



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada ponente

SP330-2026

Radicación n.º 65316

CUI: 11001024800020190000700

Aprobado acta n.º 156

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiséis (2026).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía 11° Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación del Magdalena, como parte civil, contra la sentencia proferida el 1° de noviembre de 2023, a través de la cual la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación absolvió al exgobernador encargado **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, ambos delitos en concurso homogéneo y sucesivo.

II. HECHOS

1.- **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** fungió como gobernador encargado del Magdalena durante el lapso comprendido entre el 26 de junio y el 31 de diciembre de 2007¹, debido a que el mandatario electo para el correspondiente periodo constitucional fue suspendido del cargo ante la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

2.- En tal calidad, el 23 de octubre de 2007, **INFANTE VERGARA** celebró con la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES, representada legalmente por HERNÁN ORTIZ CHAPARRO, los contratos de compraventa 346 y 347, a través de los cuales el ente departamental adquirió textos académicos para los «ESTUDIANTES DE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA», en cuantías equivalentes a \$259.200.000 y \$258.868.000, respectivamente.

3.- El material obtenido a través del primer negocio jurídico consistió en 900 «BIBLIOTECAS DE APOYO A LA FORMACIÓN ESCOLAR» y, por el segundo, fueron 1.000 «BIBLIOTECAS TÉCNICAS Y TECNOLÓGICAS», para un total de 1.900 libros.

¹ Designado mediante Decreto 2354 del 25 de junio de 2007, páginas 31 y 32 del denominado «002 Primera Instancia Actuación Fiscalía Cuaderno_2022113616842.pdf» del expediente digital.

4.- Durante la tramitación de los referidos contratos se desconocieron los principios de planeación, transparencia, economía y selección objetiva, por cuanto se incurrió en un indebido fraccionamiento del objeto contractual, con la finalidad de eludir la obligatoria licitación pública y adelantar una suerte de contratación directa con deficientes «*estudios de conveniencia*», dada la falta de justificación de la necesidad a satisfacer e inexistencia de estudios de mercado, pliego de condiciones y publicación de la convocatoria.

5.- Anomalías que habilitaron la adquisición de las aludidas bibliotecas con sobrecostos cercanos al 600 %, lo cual implicó un detrimento patrimonial estimado en \$436.757.000.

6.- Además, en la acusación se afirmó que después de haber ingresado la totalidad de los libros al almacén de la gobernación y efectuada la entrega a los colegios beneficiados, sólo se encontraron 32 actas de salida del material por \$477.052.520, lo que evidenció un faltante de \$41.015.480.

7.- De tal manera, se le reprocha a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** no haber ejercido, deliberadamente, los deberes de vigilancia y control que le asistían como ordenador del gasto y, en consecuencia, haber avalado que frente a dichos contratos se incurriera en sustanciales irregularidades durante sus fases de tramitación y

celebración, generando la consecuente apropiación de recursos del erario.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

8.- El 5 de octubre de 2012², la Fiscalía 12º Delegada ante la Corte Suprema de Justicia dispuso adelantar investigación previa, con base en los hallazgos reportados por la Contraloría General de la República en oficio del 9 de febrero del referido año³, relacionados con el presunto «daño patrimonial» derivado de la suscripción de los contratos 346 y 347 de 2007, entre el departamento del Magdalena y la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES.

9.- En aras de cumplir con las finalidades previstas en el artículo 331 de la Ley 600 de 2000, el 28 de abril de 2016, se ordenó la apertura de instrucción contra el gobernador encargado **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación⁴.

10.- La vinculación del mencionado se efectuó el 3 de agosto de 2018, a través de diligencia de indagatoria⁵. El 1º de octubre de 2018, se definió situación jurídica y el

² Páginas 55 - 59 del documento denominado «001_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022113409174.pdf» del expediente digital.

³ Página 7 del documento denominado «001_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022113409174.pdf» del expediente digital.

⁴ Folios 24 - 29 del documento denominado «002_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022113616842.pdf» del expediente digital.

⁵ Página 31 del documento denominado «006_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114207998.pdf» del expediente digital.

órgano de persecución penal se abstuvo de imponer al procesado medida de aseguramiento⁶.

11.- Cumplido lo anterior, el 19 de octubre de 2018 se declaró el cierre de la etapa instructiva⁷ y el 14 de diciembre siguiente, la Fiscalía 11º Delegada ante la Corte Suprema de Justicia calificó el mérito del sumario con resolución de acusación⁸, la cual cobró ejecutoria el 22 de febrero de 2019 contra **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, como coautor de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, ambos delitos en concurso homogéneo y sucesivo.

12.- Además, le fueron atribuidas las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 1⁹, 9¹⁰ y 10¹¹ del artículo 58 del Código Penal.

13.- El expediente fue remitido a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, para surtir el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹².

⁶ Páginas 119 - 154 del documento denominado «006_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114207998.pdf» del expediente digital.

⁷ Página 229 del documento denominado «006_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114207998.pdf» del expediente digital.

⁸ Páginas 5 - 49 del documento denominado «008_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114419732.pdf» del expediente digital.

⁹ «Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad».

¹⁰ «La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio».

¹¹ «Obrar en coparticipación criminal».

¹² Página 13 del documento denominado «004_Primer Instancia_SalaPrimeraInstancia1_Traslado del artículo 400_2022121922433.pdf»

14.- El 6 de noviembre de 2020, se emitió el pronunciamiento correspondiente respecto de las solicitudes probatorias realizadas por los sujetos procesales. El contenido de la decisión fue dado a conocer en la audiencia preparatoria del 20 de enero de 2021.

15.- La audiencia pública de juzgamiento se llevó a cabo el 13 de abril del 2023¹³, en cuyo desarrollo se cumplió con la práctica probatoria y, además, se dio curso a las alegaciones de los sujetos procesales.

16.- Finalmente, el 1º de noviembre de 2023, se dictó fallo absolutorio a favor de **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**¹⁴, determinación que fue apelada por la Fiscalía¹⁵ y el apoderado de la parte civil¹⁶, disenso respecto del cual la defensa se pronunció como no recurrente¹⁷.

IV. LA SENTENCIA RECURRIDA

del expediente digital.

¹³ Páginas 4 - 7 del documento denominado «002_Primer Instancia_SalaPrimeraInstancia3_Acta de audiencia de juzgamiento_2023100133207.pdf» del expediente digital.

¹⁴ Páginas 1 - 90 del documento denominado «008_Primer Instancia_SalaPrimeraInstancia3_Sentencia de Primera Instancia_2023112359295.pdf» del expediente digital.

¹⁵ Páginas 2 - 24 del documento denominado «007_Primer Instancia_SalaPrimeraInstancia4_Recurso de apelación_2023110908905.pdf» del expediente digital.

¹⁶ Páginas 2 - 17 del documento denominado «008_Primer Instancia_SalaPrimeraInstancia4_Recurso de apelación_2023110920270.pdf» del expediente digital.

¹⁷ Páginas 2 - 24 del documento denominado «010_Primer Instancia_SalaPrimeraInstancia4_Memorial_2023111041441.pdf» del expediente digital.

17.- La Sala Especial de Primera Instancia inició su disertación con una exposición teórica sobre los tipos penales de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, según las previsiones de los artículos 410 y 397 de la Ley 599 de 2000, luego de lo cual procedió a examinar el comportamiento desplegado por el acusado, así:

5.1. Del concurso de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

18.- Inicialmente, abordó el estudio de las irregularidades que, de acuerdo con la acusación, se habrían cometido durante la tramitación de los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007.

19.- Con ese cometido, se advirtió que no se indicó la necesidad y conveniencia de llevar a cabo los cuestionados negocios jurídicos, pues este aspecto se abordó de forma genérica en los estudios de conveniencia, simplemente, citando la Ley 715 de 2001. Aunque, el secretario de educación de la época, JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO, aseguró que mediaron solicitudes verbales y escritas de varios rectores, tal aseveración sólo constituye «una justificación posterior», carente de soporte probatorio.

20.- Tampoco se expuso cuál fue el precio de mercado que se tendría como referencia ni se hicieron cotizaciones que sirvieran de soporte a las cuantías

fijadas para cada contrato. Por el contrario, la escogencia del contenido temático de los libros atendió a intereses particulares, ya que sólo eran comercializados por el GRUPO CULTURAL DE COLOMBIA LTDA., editorial a la que la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO adquirió las aludidas bibliotecas.

21.- A la par, se tuvo por acreditado un indebido fraccionamiento contractual, por cuanto no se dieron a conocer razones de interés público que justificara la suscripción de dos acuerdos de voluntades diferentes, cuando lo cierto es que ambos contratos buscaban *«dotar de libros a las instituciones educativas de los municipios no certificados del Departamento»*.

22.- Por otra parte, la Sala *a quo* desestimó el señalamiento alusivo a la inexistencia del pliego de condiciones porque, aun cuando en el informe de Policía Judicial No. 967491 del 31 de marzo de 2016, se dejó constancia que efectuada inspección a las instalaciones de la gobernación no se encontraron archivos sobre el particular, no puede desconocerse que tal diligencia se llevó a cabo varios años después de los hechos y que en el *«plenario hay una serie de elementos probatorios que dan cuenta de su existencia»*.

23.- En esa línea, consideró que no estaba probada la violación al principio de publicidad pues, aunque en la diligencia mencionada en el párrafo anterior tampoco se halló constancia de dicho acto, esto no significa que no se hubiese llevado a cabo. En sustento, se hizo alusión a lo

manifestado por JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO, en cuanto a que *«tenía entendido que los procesos contractuales fueron publicados por la Oficina Jurídica de la Gobernación y en el acta de adjudicación de los contratos se dispuso que ‘de conformidad a lo señalado en la Ley 80 de 1993 y el decreto 2170 de 2002, se publico (sic) el presente proceso en la pagina (sic) WEB de la entidad’»*.

24.- Igualmente, aseguró que no se presentó ninguna inconsistencia en la calificación de la oferta presentada por el contratista, pues en el *«oficio que evaluó la propuesta se dispuso claramente que esta verificación obedecía a los principios de la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios y las consignaciones hechas en los términos de referencia de estas contrataciones»*.

25.- A continuación, el fallador resaltó que la etapa precontractual estuvo a cargo de los secretarios de Educación, Hacienda y General, así como de profesionales especializados y universitarios de la Oficina de Planeación Departamental.

26.- Ello significa que el gobernador encargado **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** no intervino en dicha fase ni fue advertido por sus subalternos de alguna irregularidad. Siempre actuó bajo la asesoría de la Oficina Jurídica, así lo declararon JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ, RAÚL SÁNCHEZ VARELA y JOSÉ EDUARDO BARRENECHE.

27.- Puntualmente, se destacó que, según el último de los mencionados, el área jurídica *«hacía la validación legal*

de lo presentado por cada dependencia», después se remitía al despacho del mandatario y allí el «grupo de asesores jurídicos... realizaban una nueva revisión de los documentos a suscribir, aun cuando la Oficina Jurídica ya había dado su aval».

28.- Para la Sala Especial de Primera Instancia ese actuar secuencial hizo que el ahora procesado tuviera la *«confianza suficiente para suscribir los contratos, pues los funcionarios que participaron en el trámite eran profesionales idóneos, quienes le dieron su aval a sabiendas de las consecuencias jurídicas que acarrearía el omitir reportar alguna irregularidad».*

29.- También agregó que el exmandatario era una *«persona lega en temas de contratación estatal»*, ingeniero civil de profesión con experiencia en el sector privado de la construcción, cuya única vinculación con la administración pública fue cuando se desempeñó como gobernador encargado durante los meses de junio a diciembre de 2007.

30.- De tal manera, se concluyó que a favor de **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** operó el principio de confianza, por cuanto *«cumplió sus deberes de vigilancia que como ordenador del gasto le eran exigibles, impidiendo predicarle los defectos acaecidos en la fase precontractual resaltados en la acusación y de contera la afectación patrimonial del departamento».* En consecuencia, la Sala *a quo* afirmó que las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales eran objetivamente atípicas.

5.2. Del concurso de peculados

31.- Frente a la apropiación de recursos públicos, en el fallo recurrido se dijo que, con base en las facturas 21837 y 21838 del 8 de noviembre de 2007, se probó que la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO compró los libros objeto de los contratos 346 y 347 al GRUPO CULTURAL DE COLOMBIA LTDA. por \$39.319.200 y \$39.271.143.

32.- No obstante, según las facturas 531 y 532 del 26 de octubre de 2007, el contratista cobró al ente departamental, por el mismo material, \$259.200.000 y \$258.868.000, cifras que fueron canceladas por la gobernación el 7 de noviembre de 2007, a través de transferencia bancaria por \$483.658.662, previas deducciones de ley.

33.- La confrontación de dichos valores llevó a la Sala a *quo* a concluir que se incurrió en «*sobrecosto ya que el valor de estos se fijó en un 559 % más del costo real de los productos*».

34.- En todo caso, pese a sostener que dicha afectación al erario fue el resultado de las deficientes etapas precontractuales, especialmente, no haberse realizado estudios de necesidad ni de mercado, el fallador de primer grado aseguró que no era posible predicar la tipicidad objetiva de la conducta desplegada por **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, pues aunque dispuso el pago cuestionado, no es atribuible «*jurídicamente que se apropió en favor de terceros de los dineros que resultan de la*

diferencia con los reales precios en que adquirió esa fundación de la empresa editorial».

35.- Ello, por cuanto el acusado actuó con la *«confianza de que la labor desarrollada por los funcionarios de su departamento se ajustaba a los lineamientos normativos de la época y, por ende, que no se presentarían apropiaciones del erario en favor de terceros. Además, cumplió con sus deberes de vigilancia que como ordenador del gasto le eran exigibles lo que le permitió llegar a esa conclusión».*

36.- En esa dirección, aseguró que pese a la naturaleza autónoma de las ilicitudes objeto de acusación, lo cierto es que, al no poderse declarar responsable al procesado del delito en materia contractual, esta misma conclusión *«se refleja en el de carácter patrimonial».*

37.- Por otra parte, se hizo alusión a que, según la acusación, los documentos que acreditan la entrega de los textos a las instituciones educativas sólo sustentan la distribución de material por \$477.052.520, lo que arrojaría una diferencia de \$41.015.480, por cuanto no se hallaron comprobantes de salida que soportara lo concerniente a esta última cifra.

38.- Sin embargo, para la Sala Especial de Primera Instancia no existe certeza de que las 32 actas de egreso constituyan la totalidad de los registros, pues la diligencia de inspección al almacén de la gobernación se realizó 11 años después de los hechos, luego es factible colegir que la falta del soporte documental obedece a que, por el

transcurrir del tiempo, *«pudieran haberse extraviado»*.

39.- Con fundamento en lo denotado, se absolvió a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** de los cargos por los que fue convocado a juicio.

40.- Ahora bien, para terminar, resulta pertinente indicar que frente a la anterior determinación se formuló un salvamento de voto.

