorable sobre el peligro que representa para la comunidad.

Pese a lo expuesto, se advierte que en la sentencia que en el anterior radicado 31190 emitió, el 11 de noviembre de 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando condenó a GNECCO CERCHAR a la pena de veinticuatro (24) años y nueve (9) meses de prisión, entre otras sanciones, por hallarlo responsable de los concursos homogéneos y heterogéneos de los delitos de prevaricato por acción, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación agravado, al encontrar acreditado con dictamen expedido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que padecía de enfermedad grave

incompatible con la vida en reclusión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 599 de 2000 le concedió la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave.

En efecto, allí se anota que mediante el oficio N° 7481 de 13 de octubre de 2009 la perito, después de describir la anamnesis, el estado físico y la impresión diagnóstica: *"1) Cardiopatía dilatada de probable etiología hipertensiva e isquémica; 1) (sic) Diabetes Mellitus Tipo II no controlada; 2) Hipertensión arterial Estado I; 3) Neuropatía diabética clínica distal sensitiva activa; 4) Obesidad grado I; 5) Hiperplasia prostática benigna; 6) Hiperlipidemia mixta; 7) Enfermedad ácido péptica; 8) Artrosis de rodilla derecha"*, concluyó: *"Examinado en control por detención domiciliaria el usuario LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, se puede establecer que presenta los diagnósticos anteriormente anotados y SE ENCUENTRA EN ESTADO GRAVE POR ENFERMEDAD, requiriendo del manejo médico ordenado por especialistas tratantes y controles ambulatorios con la periodicidad que determinen, garantizando el tratamiento en el sitio de reclusión"*.

Y si bien en el actual diligenciamiento no obra dictamen de perito oficial en el mismo sentido, lo que impediría a la Sala entrar a valorar la procedencia de la sustitución de la pena privativa de la libertad por enfermedad grave, no se puede soslayar que los padecimientos de GNECCO CERCHAR previamente acreditados ante la Corte Suprema de Justicia tienen el carácter de crónicos, los que unidos a sus 78 años de edad, además de la emergencia generada por la pandemia de covid-19, son todas situaciones indicativas que la internación en establecimiento penitenciario sin consideración alguna al mecanismo sustitutivo previamente

reconocido por esta misma Corporación, podría resultar desproporcionado.

Así las cosas, se autorizará la ejecución de la pena privativa de la libertad que por este medio se impone en su lugar de residencia, la que se hará efectiva una vez quede en firme la presente decisión. El control de la medida lo ejercerá el Juez de Ejecución de Penas que asuma su vigilancia, quien deberá adoptar las medidas necesarias para verificar de manera periódica la evolución el estado de salud del procesado.

## 9. CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL DELITO

De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, *"en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar".*

En el presente asunto, si bien se acreditó la lesión al bien jurídico de la administración pública y, como consecuencia de ello, el posible menoscabo del patrimonio del Estado, lo cierto es que de los elementos de prueba arrimados a la presente actuación no es posible cuantificar los perjuicios de orden material causados con la conducta punible, dada la indeterminación sobre el cumplimiento o no de los objetos contractuales aquí investigados.

Tal indeterminación, aunada al hecho que el actor civil en la demanda respectiva se limitó a cuantificar los perjuicios en la suma de $579.358.598, sin señalar la base probatoria de tal pretensión indemnizatoria o explicar cómo se estable esta suma, esa falta de sustento objetivo que permita alguna valoración imposibilita a la Sala señalar un monto por los daños materiales causados.

## 10. OTRAS DETERMINACIONES

### 10.1 Ejecución de la pena

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 de la Ley 600 de 2000, la vigilancia de la ejecución de las sanciones aquí impuestas corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar donde se determine que habrá de purgar la pena el procesado. En consecuencia, una vez en firme, por secretaría se remitirá la actuación a la citada autoridad, para lo de su cargo.

### 10.2 Comunicación otras autoridades

Conforme lo dispuesto en el artículo 472 del mismo ordenamiento adjetivo, en firme esta decisión, por secretaria se remitirán las copias respectivas a las autoridades pertinentes, así como a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para el cobro coactivo de la multa impuesta.

**10.3 Cumplimiento de la reclusión domiciliaria**

El artículo 188 de la Ley 600 de 2000 dispone que las providencias relativas a la libertad y detención, así como las que ordenan medidas preventivas deben cumplirse de inmediato. No obstante, en su inciso segundo determina que en los eventos en que se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

En el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación, al resolver la situación jurídica de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento. Así, pese a que en la presente decisión se negará la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero se concederá la reclusión domiciliaria por enfermedad grave, tal medida sólo podrá hacerse efectiva una vez adquiera firmeza esta sentencia, bien porque no sea objeto de impugnación, se declaren desiertos los recursos interpuesto o sea confirmada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, y claro está, una vez sea puesto a disposición el condenado, en caso de que aun esté purgando la pena de veinticuatro (24) años y nueve (9) meses de prisión impuesta en el radicado 31190.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala de Casación Penal 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 LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo.

**Segundo.- IMPONER** a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR las penas principales de seis (6) años dos (2) meses de prisión y multa de diez (10) millones de pesos, así como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

**Tercero.- NO CONDENAR** a LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR al pago de perjuicios derivados de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Cuarto.- NEGAR** al condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

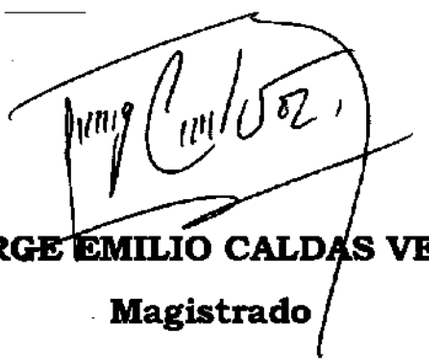
**Quinto.- AUTORIZAR** la reclusión domiciliaria por enfermedad grave del condenado, en los términos del artículo

68 de la Ley 599 de 2000, bajo los condicionamientos expuestos en la parte motiva.

**Sexto.-** En firme, **REMITIR** copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000, así como a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para el cobro coactivo de la multa impuesta y al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad -reparto-, para lo de su cargo.

**Séptimo.-** Acorde a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018, contra esta decisión procede el recurso de apelación, para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JORGE EMILIO CALDAS VERA**
**Magistrado**

**BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA**

**Magistrada**

**ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS**

**Magistrado**

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ

Secretario