41.- En esencia, la discrepancia del magistrado disidente se centró en que, conforme a su criterio, las pruebas no revelan la atipicidad objetiva de las conductas, por cuanto las inconsistencias eran de *«fácil descubrimiento y conocimiento del procesado, con la lectura simple de los estudios previos que hacían parte de la carpeta que le fue entregada para suscribir los contratos»*, siendo viable concluir, entonces, que el exmandatario se sustrajo, con conocimiento y voluntad, de su deber de verificación, de allí que no se colmen los presupuestos para la aplicación al principio de confianza y le sea atribuible la afectación a los principios de la contratación administrativa y al erario.

V. DE LAS APELACIONES

5.1. Del recurso formulado por la Fiscalía

42.- El delegado del órgano de persecución penal aseguró que en el fallo de primer grado se desatendió el mandato del artículo 238 de la Ley 600 de 2000, por

cuanto no se efectuó una valoración conjunta de los testimonios y documentos legalmente aportados a la actuación, sino que tal estimación se surtió de forma insular, lo cual hizo que se descartara la configuración de algunas irregularidades contractuales que estaban debidamente acreditadas.

43.- Así, enfatizó en que pese al esfuerzo desplegado durante la investigación no se lograron ubicar los pliegos de condiciones, siendo, entonces, evidente su inexistencia, misma que fue corroborada por el jefe de la Oficina de Contratación de la gobernación de Magdalena, a través del oficio E-2021-001199 del 15 de febrero de 2020, con el cual dicho funcionario informó que *«no se encontró la resolución de apertura de los procesos de contratación 346 y 347 de 2007, como tampoco los pliegos de condiciones indicados en los estudios previos, ni su adquisición por la Fundación Baldo»*.

44.- En esa línea, afirmó que la falta de los pliegos de condiciones es consecuencia del indebido fraccionamiento contractual, pues al eludir la licitación pública la administración departamental terminó adelantando una suerte de contratación directa y omitió ese requisito esencial.

45.- Igualmente, manifestó que, si bien, los pliegos fueron referidos en los *«estudios de conveniencia»*, estos anteceden a aquellos, por lo que tal mención no garantiza que en lo sucesivo del trámite se haya cumplido con dicho acto.

46.- Además, la acotación que se hizo de los pliegos de condiciones en la propuesta presentada por la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO se caracterizó por ser simples *«frases de cajón que nada prueban»*.

47.- El recurrente también predicó ese estado inexistente frente a la publicidad que debió regir el trámite, pues tampoco obra constancia de que la gobernación haya *«ordenado dar avisos alusivos a la generación de estos procesos contractuales»*.

48.- Aseveró que tal situación no puede excusarse, como lo hizo la Sala *a quo*, en que por el transcurrir del tiempo ocurrió una supuesta pérdida de documentos, pues ello desconoce que la difusión exigida debía realizarse en el Portal Único de Contratación o en la página web de la gobernación, por lo que de haberse procedido conforme lo disponía el artículo 1º del Decreto 2434 de 2006, vigente al momento de los hechos, los avisos *«debieron ser subidos a una red informática, donde difícilmente se pierde la pista de un documento...»*.

49.- A juicio del apelante, lo anterior impactó el examen de la propuesta radicada por el contratista, pues al no elaborar ningún pliego de condiciones, tampoco se fijaron las reglas para la conformación del comité evaluador ni los ítems de calificación.

50.- Sin que pueda soslayarse, resaltó, que los

funcionarios que suscribieron los respectivos informes, se limitaron a reconocer las firmas que estaban plasmadas en los escritos, pero aseguraron no haber *«particip[ado] en ningún estudio»*, lo que implica que las *«evaluaciones no fueron realizadas con la seriedad y detalle demandadas»*.

51.- En otro plano de la discusión, la Fiscalía adujo que con independencia de que se haya acreditado o no la expedición del Decreto 376 de 2007, por el cual se habrían radicado los temas contractuales en la figura del gobernador, lo relevante es que, ineludiblemente, **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, como ordenador del gasto, tenía la obligación de ejercer control y vigilancia a los actos ejecutados por sus colaboradores, *«sin importar si la contratación fue por delegación o por desconcentración»*.

52.- Acto seguido, manifestó que la Sala Especial de Primera Instancia aplicó de forma *«automática»* el principio de confianza, al dar pleno crédito a lo dicho por el acusado en cuanto a haber actuado *«bajo la convicción de que sus colaboradores no han incurrido en comportamientos jurídicamente desaprobados»*, cuando no se probó que realmente haya implementado algún mecanismo de control en lo que, concretamente, atañe a la tramitación y celebración de los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, pues al respecto no existen actas o informes que den cuenta de ello, sólo se acudió al *«análisis sesgado»* de las declaraciones rendidas por quienes fueron subalternos del exmandatario, *«probables coautores de los delitos endilgados al procesado, quienes tenían directa incidencia en los procesos de*

contratación, personas que fueron escogidas por el procesado y [los] puso a liderar esos procesos contractuales...»

53.- Por esa vía, cuestionó que en la sentencia recurrida se destacara la existencia de tres filtros y que aun así se presentaran las aludidas inconsistencias, las cuales eran de fácil aprehensión, incluso para **INFANTE VERGARA**, ya que *«una simple lectura de documentos claves del proceso le hubiese permitido advertir las protuberantes irregularidades que acompañaban los contratos en su tramitación, y que ello conllevaba el evidente menoscabo de dineros del Estado...»*.

54.- El recurrente no discutió que la experiencia del procesado se circunscribe al sector privado, concretamente, a la construcción, pero, en su criterio, justamente ese bagaje le habría permitido detectar, si así lo hubiese verificado, que los precios eran exorbitantes y que no se ajustaban a los estudios del mercado, pues no se había llevado a cabo ningún estudio de esta clase.

55.- Con base en lo anterior, pidió que se revoque el fallo apelado para que, en su lugar, se proceda a emitir condena contra el procesado como coautor de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, ambas conductas en concurso homogéneo y sucesivo.

5.2. Del recurso formulado por la parte civil

56.- El jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la

Gobernación del Departamento del Magdalena, entidad reconocida como parte civil, también se apartó de la conclusión a la que arribó la Sala *a quo* respecto del principio de confianza, pues asegura que, en el caso concreto, no se reúnen los postulados para dar aplicación a esta figura.

57.- En síntesis, aseguró que la supuesta falta de conocimientos jurídicos del acusado e inexperiencia en el sector público no excusan su comportamiento, por cuanto aceptó desempeñarse como mandatario departamental y, por consiguiente, *«asumió unas obligaciones constitucionales y legales. [S]i bien en la administración pública intervienen varios funcionarios, esto no es razón para que el señor INFANTE se excuse del cumplimiento de sus deberes como gobernador y que por las funciones de su cargo, como máxima autoridad administrativa del departamento, tomara las medidas necesarias para corregir o evitar cualquier irregularidad en los contratos 346 y 347 de 2007»*.

58.- Por esa razón, afirmó, que la revisión a cargo de la Oficina Jurídica y demás secretarios, si bien, le permitían al ahora sindicado presumir que se estaba procediendo en debida forma, no lo eximía de cumplir con sus obligaciones de verificación.

59.- Finalmente, indicó que las irregularidades demostradas en el proceso y reconocidas por la primera instancia, precisamente por errores en el trámite y celebración de los contratos 346 y 347 de 2007, derivaron en la apropiación de los recursos públicos, al *«cancelar[se]*

unos valores inflados».

60.- En ese orden de ideas, solicitó que se revoque el fallo apelado y se profiera condena contra el procesado en los términos dictados en la acusación.

VI. INTERVENCIÓN DEL NO RECORRENTE

61.- Por su parte, el defensor de **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** pidió que se confirme la absolución declarada en primera instancia. Básicamente, porque el perjuicio para la administración pública devino de las actuaciones de los funcionarios que intervinieron en la etapa precontractual, de quienes también se predicaba la obligación de cumplir el principio de responsabilidad, mientras que el ahora acusado *«desplegó acciones para reducir el riesgo, por lo que, los resultados producidos no son imputables a su comportamiento»*, máxime cuando nunca fue puesto en conocimiento de alguna inconsistencia.

62.- En tal sentido, destacó que su representado *«retom[ó] las facultades delegadas por su predecesor a los secretarios de despacho como estrategia para reordenar una administración que presentaba un alto nivel de desorganización y a cuya cabeza habían suspendido en el ejercicio del cargo, y que, en la práctica desconcentró el trámite de la etapa precontractual en los funcionarios técnicos y jurídicos llamados a ello»*.

63.- Tampoco estuvo de acuerdo con el planteamiento de la Fiscalía en cuanto a que habría bastado una simple lectura por parte del procesado para

advertir las anomalías cometidas en el trámite, pues la contratación estatal es una materia que requiere de conocimientos especializados, de los cuales carecía el sindicado.

64.- Además, negó cualquier asimilación entre la experiencia que su asistido ha cosechado en el campo privado con el rol que debía ejercer al servicio de la administración pública, por cuanto en esta priman competencias y procedimientos reglados, mientras que en aquel ámbito impera la libre voluntad de los contrayentes.

65.- Con relación al disenso formulado por la parte civil, manifestó que no resulta suficiente para atribuir responsabilidad penal aducir que **INFANTE VERGARA** sabía que estaba ejerciendo un cargo público, pues se requiere acreditar la *«ejecución de conductas con culpabilidad, circunstancia que no se verifica en este caso pues el análisis no supera la tipicidad objetiva»*.

66.- Adujo que no resulta razonable esperar que el ordenador del gasto adelante directamente la etapa precontractual, pues lo que el *«tipo [exige] es que examine lo tramitado por otras dependencias y verifique que se hayan cumplido los requisitos legales, es decir, que ejerza cabalmente los deberes de vigilancia y control, como se comprobó que lo hizo FRANCISCO INFANTE»*, por esta razón calificó como acertado que la Sala *a quo* aplicara el principio de confianza.

67.- Por otra parte, sostuvo que no obra prueba

alusiva a que el exmandatario actuó de forma dolosa al permitir que terceros se apropiaran de recursos públicos, máxime que, como expresó la Sala *a quo*, en el presente asunto, existe «inescindibilidad» entre las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, ya que al «*tramitar los contratos bajo la confianza generada por sus subordinados, no advirtió las irregularidades que ocurrieron y los suscribió creyendo que los procedimientos se habían ajustado a las disposiciones normativas*». En consecuencia, «*no fue su conducta la que permitió que terceros se apropiaran de los recursos públicos*».

VII. CONSIDERACIONES

7.1.- Competencia

68.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la parte civil contra la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2023 por la Sala Especial de Primera Instancia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 186 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018.

69.- Además, el estudio del recurso de apelación se circunscribirá al examen de los aspectos que son objeto de controversia y de los inescindiblemente vinculados, en aplicación del principio de limitación funcional que rige el trámite de la segunda instancia.

7.2.- Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

70.- La Sala Especial de Primera Instancia acogió la tesis defensiva expuesta en desarrollo de la actuación y dio aplicación al principio de confianza para, por esa vía, dictar absolución a favor del acusado, al considerar que en el trámite de los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007 participaron activamente varios funcionarios, cuya gestión habría sido controlada por el mandatario y, en consecuencia, podía asumirla como óptima. Valoración probatoria de la que, justamente, disintieron la Fiscalía y la parte civil, como apelantes.

71.- Puntualmente, los recurrentes afirman que durante la fase previa de los referidos contratos se inobservaron varios requisitos de esencial acatamiento, pese a lo cual, **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, con conocimiento y voluntad, suscribió dichos negocios jurídicos, sin verificar un adecuado seguimiento del trámite, cuando los deberes emanados de su calidad de ordenador del gasto así se lo exigían y existían circunstancias que impedían al gobernador encargado fiarse de las actividades desplegadas por sus subalternos y asumir la corrección de los respectivos procesos contractuales.

72.- De tal manera, a la Sala de Casación Penal le corresponde definir si en atención a los medios de convicción que obran en la actuación es factible concluir que i) el ahora sindicado **INFANTE VERGARA** obró amparado en el principio de confianza y, por esa razón, las conductas de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros que se le atribuyen en la acusación son objetivamente atípicas.

73.- En el evento negativo, se debe dilucidar ii) si el exmandatario actuó con dolo al avalar el desconocimiento de los postulados de la contratación estatal y la consecuente apropiación de recursos del erario por parte de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO.

74.- Con el propósito de resolver los problemas jurídicos antes formulados, surge necesario que la Sala aborde cuatro asuntos. El primero, estará referido a los elementos objetivos y subjetivos que componen los tipos penales de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros (7.3). En segundo lugar, se hará alusión al alcance de los principios que rigen la contratación pública (7.4). El tercer tema corresponde a los presupuestos del principio de confianza (7.5). En el cuarto y último apartado, se analizará el caso concreto a la luz de los denotados presupuestos (7.6).

7.3.- La estructura típica del delito de celebración indebida de contratos

75.- La normativa vigente para la época de ocurrencia de los hechos atribuidos a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** -23 de octubre de 2007, fecha en la que se suscribieron los contratos 346 y 347- es el original artículo 410 del Código Penal, el cual define el comportamiento analizado de la siguiente forma:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de 48 a 144 meses, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años.

76.- De la anterior descripción normativa puede extraerse que los elementos del tipo objetivo refieren a la concurrencia de un sujeto activo calificado por la condición de servidor público, que en ejercicio de sus funciones incurra en la conducta alternativa de i) tramitar, ii) celebrar o iii) liquidar determinado contrato, sin observancia de sus requisitos legales esenciales. Según se evidencia del texto legal y lo tiene decantado la Sala, el juicio de reproche no abarca las irregularidades que se puedan presentar en la etapa de ejecución de los contratos (CSJ SP004-2023, Rad. 62766 y SP082-2023, Rad. 59994).

77.- Con esta conducta punible el legislador pretende que en la contratación pública se salvaguarden los principios que orientan la función administrativa, los cuales se encuentran descritos en el artículo 209 de la Constitución Política, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, al margen de subjetivismos, caprichos o intereses particulares que contrarían el interés general (CSJ SP1138-2022, Rad. 59738 y SP082-2023, Rad. 59994).

78.- Se trata de un tipo penal en blanco en la medida en que sus ingredientes normativos remiten a normas jurídicas extrapenales, en concreto, a la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, y a las normas especiales que rigen los contratos estatales, las que, por ende, complementan la descripción típica.

79.- También se evidencia que el requisito legal del contrato cuya violación configura la conducta punible y que tiene lugar en las etapas de tramitación, celebración o liquidación, debe tener la característica de «esencial». Es decir, no cualquier yerro o incumplimiento en las formalidades establecidas en las normas aplicables de contratación estatal configura este delito. Al respecto, la Sala ha determinado que:

A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios

derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) «aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente» (art. 1501 C.C.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L. 80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23-26 y 29, ibidem) (CSJ SP3478-2021, rad. 53219).

80.- La Corte ha precisado que, de acuerdo con la descripción típica del artículo 410 del Código Penal, la *«punibilidad de la conducta del servidor público no se predica de la totalidad de las fases contractuales»*¹⁸. Uno es el comportamiento aludido con el primer verbo rector, conforme al cual se reprocha tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales. Mientras que, en lo atinente a las conductas de celebrar y liquidar, la censura se centra en no verificar el cumplimiento de los presupuestos legales propios de cada una de dichas etapas.

81.- Así, la *tramitación* corresponde a la fase precontractual y hace alusión al acatamiento de los pasos que de forma secuencial prevé el ordenamiento jurídico desde el inicio del proceso hasta la suscripción del contrato.

82.- Por su parte, la *celebración* significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, esto es, perfeccionarlo a través de las ritualidades legales esenciales (artículo 41, inciso 2º, de la Ley 80 de 1993).

¹⁸ CSJ SP 185-2024 14 feb. 2024, rad. 58661, CSJ 9 feb. 2005, rad. 21.547, SP 23 mar. 2006, rad. 21.780, SP513-2018, rad. 50.530 y SP5505-2019, rad. 55.036

83.- Finalmente, la *liquidación* atañe a una actuación administrativa que se surte luego de la terminación del contrato, en cuyo desarrollo las partes constatan en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones a cargo de cada una, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución¹⁹.

84.- Ahora bien, en lo que respecta al elemento subjetivo de la conducta, se exige que sea cometida con dolo, en concordancia con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal. Es decir, el sujeto activo calificado debe obrar con conocimiento de los elementos que componen el tipo penal y la voluntad de querer su realización. Sobre el tema,

La Corte tiene dicho que el elemento subjetivo del tipo dispuesto en el artículo 410 del Código Penal, resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, pues, el objeto de protección es el principio de legalidad en la contratación estatal. (CSJ SP, jun. 12 de 2013, rad. 35560 y SP460-2022, rad. 60939).

85.- De modo que, el comportamiento doloso de este delito se evidencia cuando, pese al conocimiento de los requisitos esenciales del contrato, ya sea en el *trámite*, en la *celebración* o en la *liquidación*, el servidor público

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3ª, Sub. B, sent. 29.2.2012, exp. 19.371.

voluntariamente decide no acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación estatal.

7.3.1. La estructura típica del delito de peculado por apropiación

86.- El original artículo 397 de la Ley 599 de 2000 establece:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

87.- Se trata de un delito de resultado, cuya estructura básica exige: i) un sujeto activo calificado, servidor público, ii) que tenga la administración, custodia o tenencia de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares, iii) que le hayan

sido confiadas por razón o con ocasión de sus funciones y iv) que se apropie en provecho suyo o de un tercero de esos bienes.

88.- La jurisprudencia de la Sala tiene dicho sobre este tipo penal que, para su configuración, se requiere que el servidor público en ejercicio de sus funciones desarrolle ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos, los cuales le habían sido confiados al sujeto agente (CSJ SP364-2018, Rad. 51142; CSJ SP4414-2019, Rad. 50667 y SP730-2021, Rad. 55287).

89.- De igual forma, se ha destacado que el tipo penal en comento es de carácter instantáneo, toda vez que para su realización es suficiente que se despoje al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, *«sin que forzosamente quien cumple la acción entre efectivamente a disfrutar o gozar de aquellos, basta con el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público»* (CSJ SP, 10 oct. 2012, Rad. 38396 y SP982-2024, Rad. 65783).

90.- Aunque el legislador tiene previsto la existencia de un peculado culposo (artículo 400 del Código Penal), el delito materia de análisis, peculado por apropiación (artículo 397) solo admite la modalidad dolosa, pues su consumación está atada al conocimiento de la sustracción de los bienes públicos y la voluntad de incorporarlos en la esfera privada del sujeto activo o de un tercero.

7.4.- Los principios que rigen la contratación estatal

91.- La actividad contractual del Estado se encuentra sujeta a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y a los principios que la rigen, así como a las disposiciones que han modificado el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. A juicio de la Sala, esto se ve reflejado en que durante la fase de tramitación de los negocios jurídicos se realice la publicación de pliegos de condiciones y se invite a ofertar, con miras a que el proceso concluya con la selección objetiva de la mejor propuesta (CSJ SP4903-2018, Rad. 47385).

92.- De tal manera, la *planeación* es un principio de especial relevancia en la contratación estatal. Aunque no fue expresamente definido en la Ley 80 de 1993, según lo tiene establecido el Consejo de Estado, «*se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado*»²⁰ (CE, sentencia del 31 de enero de 2011, Rad. 15603).

93.- Así, el principio de planeación, inherente al de economía, implícitamente encuentra su fundamento normativo, entre otros, en el artículo 25 de la Ley 80 de

²⁰ Citada en la sentencia CSJ SP400-2023, Rad. 60311.

1993, conforme al cual la celebración de contratos públicos debe reflejar el adelantamiento de un proceso serio, ponderado y estricto, cuyos presupuestos de selección y pliegos de condiciones aseguren la escogencia objetiva de la propuesta que ofrezca las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración - ordinal 1º-.

94.- En sintonía, el numeral 12, inciso 1º, de la referida normativa²¹ consagra:

Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos, según corresponda. (Énfasis agregado).

95.- La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha aludido lo siguiente en relación con este principio:

*La actividad contractual de ninguna manera puede ser improvisada o librada al arbitrio del servidor público, sino que, entre otros aspectos, **ha de contar con estudios o análisis de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización.** Ello es manifestación directa de la máxima de planeación, que debe ser atendida en todos los procesos contractuales...* (CSJ SP513-2018, rad. 50530 y AP5429-2019, Rad. 49996).

96.- De forma paralela, el principio de *economía* implica la optimización tanto de recursos como de tiempo, lo cual obliga a la previa elaboración de estudios, diseños y análisis de conveniencia del objeto a contratar

²¹ El texto de este numeral fue modificado por las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

bajo términos preclusivos y perentorios. Dicho de otra forma, prevé que la administración aplique procedimientos que propendan por la eficacia y eficiencia de sus actuaciones.

97.- Por su parte, el principio de *transparencia* exige al servidor público la obligación de actuar de manera clara, imparcial y pública, sin anteponer sus intereses personales a los de la entidad estatal, dando cumplimiento al conjunto de reglas y estándares que rigen la relación contractual.

98.- Sin duda, la transparencia corresponde a un axioma que busca combatir la corrupción en la contratación pública y que, en líneas generales, desarrolla los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicables a la función administrativa -artículo 209 de la Constitución Política-.

99.- Ligado a los anteriores principios, como se anunció, existe el deber de *selección objetiva* que está encaminado a la determinación de la oferta que genere el mayor beneficio para la entidad contratante, escenario en el que se ha de omitir cualquier motivación personal o subjetiva y se impone actuar sin desviación o abuso del poder ni elusión de los procedimientos de debida escogencia, para de esa forma asegurar que la actividad contractual responda a criterios de igualdad y objetividad.

7.5. Del principio de confianza

100.- Sobre el principio de confianza ha precisado esta Sala que es un instrumento normativo integrado a la teoría de la imputación objetiva y que opera dogmáticamente como un límite a la norma de conducta, según el cual no es posible atribuirle el resultado típico a una persona si ésta ha obrado convencida de que otras - *de quienes se espera una actuación fundada en el principio de autorresponsabilidad o autodeterminación frente al cumplimiento de las normas*- no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados, a menos que le asista motivos suficientes para dudar o suponer lo contrario²².

101.- Como consecuencia práctica, de acuerdo con el principio de confianza, quien se comporta adecuadamente no tiene que prever que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro²³, pues por su propia definición «*no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario*»²⁴.

102.- Aunque el principio de confianza ha desempeñado un papel esencial en el ámbito de la imprudencia como criterio de determinación del deber de cuidado (especialmente cuando se trata de acciones que forman parte de una actividad compartida o que implica

²² Entre otras, CSJ SP, 28 sep. 2006, rad. 24031, CSJ SP3754, 2 nov. 2022, rad. 61464 y CSJ SP2709, 2 oct. 2024, rad. 61315.

²³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmática*, en: Derecho Penal y Criminología, Vol. 21, N° 69, Madrid, 2000, p. 46.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 532 y s.

una distribución de trabajo, como pueden ser acciones propias del tráfico automotor o de la intervención quirúrgica²⁵), lo cierto es que como criterio normativo en otros ámbitos de la teoría jurídica del delito se extendió a las conductas dolosas en virtud del proceso de normativización de la tipicidad²⁶.

103.- Ahora bien, esta Corporación ha enfatizado en que el principio de confianza está sujeto a limitaciones, como pasa a explicarse.

104.- En primer lugar, no es procedente su aplicación cuando la persona posee un especial deber de control dentro del ámbito de sus competencias, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás²⁷.

105.- En segundo lugar, no es posible acogerse al principio de confianza cuando, dentro de sus propios deberes de observación, de acuerdo a las circunstancias objetivas que lo rodean, pueda el individuo inferir que los otros no se comportan conforme a lo esperado: *«cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no le es posible confiar – existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello– ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento*

²⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1004 y s.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, p. 532.

²⁶ Cfr. En este sentido, CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

²⁷ Entre otras, CSJ SP 9 feb. 2005, rad. 21547; CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.

sobre la situación»²⁸.

106.- Así, tratándose de delitos dolosos en régimen de actividades compartidas, como podría predicarse de la celebración de un contrato estatal, en tanto dicha fase se deriva de la concatenación de actos previos desplegados por varios órganos, le serán atribuibles objetivamente las acciones activas o pasivas a aquel que teniendo el deber de evitar el resultado o de vigilar la conducta de quienes colaboran en la ejecución de las labores a él encomendadas, permita que, ya sea mediante contribuciones esenciales o secundarias para la producción del resultado, vulneren el bien jurídico llamado a proteger²⁹.

107.- En ese orden de ideas, el titular de la función contractual no puede eximirse de responsabilidad frente a la constatación de la legalidad del trámite precedente, basado en que éste se hallaba asignado a un subalterno, toda vez que, si bien, la *«administración pública tiene un desempeño complejo, pues requiere la intervención de numerosos funcionarios, (...) no por ello, puede escudarse la defensa en el principio de confianza y buena fe, dado que la función del procesado no se agota con el examen formal de la actuación, ni con la firma mecánica de los contratos, por el contrario, su deber ineludible radica en “observar” o “verificar” el cumplimiento de los requisitos legales esenciales antes de proceder a la “tramitación”, “celebración” o “liquidación” del contrato»* (CSJ SP, 6 may. 2009. Rad. 25495).

²⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, op. cit., p. 75. En ese sentido, SP CSJ SP 28 sep. 2006, rad. 24031.

²⁹ CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32053.

108.- Definidos los contornos teóricos de la discusión, la Sala procederá al estudio de la problemática planteada por los recurrentes en la presente actuación.

7.6.- Del caso concreto

109.- Inicialmente, se debe indicar que ninguna discusión suscita la calidad de servidor público que el acusado ostentaba al momento de los hechos porque, justamente, para el 23 de octubre de 2007, día en que se formalizaron los contratos de compraventa 346 y 347 con la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES, **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** fungía como gobernador del departamento del Magdalena, cargo del que tomó posesión el 26 de junio de 2007³⁰, conforme la designación efectuada en el Decreto 2354³¹ dictado el día anterior.

110.- Hecha tal precisión, conviene señalar que el reproche penal, inserto en la acusación, se ciñe a que, el mencionado mandatario suscribió los referidos contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en los trámites contractuales precedentes.

111.- Ahora bien, con el fin de resolver los recursos de apelación propuestos por la Fiscalía y la parte civil, la

³⁰ Página 33 del denominado «002_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022113616842.pdf» del expediente digital.

³¹ Páginas 31 y 32 del denominado «002_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022113616842.pdf» del expediente digital.

Corte, al abordar el caso concreto, se pronunciará sobre cuatro aspectos:

112.- El primero, la configuración de irregularidades en los trámites previos de los contratos de compraventa 346 y 347, configurativas del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (7.6.1). En segundo lugar, se analizará la estructuración del principio de confianza, de cara a los presuntos actos de vigilancia y control que el procesado ejerció, al momento de suscribir los contratos, frente a la gestión adelantada por sus subalternos (7.6.2). El tercer asunto que se abordará atañe al examen subjetivo del comportamiento desplegado por el exmandatario (7.6.3). Para finalizar, en el cuarto apartado se procederá con el estudio del tipo penal de peculado por apropiación en favor de terceros, en las dos vertientes de detrimento patrimonial atribuidas en la acusación: i) sobrecostos y ii) faltante de material (7.6.4).

7.6.1. De las irregularidades cometidas en las fases preliminares de los contratos de compraventa 346 y 347

113.- En la calificación del mérito del sumario, la Fiscalía puntualizó que durante las fases preliminares y de celebración de los citados negocios jurídicos se presentaron seis anomalías, con las que se habrían trasgredido los principios de planeación, economía,

transparencia y selección objetiva, las cuales se sintetizan en los siguientes términos:

i) En los **estudios previos o de conveniencia** no se concretó cual fue la necesidad de llevar a cabo los contratos. En manera alguna se especificó la población que se beneficiaría con la adquisición de las bibliotecas ni se proyectó el impacto que tendría la compra del material.

Tampoco se contó con el soporte técnico y económico para la estimación del valor de cada contrato, tal como exigía el artículo 8º, numeral 4, del Decreto 2170 de 2002, por cuanto la administración no realizó un estudio de mercado y *«dej[ó] de cotizar los precios reales de los textos, como referencia indispensable para contratar y lograr un mejor aprovechamiento de los recursos públicos»*.

ii) Se incurrió en un **indebido fraccionamiento del objeto contractual**, pues ambos negocios jurídicos estaban destinados a *«la adquisición de bibliotecas para los estudiantes de los municipios no certificados del Departamento»*, luego no existía razón válida para escindir su trámite y celebración.

Todo ello ocurrió con la clara finalidad de evadir la licitación pública que impedía dar curso a la contratación directa, por cuanto para el año 2007 la *«contratación de mínima cuantía oscilaba de \$26'022.000 a \$260'219.999.00, suma última a la que precisamente se ajustaron los valores de los contratos 346 y 347 de 2007, para proceder con vulneración de lo que manda la ley en estos eventos»*.

iii) Inexistencia de los **pliegos de condiciones**, pese a su obligatoriedad según lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 2170 de 2002, por cuanto en los documentos que obran en la Oficina jurídica no se halló registro del adelantamiento de dicho acto precontractual.

iv) Violación del **principio de publicidad** por *«no encontrarse constancia referida a que la Gobernación haya ordenado dar avisos alusivos a la generación de estos procesos*

contractuales».

v) Evaluación de la propuesta. Frente a este aspecto se indicó que en las respectivas carpetas contractuales y archivos que reposan en la gobernación no se encontró el acto de delegación por parte del mandatario departamental a los miembros del comité ni la respectiva acta de conformación.

Además, la evaluación técnica, jurídica y financiera fue consignada en *«documentos formateados, que incluso, duplican errores mecanográficos; pero, ante todo, carecen de parámetros claros y precisos en torno a los factores de calificación, que debieron ofrecerse en los pliegos de condiciones».*

vi) Por último, se indicó que el gobernador **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** suscribió los contratos 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, *«sin verificar, y en todo caso cohonestando libremente las copiosas irregularidades, los celebró en forma contraria a la ley».*

114.- Según se indicó en el acápite pertinente, la Sala Especial de Primera Instancia consideró que estaban acreditadas las dos primeras irregularidades, esto es, aquella relacionada con los estudios de conveniencia, toda vez que la administración departamental no realizó un análisis serio sobre la necesidad de celebrar los cuestionados negocios jurídicos ni llevó a cabo un sondeo de precios y, además, habilitó el fraccionamiento del objeto contractual contrariando todo interés público.

115.- Tal conclusión, aparte de no haber sido rebatida por los recurrentes, está respaldada en los medios de conocimiento que obran en la actuación, por lo que indefectiblemente constituye un punto de partida para dilucidar si, tal como lo afirmó la Fiscalía al sustentar

el disenso, también se encuentran configuradas las demás anomalías aludidas en la calificación del sumario.

116.- Previo a ello, es importante indicar que consultada la prueba documental se advierte que los antecedentes de los dos negocios jurídicos están determinados por los mismos actos. De tal manera, para evitar repeticiones innecesarias, se reseñará con mayor detalle el trámite adelantado respecto del contrato 346 del 23 de octubre de 2007 y en el momento pertinente se harán las necesarias especificaciones frente al sucesivo contrato 347.

117.- Con tal precisión, la génesis contractual se remite al documento denominado «*estudio de conveniencia*»³², suscrito por JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ, secretario de educación, el cual carece de fecha y se anuncia como «*objeto*» la adquisición «*EN CALIDAD DE COMPRA BIBLIOTECAS DE APOYO A LA FORMACIÓN ESCOLAR PARA LOS ESTUDIANTES DE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA*».

118.- Consta de dos acápite titulados: i) «*Definición de la necesidad*» y ii) «*Definición técnica*». En la primera sección se indicó que, de acuerdo con la Ley 715 de 2001 y el plan de desarrollo departamental, era «*competencia ineludible de las entidades territoriales la formulación de planes, programas y proyectos para la formación en competencias a los*

³² Página 1 del documento denominado «004_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Medio Magnético CD o DVD_2022113842904.pdf» del expediente digital.

estudiantes de las instituciones educativas del Departamento del Magdalena», por tal razón, se buscaba suministrar al profesorado textos, guías de trabajo y lecturas especializadas.

119.- Más adelante, en el segundo apartado, se aseguró que *«atendiendo las apuestas de educación del Dpto en cada subregión»,* resultaba importante y pertinente dotar a los docentes con referentes bibliográficos, por lo que:

[L]os textos y manuales señalados en los pliegos de condiciones elaborados por esta Secretaría cumplen con esa misión de apoyo conceptual los cuales son:

180	Curso de orientación escolar 7 tomos + 1cd
180	Los valores para la convivencia humana 1 tomo + 1cd
180	Las drogas, educación y prevención 1 tomo + 1cd
180	Manual de educación física 1 tomo + 1 cd
180	Colombia tierra de esperanza 1 tomo + 1 cd

CONDICIONES DEL CONTRATO A CELEBRAR: El departamento elaborara (sic) un contrato de compra venta bajo la modalidad de contratación de directa (sic) acorde a los (sic) señalado en la ley 80 de 1993 y decreto 2170 de 2001. Para su escogencia se tendrá lo señalado en los pliegos de condiciones elaborador (sic) por la Secretaría de Desarrollo de la Educación. Su plazo será de sesenta días y lugar de ejecución el Distrito de Santa Marta.

LUGAR Y PLAZO DE EJECUCIÓN: Será en el Distrito de Santa Marta, Departamento del Magdalena en un plazo de sesenta días a partir de la firma y legalización del contrato.

SOPORTE ECONÓMICO: Lo constituye la disponibilidad presupuestal de la Gobernación del Magdalena, para tal fin la Secretaría de Gestión Financiera Integral del Departamento expedirá la respectiva certificación.

ANÁLISIS DE RIESGO: El contratista deberá demostrar que cuenta con la infraestructura y experiencia en esta actividad. La entidad contratante exigirá al contratista elegido la constitución de garantías a favor del Departamento ante una entidad de seguros legalmente constituida en Colombia.

120.- En esos mismos términos se agotó el análisis de conveniencia y oportunidad del contrato de compraventa No. 347 del 23 de octubre 2007, con la puntal precisión de que el material objeto de adquisición sería de índole «*técnica y tecnológica*»:

El Departamento del Magdalena viene empeñado en la transformación curricular de los proyectos educativos institucionales -PEI- de los colegios hacia educación (sic) para que respondan a las demandas de formación en competencias laborales y productivas de sus estudiantes, atendiendo las apuestas de educación del Dto en cada subregión. Es así que ese rediseño de los currículos debe ir acompañado de estrategias de mejoramiento de infraestructuras y equipamientos - dotación.

Por lo anterior se hacía pertinente dotarlos de referentes bibliográficos con temáticas acordes a su grado estudiantil. Los textos y manuales que cumplen la misión de apoyo conceptual son los siguientes:

200	COMPUTACIÓN PARA NIÑOS 2 TMOS + 2CD
200	MANUAL DE COMPUTACIÓN 1 TOMO + 2 CD
200	Manual avanzado de computación 1 tomo + 2cd
200	Tecnología aplicado 1 tomo
200	Manual practico (sic) de electricidad y electrónica 1 tomo

121.- Efectuada esa breve reseña documental, se debe referir que el artículo 8º del Decreto 2170 de 2002, vigente para el momento de los hechos, disponía que, en desarrollo de lo previsto en el artículo 25, numerales 7 y 12, de la Ley 80 de 1993, los estudios sobre la conveniencia y oportunidad de realizar la contratación tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán consignar, como mínimo, información sobre la necesidad del contrato, sus aspectos

técnicos, el soporte económico del valor estimado y el análisis de los riesgos de la contratación.

122.- Conforme lo anterior, queda claro que los denotados *«estudios de conveniencia»* no otorgaban la certeza debida a los contratos de compraventa que estaban por celebrarse, toda vez que a partir de una llana referencia normativa (Ley 715 de 2001) se hizo alusión a la obligación estatal de fortalecer los procesos de formación estudiantil, sin concretar el panorama regional y subregional que la gobernación buscaba apoyar.

123.- Durante la fase investigativa, el 16 de octubre de 2018, JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO declaró que su rol durante el trámite de los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, consistió en *«realizar el estudio de necesidad del material didáctico solicitado por los rectores y proyectado por los asesores jurídicos»*.

124.- Así, insistió en que *«muchos rectores me manifestaron la necesidad de manera verbal y muchos a través de escritos, yo tomé posesión el 4 de julio y en la medida que fui relacionándome con los rectores, comenzaron a hacerme las solicitudes como entre julio y septiembre»*.

125.- Más adelante, al preguntársele: *«¿Por qué motivo se escogieron estos títulos de textos y no otros?»*, contestó: *«Creo que fue producto de las orientaciones de los rectores y docentes»*.

126.- Sin embargo, según se evidenció, en la referida documentación no se hizo ninguna mención a las

peticiones aludidas por el secretario de educación. Por el contrario, en desarrollo de la actuación se escucharon a algunos rectores que negaron haber instado tal dotación.

127.- Así, el 17 de octubre de 2018, SERVIO JOSÉ BALDOVINO CADRASCO manifestó que para el año 2007 se desempeñaba como rector de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA GABRIEL ESCOBAR BALLESTAS y, en concreto, sobre la provisión de textos aseguró que *«nadie solicitó esos libros, simplemente pues se nos informó que había unos textos para las bibliotecas y fueron entregados»*.

128.- En esa misma línea declararon los rectores NICANOR JOSÉ CANTILLO GARCÍA, HILGADO MANUEL POLO POLO y LUZ MARIANA DE LAS CRUZ DE PICO, quienes indicaron: *«nosotros tuvimos que asumir el costo de ese transporte»*.

129.- Según se explicó en la parte teórica de esta providencia, el principio de planeación, *«como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración»*³³, pues la contratación pública no puede dejarse a la liberalidad de las interpretaciones que surjan frente a su procedencia.

130.- Es evidente que los referidos *«estudios de conveniencia»* no colmaron tales presupuestos. Aunque se dijo que la administración pretendía *«atend[er] las apuestas*

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 29 abr. 2015, Rad. 25000-23-26-000-2002-00372-01 (29201).

de educación del Dpto», este planteamiento sólo constituyó una frase vacía, en la medida que no se especificó en qué consistían dichos desafíos ni se dieron a conocer los criterios determinantes para la escogencia de los títulos bibliográficos, en aras de entender que, ciertamente, la compra del material tendría una incidencia real en las «competencias laborales y productivas de [los] estudiantes».

131.- Sobre el tema, resulta pertinente citar lo expresado por el rector SERVIO JOSÉ BALDOVINO CADRASCO en cuanto a que el *«impacto fue poco porque... Llegaron por iniciativa de la gobernación, entonces no tuvieron la resonancia que debían tener porque el contenido pues no obedecía exactamente a los perfiles de los docentes».*

132.- Tampoco se determinó la población a beneficiar, pues pese a anunciarse que serían los estudiantes de las instituciones de los municipios no certificados del Magdalena, esta categoría nunca fue definida ni se puntualizó el número de colegios que recibirían la dotación.

133.- La misma inconsistencia se presenta respecto del *«soporte económico»* de los contratos, pues sólo se indicó que se emitiría el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal, lo cual resulta insuficiente para entender satisfechos los principios de planeación y economía, pues con independencia de la disponibilidad de recursos, era indispensable que la administración definiera los costos, valores y alternativas que, a precios

de mercado reales, representaría la adquisición de las bibliotecas escogidas.

134.- No puede pasar desapercibido que, de acuerdo con los soportes documentales, el 5 de octubre de 2007 el futuro contratista consultó en el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal -SICE- varios precios indicativos, supuestamente alusivos a los códigos CUBS o «TITULO[S] OBRA[S]»³⁴ que pretendía vender a la entidad pública, pero ninguno de los datos reportados brindó un valor de referencia para el precio fijado en las respectivas propuestas. Por su parte, la búsqueda realizada el 16 de octubre de 2007 por el «Departamento del Magdalena», tampoco permitió conocer un parámetro para proceder con la correspondiente compra, pues el resultado fue: «no existe»³⁵.

135.- Ello demuestra que la cuantía de los contratos se definió de forma caprichosa -**contrato 346:** \$259.200.000 y **contrato 347:** \$258.868.000-, al no haber sido motivada ni contar con elementos comparativos que permitieran deducir que se trataba de la mejor opción para la entidad contratante, lo cual se encuentra desvirtuado, pues los correspondientes valores fueron establecidos por el contratista en la formulación de la oferta, como se denota en la reseña subsiguiente.

³⁴ Páginas 139 - 147 del documento denominado «004 Primera Instancia_ Actuación Fiscalía_ Medio Magnético CD o DVD_ 2022113842904. pdf» del expediente digital.

³⁵ Páginas 14 - 25 del documento denominado «004 Primera Instancia_ Actuación Fiscalía_ Medio Magnético CD o DVD_ 2022113842904. pdf» del expediente digital.

136.- Evidenciadas dichas anomalías, se debe indicar que, además de los denominados «*estudios de conveniencia*» ya referidos, la prueba documental da cuenta del desarrollo del trámite precontractual conforme los actos que, en su orden, se describen a continuación:

a) En escrito con fecha de elaboración y recibo del 8 de octubre de 2007, HERNÁN ORTIZ CHAPARRO, representante legal de la fundación, «*inscribió*» ante la Secretaría Jurídica de la gobernación a la «**Fundación Instituto Baldo**, identificado (sic) con el Nit. 805.007.044-6; como oferente interesado en participar en la contratación directa No. CD-DM-37-07 cuyo objeto es **La adquisición en calidad de compraventa de bibliotecas de apoyo a la formación escolar para los estudiantes de las distintas Instituciones Educativas de los municipios no certificados del Departamento del Magdalena**».

b) En la misma fecha -8 de octubre de 2007- HERNÁN ORTIZ CHAPARRO presentó la respectiva propuesta, en cuyo anexo 2 se anunció el valor de \$259.200.000, discriminado así:

Item	CUBS	Cantidad	Obra	Valor unitario	Valor Total
1	1.53.1.1	180	Curso de orientación Escolar	644.000	115.920.000
2	1.53.1.34	180	Los Valores en la Convivencia Humana	230.000	41.400.000
3	1.53.1.34	180	Las Drogas, Educación y Prevención	138.000	24.840.000
4	1.53.1.14	180	Manual de Educación Física	280.000	50.400.000
5	1.53.1.21	180	Colombia Tierra de Esperanza	148.000	26.640.000
			Valor Total de la Propuesta		\$259.200.000

«Nos comprometemos a entregar la mercancía en óptimas condiciones en el Almacén de la Secretaría de Desarrollo de la Educación Departamental, de acuerdo a los términos de referencia de la Contratación Directa.

forma de pago a la entrega de los bienes objeto de la presente Contratación Directa.

Plazo de Entrega: 30 días».

c) PAUL CORREA SILVA, jefe de la Oficina Jurídica, con acta suscrita a los «06 días del mes de octubre», dio a conocer que en el marco de la «contratación directa», «se encontró una manifestación o intención de participar en el proceso contractual» por parte de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO³⁶.

d) En el informe de evaluación financiera presentado al gobernador **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, por EDGARDO DÍAZ HAMBURGER y AROLDU NUÑEZ NAVARRO, secretario de Hacienda y profesional especializado, respectivamente, se indicó que se realizó una evaluación de la liquidez y el nivel de endeudamiento de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES, al ser «exigida por la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA para adjudicar la contratación bajo la modalidad de licitación pública».

e) Por su parte, PAUL CORREA SILVA, RAÚL SÁNCHEZ VARELA, EDGARDO DÍAZ HAMBURGER y JOAQUÍN VÉLEZ, quienes se desempeñaban como jefe de la Oficina Jurídica, secretario General, secretario de Hacienda y secretario de Educación, estuvieron a cargo del «estudio técnico propuesta presentada para la CONTRATACIÓN DIRECTA (sic)», cuyo informe también fue dirigido al gobernador encargado **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**.

f) El cierre del trámite de «contratación bajo la modalidad de contratación directa» se declaró a través del acta del 11 de octubre de 2007.

³⁶ Página 29 del documento denominado «004 Primera Instancia Actuación Fiscalía_ Medio Magnético CD o DVD_2022113842904.pdf» del expediente digital.

g) Posteriormente, aparece que el mandatario **INFANTE VERGARA** adjudicó el contrato 346 a la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO, lo cual se formalizó a través de resolución que se encuentra sin número y fecha.

Allí se afirma que en atención a lo señalado en el Estatuto General de Contratación y el *«decreto 2170 de 2002, se publicó el presente proceso en la página WEB de la entidad»* y que la *«fecha de apertura del proceso anteriormente mencionado fue el 08 de octubre de 2007 y la fecha de cierre el día 11 de octubre de 2007»*.

h) Finalmente, el 23 de octubre de 2007, **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, en calidad de gobernador encargado del departamento del Magdalena, y HERNÁN ORTIZ CHAPARRO, representante legal de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES, celebraron el **contrato de compraventa No. 346.**

En la parte inicial de la respectiva minuta se aseguró que la suscripción del negocio jurídico se llevaba a cabo *«previo el procedimiento de Contratación bajo la modalidad de Licitación Pública desarrollado acorde a lo establecido en la ley 80 de 1993 y el decreto 2170 de 2002, que culminó con la adjudicación del contrato a la entidad antes mencionada»*.

Puntualmente, el objeto contractual fue definido bajo los siguientes términos:

*[A]dquirir en calidad de compra venta **LA ADQUISICIÓN EN CALIDAD DE COMPRA (sic) BIBLIOTECAS DE APOYO A LA FORMACIÓN ESCOLAR PARA LOS ESTUDIANTES DE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA,** con las especificaciones técnicas y cantidades detalladas en los pliegos de condiciones que elaboró el Departamento y en oferta presentada por el contratista, los cuales hacen parte integral de este contrato y son:*

180	Curso de orientación escolar 7 tomos + 1cd
180	Los valores para la convivencia humana 1 tomo

	+ 1cd
180	Las drogas, educación y prevención 1 tomo + 1cd
180	Manual de educación física 1 tomo + 1 cd
180	Colombia tierra de esperanza 1 tomo + 1 cd

El valor del contrato 346 fue de \$259.200.000, el cual debía ser cancelado por parte de la gobernación *«dentro de los cinco días siguientes a la entrega total de los bienes objeto del contrato, previa presentación de la cuenta de cobro y acta de recibo final de los bienes suscrita por el supervisor del contrato»*.

En el respectivo documento además aparecen las firmas de EDGARDO DÍAZ HAMBURGER, secretario de Hacienda, JOAQUÍN VÉLEZ, secretario de Educación y supervisor designado, así como el visto bueno del jefe de la Oficina Jurídica.

137.- El mismo 23 de octubre de 2007, **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, en calidad de gobernador encargado del departamento del Magdalena, y HERNÁN ORTIZ CHAPARRO, representante legal de Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones, celebraron el **contrato de compraventa No. 347**.

138.- En la minuta contractual también se consignó que dicha suscripción se derivaba del adelantamiento previo de un *«procedimiento de Contratación bajo la modalidad de Licitación Pública desarrollado acorde a lo establecido en la ley 80 de 1993 y el decreto 2170 de 2002 que culminó con la adjudicación del contrato»*, cuyo objeto fue descrito de la siguiente manera:

[A]dquirir en calidad de compra venta **LA ADQUISICIÓN EN**

CALIDAD DE COMPRA BIBLIOTECAS TECNICAS Y TECNOLOGICAS (SIC) PARA LOS ESTUDIANTES DE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, con las especificaciones técnicas y cantidades detalladas en los pliegos de condiciones que elaboró el Departamento y en oferta presentada por el contratista, los cuales hacen parte integral de este contrato y son:

200	COMPUTACIÓN PARA NIÑOS 2 TMOS + 2CD
200	MANUAL DE COMPUTACIÓN 1 TOMO + 2 CD
200	Manual avanzado de computación 1 tomo + 2cd
200	Tecnología aplicado 1 tomo
200	Manual practico (sic) de electricidad y electrónica 1 tomo

139.- El valor del contrato fue \$258.868.000, que se pagarían dentro de los 5 días siguientes a la entrega del material, cuyo plazo se pactó en 30 días contados a partir del desembolso del anticipo.

140.- Igualmente, el interés en participar en la convocatoria fue manifestado por la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO el 8 de octubre de 2007, día en el que también se presentó la respectiva propuesta, cuya existencia única fue dada a conocer por PAUL CORREA SILVA, jefe de la Oficina Jurídica, según acta emanada a los «06 días del mes de octubre de la presente anualidad».

141.- El 11 de octubre de 2007, ALFONSO SARÁ, CLAUDIA PRICOLI BRIGANTE y ARTURO SAUMET, asesora del departamento, profesional especializada y representante del proponente, en su orden, firmaron el «ACTA DE CIERRE

CONTRATACIÓN BAJO LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA».

142.- Asimismo, la resolución sin fecha y número, por medio de la cual se adjudicó el contrato, también fue firmada por el gobernador encargado **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**.

143.- Una vez concluida la referencia de la prueba documental, surge evidente que dichos acuerdos de voluntades comportan objetos contractuales que, más allá de estar redactados de forma prácticamente idéntica, naturalísticamente conformaban un todo, contrario a lo afirmado el 27 de marzo de 2023, en la audiencia pública de juzgamiento, por JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO quien aseguró que sí existía una diferencia sustancial, toda vez que uno era de *«carácter técnico y tecnológico y la otra se referían era apoyo a la formación escolar»*³⁷.

144.- La variedad temática del material constituye una explicación aparente, insuficiente para desvirtuar un hecho cierto: la supuesta finalidad de la administración era proveer de soporte bibliográfico a instituciones educativas de los municipios no certificados del departamento.

145.- En otros términos, la actividad estipulada fue una sola y correspondió al mismo cometido institucional, lo cual significa que dichos acuerdos de voluntades sí

³⁷ Minuto 29:09.

compartían una unidad natural de objeto que se bifurcó de forma artificiosa para dar paso a la celebración separada de los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, sin tener una razón válida de interés público.

146.- Esa pretensión fragmentaria operó con la ineludible finalidad de evadir la licitación pública, pues en consideración a las cuantías de cada acuerdo de voluntades, esa era la modalidad de selección que se debía agotar.

147.- No obstante, se siguió una suerte de contratación directa cuando el valor del contrato 346 fue de \$259.200.000 y el establecido para el contrato 347 correspondió a \$258.868.000, lo que arroja un monto total de \$518.068.000, con lo cual se superaba el límite de la menor cuantía que para el año 2007 estaba fijado hasta en \$260.220.000, según las previsiones del original artículo 24, numeral 1, de la Ley 80 de 1993, siendo notorio el esmero con el que se estipuló cada cifra para no llegar a superar el aludido límite dinerario, todo con el propósito de favorecer al mismo contratista con la adjudicación de dos negocios jurídicos vinculados por el mismo objeto.

148.- Ese indebido fraccionamiento fue el desencadenante de las demás irregularidades aludidas por la Fiscalía, al sustentar el recurso de apelación, pues

contrario a lo sostenido por la Sala *a quo* el recuento de los correspondientes trámites precontractuales denota que en el caso *sub judice* se pretermitió la elaboración de los pliegos de condiciones.

149.- Sin perder de vista que el modelo licitatorio fue sustituido de manera subrepticia y velada por una suerte de contratación directa, pues así se anunció en varios documentos contractuales, lo cierto es que, aun así, se desatendió lo preceptuado en el artículo 10 del Decreto 2170 de 2002, conforme al cual:

Los pliegos de condiciones o términos de referencia que sirven de base para el desarrollo de los procesos de selección de contratación directa, deberán incluir como mínimo la siguiente información:

1. *Objeto del contrato.*
2. *Características técnicas de los bienes, obras o servicios requeridos por la entidad.*
3. *Presupuesto oficial.*
4. *Factores de escogencia de la oferta y la ponderación matemática precisa, concreta y detallada de los mismos.*
5. *Criterio de desempate.*
6. *Requisitos o documentos necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la futura contratación.*
7. *Fecha y hora límite de presentación de las ofertas.*
8. *Término para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato.*
9. *Plazo y forma de pago del contrato.*

150.- De tal manera, incluso, habiéndose optado ilegalmente por la contratación directa, era necesario garantizar la existencia del pliego de condiciones, exigencia que en el presente asunto fue claramente inobservada, pues de acuerdo con lo indicado en el informe de Policía Judicial No. 967491 del 31 de marzo de

2016³⁸, en la diligencia de inspección realizada el 4 de diciembre de 2015 a la Oficina de Contratación de la gobernación del Magdalena no fue posible encontrar el acto o resolución de apertura del trámite ni el pliego de condiciones de ninguno de los contratos ahora cuestionados.

151.- Pese a que en los «*estudios de conveniencia*», concretamente, en el acápite titulado «*condiciones del contrato a celebrar*», se hace alusión a dichos pliegos, esto constituye únicamente una referencia. En efecto, allí se anuncia que «*[e]l departamento elaborara (sic) un contrato de compra venta bajo la modalidad de contratación de directa (sic) acorde a los (sic) señalado en la ley 80 de 1993 y decreto 2170 de 2001 (sic). Para su escogencia se tendrá lo señalado en los pliegos de condiciones elaborador (sic) por la Secretaría de Desarrollo de la Educación*».

152.- Sin embargo, tal como lo dijo el delegado del órgano de investigación penal, desde una visión secuencial del trámite, los estudios de conveniencia anteceden a la elaboración de los pliegos de condiciones. Por ello, la mención de estos en el contenido de aquellos no constituye prueba de que efectivamente se hayan elaborado, como se aseguró en la sentencia recurrida, sino que se trata de una mención anticipatoria de su futura existencia y aplicación en la siguiente fase.

153.- Ahora, en el anexo No. 1 de la propuesta

³⁸ Páginas 5 - 23 del documento denominado «002_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_ Cuaderno_2022113616842.pdf» del expediente digital.

presentada el 8 de octubre de 2008 por la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES, se aseguró que para la *«elaboración de la propuesta se han estudiado los términos de referencia, sus anexos y sus adendos y que aceptamos todos los requisitos en ellos estipulados y renunciamos a cualquier reclamación por ignorancia o errónea interpretación de estos documentos»*³⁹.

154.- De nuevo, la mención que se realiza de la documentación echada de menos resulta genérica, sin puntualizar aspectos del supuesto contenido que habría sido consultado, pues no se explica cuáles exigencias de las supuestamente allí previstas habrían sido asumidas para intervenir como proponente. También se asegura que fueron revisados sus *«adendos»*, pero en ningún otro documento contractual se da cuenta que fue necesario modificar, aclarar o complementar los aducidos pliegos para ajustar algún requisito técnico, económico o jurídico.

155.- Esa abstracción también caracteriza la referencia que sobre el particular se hizo en el informe de verificación jurídica, las actas de cierre y adjudicación, así como en las correspondientes minutas de los contratos 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, pues sólo se indica que se siguieron las *«especificaciones técnicas y cantidades detalladas en los pliegos de condiciones»*, sin singularizar una o algunas de las pautas supuestamente consultadas.

156.- Puntualmente, en el informe de evaluación

³⁹ Página 37 del documento denominado *«004_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Medio Magnético CD o DVD_2022113842904.pdf»* del expediente digital.

técnica suscrito por el secretario de educación, JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO, la Sala de Casación Penal observa que allí se hace alusión a tres «*CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN Y FACTORES DE ESCOGENCIA*», a saber: «*3.2.1. precio*», «*3.2.2. EXPERIENCIA DEL PROPONENTE*» y «*EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE*» y, acto seguido, se asignan 40, 30 y 15 puntos, respectivamente.

157.- Solo el segundo factor cuenta con dos referencias a los presuntos pliegos, a saber, cuando se anuncia que la «*experiencia demostrada no sea inferior de la exigencia en el numeral 2.2.6 de este pliego*» y, en el párrafo siguiente, al advertirse que «*[q]uien no cumpla la experiencia específica mínima exigida en el numeral 2.2.6. será rechazada la oferta*», frases cuyo contenido permaneció vacío, pues nunca se explicó cuál era la experiencia prevista en el aludido ordinal.

158.- Los demás criterios de evaluación carecen de soporte, en la medida que no se identifica el documento oficial en el que tales parámetros habrían sido definidos con antelación, a efecto de colegir, de manera fundada, que los supuestos lineamientos aplicados provienen del pliego de condiciones.

159.- Sobre el particular, en la diligencia del 16 de octubre de 2018, a VÉLEZ SERRANO se le interrogó sobre lo siguiente:

PREGUNTADO: Intervino usted en la evaluación? CONTESTÓ:

Si claro, recuerdo que me correspondió la evaluación técnica de la propuesta que nos pasaba la oficina jurídica. El secretario de educación no tenía injerencia en la presentación de las propuestas. Creo que la oficina jurídica nos pasó una sola propuesta. PREGUNTADO: Bajo qué parámetros se efectuó la evaluación de las propuestas, sino (sic) existían pliegos de condiciones? CONTESTÓ: No recuerdo muy bien, pero se establecieron unos puntajes y debido a eso se calificaba. PREGUNTADO: En dónde se establecieron esos puntajes? CONTESTÓ: Hoy no recuerdo muy bien, pero tengo la duda de que existieran los pliegos⁴⁰.

160.- De lo anterior surge que la referencia a criterios y puntajes en el informe técnico carece de respaldo documental, debido a que no se identificó el pliego de condiciones como fuente normativa de tales parámetros. La propia declaración del evaluador, al reconocer que no recuerda el origen de los factores de calificación y al manifestar dudas sobre la existencia de los pliegos, da la razón a la Fiscalía cuando sostiene que la Sala Especial de Primera Instancia dio por acreditado tal aspecto a partir de enunciados superficiales e indeterminados que en nada acreditan la previa elaboración de dichos pliegos ni su consulta por parte del entonces proponente.

161.- Además, la conclusión que ahora se cuestiona en sede de apelación prescindió de lo comunicado por la jefe de la Oficina de Contratación de la gobernación de Magdalena en oficio E-2021-001199 del 15 de febrero de 2020:

[...]

⁴⁰ Página 217 del documento denominado «006_Primer Instancia_ Actuación Fiscalía_ Cuaderno_ 2022114207998.pdf» del expediente digital.

2. En relación a las resoluciones de apertura y pliegos de condiciones solicitados en los numerales 2 y 3 de su petición, me permito informarle que revisados los expedientes de los contratos No. 346 y 347 de 2007 remitidos al área de gestión documental, en estos no se evidencian (sic) dichos documentos, toda vez que ambos procesos de acuerdo a la justificación descrita en los estudios previos y demás documentos fueron suscritos bajo la modalidad de contratación directa, modalidad en la cual no aplican dichos documentos, de lo que podría deducirse que lo señalado en las condiciones del contrato a celebrar descrito en los estudios previos en los estudios previos (sic) y acta de fecha 6 de octubre de 2007, referentes a los mismos pudo haber sido un error de redacción en los mismos.

(...)

4. En lo relacionado con los documentos que permitan verificar que la Fundación Instituto Baldo para el Desarrollo de las Organizaciones adquirió los pliegos de condiciones, me permito informe (sic) que teniendo en cuenta que los procesos contractuales a los que se refieren los contratos 346 y 347 de 2007, fueron por la modalidad de contratación directa, los pliegos de condiciones no aplicaban.

162.- Un escenario semejante se predica del acto de publicidad de dichos pliegos, pues, por sustracción de materia, determinada su inexistencia, evidentemente, tampoco se agotó la fase de los respectivos anuncios, como exigían los artículos 1º y 2º del Decreto 2434 de 2006, que regían para el momento de los hechos, deducción que termina siendo corroborada con la información suministrada en el oficio antes citado:

3. En lo que respecta a los documentos que den cuenta de que (sic) manera se realizaron las invitaciones a los proponentes para la contratación, me permito (sic) manifestar que revisados los expedientes de los contratos de la referencia en los mismos no se evidenció dicha documentación.

163.- Conforme lo indicado también se advierte que

la inexistencia de pliegos de condiciones incidió negativamente en el examen de la propuesta presentada por la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES.

164.- Lo anterior, porque la asignación de 10 puntos en los ítems «*Razón corriente o de Liquidez*» y «*Nivel de endeudamiento*» que se indicó en el examen financiero, así como la calificación expresada en los estudios técnico y jurídico, según lo indicado en precedencia, no contó con ningún parámetro de referencia, por cuanto la administración nunca fijó de manera previa los criterios técnicos y objetivos de evaluación, evidenciando una construcción *ex post* de dichos factores, con lo cual se desconoció sin lugar a dudas la escogencia imparcial del contratista.

165.- El escenario hasta ahora decantado demuestra la efectiva trasgresión de los principios de planeación, economía, transparencia y selección objetiva, tanto por las irregularidades cuya configuración se ratifica en esta sede, como por aquellas que, pese a haber sido desestimadas en el fallo recurrido, como se evidenció en precedencia, resulta irrefutable su acaecimiento conforme el acervo probatorio denotado.

7.6.2. Del principio de confianza en el caso concreto

166.- A pesar de estar corroborada la existencia de múltiples irregularidades contractuales, la Sala Especial de Primera Instancia absolvió a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** por considerar que operó el principio de confianza. En esencia, esta conclusión se fundamentó en dos argumentos:

167.- i) La participación activa de varios funcionarios en los actos previos a la celebración de los contratos, por cuyas competencias y habilidades el mandatario podía fiarse de que las actividades desplegadas se habían ejecutado de forma óptima, ya que su prestación no le generó alerta alguna y ii) el procesado era una persona «*lega en temas de contratación estatal*», su única vinculación con la administración pública fue el encargo que aceptó como gobernador del Magdalena durante el período comprendido entre el 26 de junio y el 31 de diciembre de 2007.

168.- Previo al análisis de fondo, resulta necesario precisar un aspecto determinante: la competencia que, en materia contractual, le era atribuible al acusado. La delimitación de este aspecto constituye un presupuesto indispensable para valorar la legalidad de su actuación.

169.- En el fallo recurrido se afirmó que no era posible establecer las «*facultades delegadas en el Secretario de Educación de cara a adquirir mediante contratación las bibliotecas destinados a las instituciones educativas de los municipios no certificados del departamento*», toda vez que no logró

acreditarse la existencia del Decreto 376 del 26 de junio de 2007, por cuyo medio, algunos testigos, afirmaron que el gobernador encargado había derogado el Decreto departamental 1577 del 7 de abril de 2006, con el propósito de ejercer control de todas la fases contractuales.

170.- Así, en declaración del 16 de octubre de 2018, el entonces secretario de educación, JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO, aseguró que sólo le correspondía la realización de los «*estudios de conveniencia*» y la evaluación técnica de la propuesta. Los demás actos precontractuales estaban centralizados en la Oficina Jurídica, por cuanto *«una vez tomé posesión del cargo, se nos notificó el acto administrativo en el cual se revocaba o derogaba a los secretarios de Despacho la facultad de adelantar procesos contractuales, quedando en cabeza del Gobernador todo el trámite contractual apoyado y asesorado por los asesores jurídicos de la gobernación»*.

171.- Más adelante, el 27 de marzo de 2023, reiteró: *«cuando tomé posesión del cargo el 4 de junio me notificaron un decreto en el cual la gobernación había reasumido las funciones en materia de contratación... de todos los procedimientos en materia de contratación administrativa y competencia administrativa, quedaba derogada la delegación de esa función. Creo que fue el Decreto No. 376 del 26 de junio de 2007»*⁴¹.

172.- Por su parte, JOSÉ EDUARDO BARRENECHE, quien fungió como secretario privado del gobernador, manifestó: *«yo recuerdo que en su momento, y de esto no estoy muy seguro, existió un decreto mediante el cual el gobernador*

⁴¹ Minuto 13:36 del 27 de marzo de 2023.

asumió la función, pero no como una forma de concentrar funciones, sino como un mecanismo, toda vez que estábamos llegando a un contexto de total desorden»⁴², con la aclaración de que «sin perjuicio de que el gobernador asumiera esa función, cada secretario seguía siendo responsable de todo el proceso para efectos de que cumpliera con los requisitos legales...»⁴³

173.- Aunque la prueba testimonial da cuenta de que **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** habría ejercido su potestad administrativa para modificar los términos del Decreto 1577 del 7 de abril de 2006, con base en el cual el mandatario anterior delegó y desconcentró las funciones contractuales en el «*secretario de Despacho*», lo cierto es que surgen serios cuestionamientos sobre su existencia y contenido, al no lograrse su constatación documental.

174.- Tal situación en modo alguno impide realizar el juicio de responsabilidad que corresponde porque aun asumiendo que el aludido decreto no fue expedido y que los distintos funcionarios que intervinieron en la tramitación de los contratos de compraventa 346 y 347 obraron en el marco de la delegación, por permanecer vigente el Decreto departamental 1577 del 7 de abril de 2006, tal circunstancia no eximía al ahora acusado de velar por el cabal desarrollo de la actividad asignada y constatar su corrección al momento de suscribir dichos negocios jurídicos.

⁴² Minuto 1:34:02.

⁴³ Minuto 1:36:00.

175.- El deber de observación que se predica de **INFANTE VERGARA** hacía parte de su competencia en razón de las funciones de vigilancia y control que emanaban de su condición de ordenador del gasto y responsable de la contratación que involucraba directamente al departamento, la cual se concretó con la suscripción de los aludidos contratos.

176.- No se desconoce que el adecuado funcionamiento de una entidad pública, como corresponde en este caso a una gobernación, precisa de un entramado funcional que permita un proceso articulado de competencias por especialidades, conforme al cual cada grupo de trabajo realiza una actividad reglada bajo el presupuesto de poder confiar en la legalidad de la actividad previa a su intervención.

177.- Sin embargo, cuando se trata del titular del ente territorial se encuentran radicados en él cometidos de verificación de los que no se puede desprender, pues *«si así fuera, el supremo director siempre encontraría en esa circunstancia una excusa para evadir los deberes que la Constitución y la Ley le imponen»* (CSJ SP1063-2024, 8 may. 2024, Rad. 60778).

178.- De tal manera, aunque los *«estudios de conveniencia»*, las actas de conformación de *«lista de los posibles oferentes»* y de cierre, así como la evaluación técnica, jurídica y financiera de la propuesta hayan estado a cargo de diferentes funcionarios lo cierto es que la

gestión del mandatario no se agotó con el acto de habilitar la actividad de sus colaboradores, pues subsistía su obligación de permanecer atento al acatamiento de las fases necesarias para contratar, con sujeción a los deberes funcionales emanados de su cargo, por virtud del cual le era exigible, al momento de suscribir los contratos, *«despl[egar] la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le correspond[ía], pues en ese instante asum[ió] la administración del riesgo y por ende se h[izo] responsable de realizar una conducta prohibida»⁴⁴.*

179.- Se debe tener presente que la intervención de los distintos secretarios operó en relación con los actos inherentes a la etapa precontractual, mas no respecto de la celebración de los negocios jurídicos, pues en manera alguna implicó la sustitución o reemplazo del titular del departamento en la toma de decisiones.

180.- **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** conservaba dicha potestad, pues según el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, la *«responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla»*.

181.- En ese orden de ideas, es claro que al sindicado le era forzoso corroborar que el departamento había adelantado los procesos de selección conforme a los parámetros legales. En el evento negativo, le asistía el deber de abstenerse de suscribir los contratos, pues su

⁴⁴ CSJ SP2146-2016, Rad. 40627.

capacidad de decisión no se hallaba supeditada al ejercicio de la actividad desplegada por sus subalternos.

182.- Ahora bien, con relación a la implementación de controles tendientes a asegurar que no se incurriera en desatinos durante las fases preliminares de los procesos de selección, la Sala *a quo* y la defensa, en calidad de no recurrente, resaltaron que cuando **INFANTE VERGARA** asumió el encargo removió a los secretarios que estaban en ese momento y conformó un nuevo gabinete con profesionales expertos, medida por la que el hoy acusado aseguró: *«me sentí muy tranquilo, por cuanto yo tenía personas muy probas en todas las secretarías»*⁴⁵.

183.- En esa línea, resaltó que a cargo de la *«Secretaría de Educación estaba el doctor JOAQUÍN VÉLEZ, que es el caso que nos ocupa hoy, el doctor VÉLEZ hacía, digamos, la evaluación técnica del asunto»*⁴⁶.

184.- En efecto, de acuerdo con lo reseñado en precedencia no admite discusión que los *«estudios de conveniencia»* fueron suscritos por dicho funcionario, quien al describir la dinámica que antecedió a ese acto, simplemente, sostuvo que el *«secretario les informaba a los asesores jurídicos lo que solicitaban los rectores y ellos procedían a plasmar en un documento el estudio»*.

185.- No obstante, se demostró que esos análisis previos fueron totalmente deficientes, ante la falta de un diagnóstico situacional, no concretar la población a

⁴⁵ Minuto 28:27 diligencia de indagatoria del 3 de agosto de 2018.

⁴⁶ Minuto 35:36 diligencia de indagatoria del 3 de agosto de 2018.

beneficiar y carecer de un soporte económico serio, entre otros factores orientados a satisfacer el principio de planeación, aspectos que resultaron irrelevantes para el entonces secretario de educación, quien sin reparo alguno procedió a signarlos.

186.- En cuanto a la elaboración de los pliegos de condiciones JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO excusó su falta de conocimiento sobre la existencia de dicho acto, al sostener que era un asunto de competencia exclusiva de la Oficina Jurídica, lo cual significa que, pese a ser el titular de la dependencia donde se había gestado la necesidad contractual, se desentendió del trámite, al punto que, como quedó evidenciado, terminó pretermitiéndose la elaboración de dichos pliegos.

187.- Aunque la defensa, como no recurrente, enfatizó en que VÉLEZ SERRANO era «*un funcionario digno de confianza*» porque se trataba de un abogado con especialización en derecho público, el anterior panorama deja en evidencia que, la formación académica, *per se*, no resultaba suficiente para que el mandatario **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** se fiara de la gestión desplegada por dicho subalterno, pues siempre fue claro en que al «*doctor VÉLEZ no lo llevé yo, el doctor VÉLEZ es de algún pueblo de Magdalena y tenía como alguna afinidad política con el grupo del Partido Liberal, entonces, fue recomendado, pero estudiamos su hoja de vida*».

188.- Lo anterior se vincula a un hecho cierto y

relevante: entre el gobernador y JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO no existió relacionamiento previo del que el primero pudiera deducir, de forma fundada, la plena aptitud del mencionado en el ámbito de la contratación pública.

189.- Precisamente, en esa dirección el acusado, durante la audiencia pública del 13 de abril de 2023, le respondió al defensor la siguiente pregunta:

Defensor: ¿Por qué usted no delegó en los secretarios la suscripción de los contratos? Acusado: Buena pregunta, también porque yo tenía, sobre todo en esos, en esas dos secretarías [una de ellas la de educación] eran personas que eran apenas unos referidos, que tenían una hoja de vida buena ambos, sí, y que estaban recomendados por personas amigas mías también, pero no, no eran amigos míos...⁴⁷

190.- Situación que fue corroborada por JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO al indicar que su vinculación se dio en el «*mes de julio, me contactaron a ver si quería ser secretario de educación, fueron unos allegados al Gobernador, no preciso bien quiénes; y no conocía al Gobernador*».

191.- En ese orden de ideas, contrario a lo sostenido por el entonces mandatario no existía un contexto objetivo que sustentara la «*confianza*» pregonada en el mencionado funcionario y, conforme se expuso, no resultó un «*filtro*» idóneo, situación que resultaba latente para el procesado, tal como se evidenció cuando le explicó a su defensor que como no lo conocía de antes, se había abstenido de «*deleg[ar]... la suscripción de los contratos*».

⁴⁷ Minuto 1:05:25.

192.- Ahora bien, durante la diligencia de indagatoria del 3 de agosto de 2018, se le preguntó a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** cuáles funciones ejercía en materia contractual, ante lo cual respondió:

*[R]ealmente yo era muy nuevo en el sector público y como tal yo, desde las secretarías venían las necesidades de adjudicar y yo, con esa tranquilidad que siempre tuve de tener equipo, un equipo bueno, yo me sentía tranquilo. Por ejemplo, llegaba lo de los de educación, lo de salud, lo de las pequeñas obras públicas de infraestructura... yo estudiaba las cosas, veía que tenía, por ejemplo, el visto bueno de todos de los de, de todo el equipo, en la parte jurídica, en la parte financiera, que el CDP estuviera en orden, la parte técnica, la evaluación de todo y yo simplemente firmaba con esa certeza de que todo estaba bien y que todo había pasado por todos los filtros*⁴⁸.

193.- De tal manera, el procesado fue enfático en que la dinámica que caracterizó el trámite precontractual, además del secretario de Educación, implicó la participación de PAUL CORREA SILVA (q.e.p.d.), EDGARDO DÍAZ HAMBURGUER, RAÚL SÁNCHEZ VARELA y JOSÉ EDUARDO BARRENECHE, entonces titulares de la Oficina Jurídica y las Secretarías de Hacienda, General y Privada, respectivamente, lo cual resulta cierto, según la reseña documental que se efectuó en el acápite anterior.

194.- En ese marco, **INFANTE VERGARA** aseguró que «había toda una estructura administrativa que a mí me permitía estar muy tranquilo»⁴⁹, situación que reiteró durante su intervención en la audiencia pública de juzgamiento el 13 de abril de 2023, cuando sostuvo: «nunca, nunca firmé nada

⁴⁸ Minuto 31:55.

⁴⁹ Minuto 36:19 diligencia de indagatoria del 3 de agosto de 2018.

sin que tuviera ese, sin que las cosas hubieran pasado, digamos, por esos tamizajes»⁵⁰.

195.- Profundizó en esa línea expositiva al asegurar que *«una vez firmado el doctor CORREA y firmado los demás, yo ya sabía que allí no, no tenía por qué haber nada, entonces, firmaba después de leer, obviamente yo leía, pero el protocolo era ese, mi seguridad era que pasara por ese filtro en lo jurídico»⁵¹.*

196.- En ese orden de ideas, las manifestaciones persistentes del procesado en torno a la existencia de filtros administrativos y jurídicos constituye el presupuesto de la tesis defensiva. Sin embargo, confrontados tales asertos con lo dicho por los aludidos funcionarios, se diluye la idea de que estos fungieron de manera óptima.

197.- Lo primero que se debe indicar es que, revisados los soportes documentales, ninguno refleja la verificación o visto bueno otorgado por el secretario privado JOSÉ EDUARDO BARRENECHE, quien, en declaración del 28 de marzo de 2023, aseguró no recordar nada en punto de los mencionados negocios jurídicos y, en síntesis, su dicho giró en torno a que el entonces mandatario siempre les recalaba que se guiaran por la *«selección objetiva y el bien común»*, sin referir una directriz clara por parte del gobernador respecto de los contratos de compraventa objeto de análisis.

198.- En segundo lugar, se advierte que, si bien,

⁵⁰ Minuto 16:55 Audiencia pública de juzgamiento del 13 de abril de 2023.

⁵¹ Minuto 1:04:57 Audiencia pública de juzgamiento del 13 de abril de 2023.

EDGARDO DÍAZ HAMBURGUER y RAÚL SÁNCHEZ VARELA coincidieron en que la orden del mandatario en materia contractual era ajustarse a los preceptos legales, lo cierto es que al ser cuestionados por el influjo que tuvieron en los trámites previos a la suscripción de los contratos 346 y 347, mostraron total ajenidad.

199.- Así, en desarrollo de la diligencia del 28 de marzo de 2023, se le exhibió al ex secretario General, RAÚL EMILIO SÁNCHEZ VARELA, un ejemplar del informe dirigido al gobernador contentivo de la evaluación jurídica de la propuesta presentada por la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO y dijo que, aunque la rúbrica que allí aparecía era semejante a la suya, «no estoy seguro de que esa sea mi firma»⁵², pues por su rol no tenía «incidencia» en la referida labor calificadora.

200.- Acto seguido, el testigo aseguró que le resultaba extraño dicho documento,

[N]o sé si de pronto por protocolo deberíamos firmarla..., pero con respecto a la evaluación nosotros no teníamos ninguna incidencia, es que ni siquiera llegaron a mis manos esos documentos, o sea, de eso se encargaba era la Secretaría Jurídica, llevaba el trámite. Se pasaba al despacho del gobernador, lo revisaban los jurídicos que tenía a cargo el gobernador, pero de parte creo, de parte mío, no existía ningún tipo de evaluación porque es que incluso en la Secretaría no funcionaba ningún funcionario jurídico que de pronto podía hacer esa evaluación, o sea, estaba yo como secretario general y dos secretarias que eran las personas que me acompañaban en mi despacho, así que ese tipo de evaluación, de precios como me solicitan información, no, no, nunca, nunca es que no, no, nunca llevamos en la Secretaría

⁵² Minuto 1:04:03.

General ningún tipo sobre contratación⁵³.

201.- En esa dirección declaró EDGARDO DÍAZ HAMBURGER, secretario de Hacienda, pues al ponérsele de presente el aludido informe de evaluación jurídica, aseguró:

Normalmente, uno como secretario de Hacienda, cuando jurídica le daba la información a uno, de que todo estaba ejecutado conforme a la legalidad, a la ley, que se habían hecho todos los procesos, pues uno de pronto participaba en el documento de firma, pero cada entidad tiene su responsabilidad y era la responsabilidad de jurídica que se hubiera dado todo el proceso de contratación y también de que cada uno de los proponentes tuviera también los requisitos que ellos mismos estaban exigiendo en el pliego de condiciones, porque yo por lo menos como secretario de Hacienda, no participaba en pliego de condiciones ni nada de eso que yo recuerde⁵⁴.

202.- En consecuencia, lo manifestado por los funcionarios de vela que, tratándose de los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, no tenían fijado, por parte del mandatario, ningún cometido de especial verificación del que este último pudiera esperar un cabal desempeño, al punto que se mostraron extraños a los respectivos trámites y radicaron toda la responsabilidad en la Oficina Jurídica, cuyo secretario falleció.

203.- RAÚL SÁNCHEZ VARELA fue enfático en sostener que «*ni siquiera llegaron a mis manos esos documentos*» y concordó con EDGARDO DÍAZ HAMBURGER en que habría firmado el informe de calificación jurídica sólo como un

⁵³ Minuto 23:17.

⁵⁴ Minuto 3:20:50 diligencia del 28 de marzo de 2023.

mecanismo de mera formalización, lo que significa que ninguno de los hasta ahora mencionados ejerció la constatación en la que el procesado dice haberse fiado.

204.- Ello explica que DÍAZ HAMBURGER, en calidad de secretario de Hacienda, pese a haber suscrito los informes de evaluación financiera y jurídica, ninguna mención le haya merecido que en el primero se afirmaba que se había adelantado un proceso de licitación pública, mientras que en el segundo el proceso de selección anunciado era el de contratación directa.

205.- Ahora, excusar al acusado simplemente aduciendo que, por tener la profesión de ingeniero civil y no haber ejercido con anterioridad cargos públicos, era un «*lego*» en el ámbito de la contratación estatal, es dejar de lado que, precisamente, por su vasta experiencia en el sector de la construcción estaba al tanto de conceptos alusivos a la licitación pública y la contratación directa.

206.- Además, ese rol de constructor le permitía estar consciente de la importancia de sustentar los precios de los materiales de las obras en estudios de mercado, por lo que al trasladar dicho saber al acto de verificación que le era exigible durante la firma de los contratos, le permitía cuestionarse cuál había sido el soporte para fijar unas cuantías tan altas y, por esa vía, habría podido detectar que ningún estudio se había adelantado sobre la materia.

207.- De tal manera, a juicio de esta Sala, el examen sobre la responsabilidad del acusado no puede limitarse, como se planteó en el fallo recurrido, a que su intervención se ciñó a la suscripción de los contratos como último paso para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos, pues ello implicaría relevar a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** de los deberes funcionales que le asistían y estuvo en condiciones de ejercer.

208.- En tal sentido, le asiste razón a la Fiscalía al sostener que el rol del entonces gobernador no era el de un simple «tramitador» o «avalador» de las labores desempeñadas por sus subalternos como si la suscripción de los contratos comportara un acto mecánico o librado a la suerte, sin desplegar acción alguna tendiente a comprobar si dicho acompañamiento había satisfecho a cabalidad la designación.

209.- De tal manera, resulta insuficiente que se alegara a favor del exmandatario un actuar confiado, si al final él, como gobernador y titular de la función contractual, tenía la responsabilidad de garantizar los intereses del ente territorial y, por consiguiente, le persistía el deber funcional de verificar si el trámite contractual se había ajustado a los parámetros legales.

210.- No puede dejarse de lado que el propio sindicato adujo: *«estos mismos contratos eran los que habían elaborado la administración anterior. Allí se venían*

desarrollándose, creo que había contratos de esa misma naturaleza, sí señor, suministro de bibliotecas y eso»⁵⁵.

211.- **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** se desempeñó como gobernador encargado porque el mandatario electo de manera popular había sido afectado con una medida de aseguramiento y según dijo el ex secretario privado, JOSÉ EDUARDO BARRENECHE, cuando asumieron funciones existía un total «desorden administrativo»⁵⁶, escenario que le imponía al ahora acusado mayor cautela al momento de suscribir los mencionados contratos.

212.- En el acápite en que se expusieron los presupuestos teóricos del principio de confianza se enfatizó en su exclusión cuando: i) la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás y ii) la persona, de manera objetiva, conozca o deba conocer una situación en la que ya no le es posible confiar, caso en el cual es posible imputar el comportamiento típico a esa persona en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación.

213.- Ello significa que, tratándose del funcionamiento organizacional de un ente caracterizado por el ejercicio articulado de tareas conforme a una división vertical de estas, las obligaciones y

⁵⁵ Minuto 59:50 diligencia de indagatoria del 3 de agosto de 2018.

⁵⁶ Minuto 1:44:35 del 28 de marzo de 2023.

responsabilidades dependen de la posición que se ocupe en la respectiva estructura y de los deberes de garantía, en virtud de las tareas de control y vigilancia inherentes al específico cargo que se ejerce y que con mayor rigor se reputan del superior jerárquico. A su vez, se sopesan aquellas circunstancias, escenarios y situaciones por cuyo conocimiento el sujeto, en lugar de depositar plena confianza en los subalternos, se le impone agudizar el escrutinio de la actividad encomendada.

214.- En ese orden de ideas, no era viable que **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** asegurara que había confiado en la actividad desplegada por sus subalternos y que por ello terminó firmando sin reparo los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, pues de acuerdo con las singularidades expuestas no podía presumir la plena corrección de unos trámites contractuales que se habían basado en acuerdos de similar naturaleza gestados en una administración previa, cuyo titular estaba siendo cuestionado en el ámbito jurídico penal.

215.- Por último, se debe acotar que, si bien, la defensa y el procesado aludieron a la constante preocupación de este último de informarse sobre los trámites contractuales en curso, para lo cual llevaba a cabo comités donde los secretarios *«presentaban sus inquietudes y comentaban lo que se estaba haciendo»*⁵⁷, algunos se lo expresaban *«verbalmente, algunos presentaban informes*

⁵⁷ Minuto 46:58.

escritos»⁵⁸, lo cierto es que la referencia a dichos espacios fue genérica y no prueba ningún acto de constatación ejercido, especialmente, frente a los negocios jurídicos ya mencionados.

216.- Además, el secretario de Educación, JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ, dijo no recordar haberle presentado ningún informe y al preguntársele si *«[¿]de manera verbal, tenía alguna comunicación con él respecto de estos contratos?»*, contestó: *«No que yo recuerde, no, no dialogamos sobre esa contratación»⁵⁹*.

217.- Bajo esa perspectiva, no es cierto que **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** adoptara y ejecutara los controles necesarios a fin de asegurar que la firma de los contratos de compraventa estuviera precedida de un proceso contractual respetuoso de los postulados de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva.

218.- Ante ese escenario, contrario a lo sostenido por la Sala Especial de Primera instancia, se concluye que no operó el principio de confianza. En consecuencia, la conducta atribuida al acusado es objetivamente típica respecto del concurso homogéneo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, siendo entonces necesario dilucidar si aquél actuó con dolo.

⁵⁸ Minuto 1:48:01.

⁵⁹ Minuto 48:06.

7.6.3.- Del aspecto subjetivo

219.- El dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo sólo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad dirigida a determinado fin. En vista de que dicha modalidad de la conducta punible, por su condición de *«hecho psíquico»*, difícilmente puede ser perceptible por los sentidos, su demostración suele efectuarse a través de ejercicios inferenciales, fundamentados en *«aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta»*⁶⁰.

220.- Con ese norte, se debe decir que el procesado, al rendir indagatoria, manifestó que *«pud[er] haber cometido torpeza administrativa, de pronto me faltó haber sido más, haber estado más encima de las cosas...»*⁶¹, planteamiento con base en el cual habría pretendido situar su actuación en el ámbito de la culpa. Sin embargo, la secuencia fáctica que antecedió a la firma de los negocios jurídicos descarta la comisión de la conducta bajo dicha modalidad.

221.- Como ya se indicó, los escritos e información que reposaban en las respectivas carpetas contractuales denotaban palpables inconsistencias en el proceso de selección, de las que **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** no podía prescindir para simplemente firmar los contratos, aduciendo que como no fue prevenido al respecto, se había fiado de que los trámites se agotaron conforme al

⁶⁰ CSJ AP 10 jul. 2013, Rad. 41411, SP153-2017, 18 enero 2017, Rad. 47100 y SP3412-2020, 16 sept. 2020, Rad. 54367.

⁶¹ Minuto 1:56.58 de la diligencia de indagatoria del 3 de agosto de 2018.

ordenamiento jurídico, cuando la prueba documental da cuenta que el propio acusado había intervenido de manera directa en la fase de adjudicación.

222.- De tal manera, la realidad probatoria da cuenta de tres circunstancias relevantes: i) la materialización de manifiestas irregularidades durante los trámites preliminares, ii) que el acusado no entró en contacto con los contratos de compraventa 346 y 347 únicamente al momento de su suscripción, sino que ya había adoptado decisiones determinantes, como fue su precedente adjudicación y iii) que sabía que el *«suministro de bibliotecas»* ya *«vení[a] desarrollándose»*, al punto de afirmar que *«estos mismos contratos eran los que habían elaborado la administración anterior»*⁶².

223.- Ciertamente, la resolución de adjudicación fue suscrita por el procesado sin reparo alguno, pese a carecer de fecha, número o consecutivo.

224.- Dicha ausencia no constituye un defecto formal, susceptible de pasar desapercibido, por el contrario, atañe a datos que permitían la identificación del acto administrativo y que para todo servidor público resultan de ordinaria verificación en un documento de suma importancia, pues a través de ese acto la administración departamental definió al contratista y se obligó a la suscripción de los respectivos negocios jurídicos.

⁶² Minuto 59:50 diligencia de indagatoria del 3 de agosto de 2018.

225.- Entonces, aunque era aprehensible que la resolución presentaba tales inconsistencias, el entonces gobernador resolvió firmarla, proceder que no puede explicarse como error o descuido, sino como una determinación consciente de dotar de apariencia jurídica a una decisión que ya había sido tomada con antelación, esto es, mantener a la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO como proveedor del material bibliográfico.

226.- Eso explica que, en el presente asunto, se presentaran ostensibles irregularidades asociadas a la deficiente estructuración de los estudios de necesidad, falta de determinación de la población a beneficiar y de análisis de los precios del mercado, así como un indebido fraccionamiento contractual, ausencia de pliego de condiciones y que la evaluación de la propuesta se hiciera con total prescindencia de criterios imparciales y ecuanímenes.

227.- También cobra sentido que no se hiciera ningún reparo frente a irregularidades de fácil verificación, como es que la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO dio a conocer su interés de participar como proponente el 8 de octubre de 2017⁶³ y, pese a ello, el acta en que PAUL CORREA SILVA, jefe de la Oficina Jurídica, dio a conocer la «lista de posibles oferentes», se remontara a una fecha anterior a tal manifestación, esto es, «a los 06 días del mes

⁶³ Página 31 del documento denominado «004_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Medio Magnético CD o DVD_2022113842904.pdf» del expediente digital.

de octubre»⁶⁴, resultando palpable la inconsistencia cronológica.

228.- Entonces, en el plano subjetivo, queda en evidencia que justo esa aparente falta de rigurosidad por parte del procesado -que no es tal- constituye una manifestación externa de su voluntad, claramente, dirigida a lograr la concreción del negocio jurídico en las condiciones ya descritas, a saber, con violación de los principios de planeación, economía y transparencia, simulándose que la escogencia del proponente había sido objetiva.

229.- En otros términos, **INFANTE VERGARA** no suscribió dichos acuerdos como consecuencia de un obrar negligente y descuidado al haberse fiado de la gestión desarrollada por sus subalternos, sino porque deliberadamente se sustrajo de sus deberes de observación, siendo esto funcionalmente idóneo para permitir la continuidad de un esquema contractual en favor de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO, persona jurídica que ya había sido favorecida con acuerdos de características sustancialmente similares, según se constata con el negocio jurídico de compraventa 190 del 18 de octubre de 2006, por \$573.087.424, cuyo objeto fue la «*ADQUISICIÓN EN CALIDAD DE COMPRA VENTA BIBLIOTECAS TÉCNICAS PARA 152 INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA*»⁶⁵.

⁶⁴ Página 29 del documento denominado «004_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Medio Magnético CD o DVD_2022113842904.pdf» del expediente digital.

⁶⁵ Páginas 91 - 93 del documento denominado «004_Primer Instancia_Anexo Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022115056410.pdf» del expediente digital.

230.- Así, una valoración conjunta y articulada del material probatorio permite concluir que la conformación de una supuesta estructura administrativa destinada a servir de contención a irregularidades contractuales, fue un acto inane que le serviría de excusa al entonces mandatario departamental para eludir sus obligaciones de vigilancia y control, con miras a suscribir los contratos de compraventa 346 y 347, bajo los mismos términos en que otros de la misma naturaleza ya *«vení[an] desarrollándose»*, todo orientado a la continuidad de un esquema comercial ya instaurado.

231.- En ese marco, se adelantó un trámite más laxo y vertiginoso al que legalmente correspondía, dejando en evidencia que fue su libre decisión no emprender acciones que permitieran la superación de los escollos sustanciales ya descritos, antes de proceder con el acto de concreción de tales negocios jurídicos.

232.- En ese orden de ideas, está acreditado que **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, al momento de firmar los aludidos contratos decidió, con conocimiento y voluntad, sustraerse de su deber funcional de vigilancia y control frente a los requisitos legales esenciales que debieron observarse, por ello está acreditado que su actuar fue doloso.

7.6.4.- Del peculado por apropiación en favor de terceros

7.6.4.1.- De los sobrecostos

233.- En la acusación se atribuyó al exmandatario la ilícita erogación de recursos públicos, por cuanto la adquisición de las bibliotecas por parte del ente departamental implicó un pago sobrestimado en beneficio de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES, *«como resultado del exorbitante y grosero sobrecosto con el que esta entidad facturó las bibliotecas a la Gobernación del Magdalena»*⁶⁶ que representó una apropiación de \$436.757.800.

234.- De acuerdo con el estudio contable No. 11-232136 del 6 de julio de 2018⁶⁷, la citada fundación compró los libros que vendió al departamento de Magdalena en sumas ostensiblemente inferiores a las cobradas al ente público.

235.- En efecto, dicho contratista presentó ante la gobernación las facturas No. 0531⁶⁸ y 0532 del 26 de octubre de 2007, por las sumas de \$259.200.000 y \$258.868.000, en virtud de los contratos de compraventa 346 y 347.

⁶⁶ Página 43 del documento denominado «008_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114419732.pdf» del expediente digital.

⁶⁷ Páginas 283 - 296 del documento denominado «002_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022113616842. pdf» del expediente digital.

⁶⁸ Página 31 del documento denominado «014_PrimerInstancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf» del expediente digital.

236.- Posteriormente, el ente departamental emitió las órdenes de pago 4822 y 4823 del 30 de octubre de 2007, con base en las que, el 7 de noviembre de 2007, previas deducciones⁶⁹ de \$17.215.625 y \$17.193.713, se realizó una única transferencia por \$483.658.662 a la cuenta de ahorros de la que era titular la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO en el Banco Popular⁷⁰.

237.- No obstante, con base en las facturas No. 21837 y 21838 del 8 de noviembre de 2007, se estableció que la contratista obtuvo del GRUPO CULTURAL DE COLOMBIA LTDA., único distribuidor en el país, los textos objeto de los cuestionados contratos por un valor neto de \$39.319.200⁷¹ y \$39.271.143⁷², respectivamente.

238.- A su vez, en dichas facturas se plasmó que la aludida compra se hizo por valores brutos de \$38.880.000 y \$38.830.200, en su orden.

239.- Además, el único gasto operativo identificado y que fue asumido por el contratista correspondió al denominado «flete», debido a que las bibliotecas tenían

⁶⁹ Por los siguientes conceptos: «Probeneficiencia, Prodesarrollo Contratos, Sobretasa, Propalacio, Timbre Nacional, Proanciano, Procultura, Refundación Univ. Magdalena, Asistencia Social y Prohospitales Universitarios Públicos».

⁷⁰ Página 4 del documento denominado «034_Primer Instancia_SalaPrimeraInstancia1_Memorial_2022124735188.pdf» del expediente digital.

⁷¹ Valor neto, esto es, luego de descontada la retefuente por \$1.360.800. Página 23 del documento denominado «014_Primer Instancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf» del expediente digital.

⁷² Valor neto, esto es, luego de descontada la retefuente por \$1.359.057. Página 22 del documento denominado «014_Primer Instancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf» del expediente digital.

que ser transportadas desde Bogotá hasta Santa Marta, lo cual se pactó en \$1.800.000 para cada factura.

240.- Conocidas dichas cifras, la experta contable determinó que los sobrecostos se derivaron de los siguientes cálculos:

No. contrato	Valor del contrato	Valor <u>bruto</u> por el cual la fundación compró los libros al Grupo Cultural Colombia Ltda.	Gastos adicionales asumidos por el contratista (flete)	Diferencia constitutiva de sobrecosto
346	\$259.200.000	\$38.880.000	\$1.800.000	\$218.520.000
347	\$258.868.000	\$38.830.200	\$1.800.000	\$218.237.800
Total				\$436.757.800

241.- En el fallo recurrido también se consideró acreditado el detrimento de recursos públicos e incluso se aceptó que el *«sobreprecio deviene como consecuencia de la deficiente ejecución de la etapa precontractual»*.

242.- No obstante, la Sala *a quo* aseguró que *«no es posible predicar la tipicidad objetiva, toda vez que se probó que el enjuiciado ejecutó la conducta con la confianza de que la labor desarrollada por los funcionarios de su departamento se ajustaba a los lineamientos normativos de la época y, por ende, que no se presentarían apropiaciones del erario en favor de terceros. Además, cumplió con sus deberes de vigilancia que como ordenador del gasto le eran exigibles lo que le permitió llegar a esa conclusión»*.

243.- De acuerdo con el análisis efectuado en el apartado anterior, y al evaluar el mérito persuasivo de las pruebas legalmente practicadas, se tiene que estas no respaldan la determinación alusiva a que en beneficio de **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** operó el principio de confianza.

244.- Ello parte de una premisa ya desvirtuada, esto es, que el procesado no adjudicó ni suscribió los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, como consecuencia de haberse fiado de la gestión desarrollada por sus subalternos, sino porque deliberadamente se sustrajo de sus deberes de observación, siendo que las irregularidades sustanciales cometidas en los procesos precontractuales le eran aprehensibles, sin implicar un profuso análisis técnico, sólo realizando una seria lectura del expediente contractual.

245.- En este punto, no puede desconocerse que el sindicado era el ordenador del gasto y pese a ser el responsable de los procesos de contratación que involucraban directamente al departamento, no evitó la esquilmación del erario, por el contrario, suscribió las respectivas órdenes de pago, avalando el desembolso de los recursos⁷³.

246.- Resulta pertinente destacar que el acusado,

⁷³ Página 28 del documento denominado «014_Primer Instancia_Anexo Actuación Fiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf» del expediente digital.

por su oficio como contratista en el sector de la construcción, sabía la función que prestaba el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal y, pese a ello, resolvió comprometer los recursos públicos, con la formalización de los contratos, sin contar al menos con una referencia de algún precio indicativo registrado en el SICE.

247.- Es claro que las fallas en la planeación contractual y la falta de un análisis económico serio que le brindara soporte a los negocios jurídicos auspiciaron la apropiación de recursos a favor de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO, dejando en evidencia que, aunque, el plan delictivo inició con el desconocimiento de los debidos presupuestos contractuales, siempre buscó el apoderamiento de recursos del Estado.

248.- Se debe indicar que aunque la Contraloría General de la República exoneró al sindicado de responsabilidad fiscal, la Corte⁷⁴ ha señalado que ese tipo de compromiso es autónomo e independiente respecto de cualquier otra clase de actuación, incluida la penal. De suerte que las conclusiones a las que llegue la autoridad de control fiscal en los asuntos que ella adelanta, en manera alguna limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Por ello, lo fallado allí no determina la configuración de un delito o la responsabilidad del acusado.

⁷⁴Cfr. CSJ AP, 23 en 2001, rad. 17089, rad. 52399, CSJ AP4087, 7 sep. 2022, CSJ AP078-2023, rad. 60506, entre otras.

249.- Una precisión final. No se trata de hacer radicar en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales la configuración misma del peculado, sino de evidenciar que el primero constituyó el delito medio y el segundo, la conducta fin.

7.6.4.2.- Del material faltante

250.- En este punto es importante indicar que en el acto de calificación del sumario, la Fiscalía, además, de los sobrecostos en que se incurrió con la celebración de los contratos de compraventa 346 y 347, también hizo alusión a que los *«documentos que acreditan la salida de estos elementos a las instituciones educativas beneficiadas, determinan que lo entregado asciende a la suma de \$477.052.520, lo que arroja una diferencia a cargo de la gobernación de \$41.015.480,00; sin encontrar los comprobantes que respalden esta situación, ni los elementos (bibliotecas)»*⁷⁵.

251.- A continuación, sostuvo que *«si bien es cierto, el tema de la ejecución de los contratos, no hace parte de la tipicidad de las conductas enrostradas al procesado, se muestra ello, para denotar la forma descuidada y ladina, con la que se manejaron estos contratos; cuya finalidad no fue otra diferente, a la de satisfacer intereses personales, por encima del bien común e interés general»*.

252.- Pese a tal acotación, en el acápite siguiente de

⁷⁵ Página 41 del documento denominado «008_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114419732.pdf» del expediente digital.

la acusación, denominado **«[d]e la probable responsabilidad de FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA, respecto del delito de peculado por apropiación»**, el órgano de persecución penal sostuvo que el comportamiento del acusado habilitó el *«detrimento del erario, a favor del contratista, en las sumas antes indicadas»*, esto es, los \$436.757.000 a que ascendieron los sobrecostos y los \$41.015.480 correspondientes al tema del material faltante.

253.- En desarrollo de los alegatos de conclusión, la Fiscalía volvió a sostener que la *«suma total del peculado endilgado al procesado asciende a la suma de \$477.773.280»⁷⁶*, la cual resulta de adicionar las cifras señaladas en el párrafo precedente.

254.- De tal manera, pese a que de forma confusa se situó en la fase de ejecución lo ocurrido con la distribución de los textos a algunas de las instituciones educativas del ente territorial, no puede desconocerse que dicho evento conformó el cargo de peculado, al punto que fue referido para determinar la cuantía, razón por la cual corresponde emitir el pronunciamiento que en derecho corresponde, máxime que frente a ese hecho la defensa pudo ejercer la debida contradicción y la sentencia de primera instancia se ocupó del tema para desestimarlos.

⁷⁶ Minuto 2:55:36 de audiencia pública de juzgamiento del 13 de abril de 2023.

255.- Preciado lo anterior, se debe indicar que, conforme a los comprobantes de ingreso 016⁷⁷ y 017⁷⁸ del 30 de octubre de 2007, está demostrado que la gobernación recibió 900 ejemplares en virtud del contrato 346, el cual ascendió a \$259.200.000 y 1.000 libros con ocasión del contrato 347, suscrito por el valor de \$258.868.000.

256.- No obstante, según lo indicado en el informe 11-232136 del 6 de julio de 2018, luego de la inspección realizada el 28 de junio de 2018, a la gobernación de Magdalena, concretamente, al archivo de la Secretaría de Educación, se hallaron 32⁷⁹ comprobantes de salida con fechas alusivas al 21, 27, 28 y 29 de noviembre, 4, 6, 7, 10, 11, 12, 14 y 19 de diciembre de 2007, en los que se reseña la entrega de textos a varias instituciones educativas de algunos municipios como Algarrobo, Aracataca, Banco, Fundación, Plato, Pueblo Viejo, Salamina, San Ángel, San Sebastián, Sitionuevo, El Piñón y de la zona bananera del departamento del Magdalena.

257.- Al verificar dichas actas la experta contable determinó que el material entregado a los colegios *«totaliz[a] la suma de **\$477.052.520**, existiendo una diferencia de **\$41.015.480**, no encontrándose comprobantes que respalden tal*

⁷⁷ Página 40 del documento denominado «014_Primer Instancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf» del expediente digital.

⁷⁸ Página 52 del documento denominado «014_Primer Instancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf» del expediente digital.

⁷⁹ Páginas 59 - 81 del documento denominado «014_Primer Instancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf» del expediente digital.

diferencia»⁸⁰.

258.- Por su parte, la Sala Especial de Primera Instancia aseguró que *«no hay certeza de que las 32 actas de egreso referenciadas por el perito contable correspondan a la totalidad de bibliotecas entregadas a las instituciones del Magdalena, aún más si se tiene en cuenta que por el paso del tiempo, esto es, 11 años, contados desde la entrega de los libros hasta la práctica de la inspección, pudieran haberse extraviado»*.

259.- Lo primero que debe decirse sobre el tema es que a la afirmación del extravío de los aludidos comprobantes le es inherente la debida acreditación de su previa elaboración, para así poder sostener que sobrevino su pérdida, situación que dista de la ocurrido porque, precisamente, la búsqueda adelantada por los funcionarios de policía judicial permitió establecer la existencia de solo 32 actas, sin que existiera algún otro tipo de registro de más documentación sobre la entrega de los libros a los colegios de los municipios no certificados del departamento.

260.- No obstante, al margen de la aludida controversia, se debe enfatizar en que las 1.900 bibliotecas de apoyo a la formación básica y técnica ingresaron en su totalidad al almacén de la gobernación.

261.- En ese sentido, el 30 de octubre de 2007 la almacenista LILIA DÍAZ DE MUÑOZ certificó que los contratos

⁸⁰ Página 294 del documento denominado «002_Primer Instancia_Actuación Fiscalía_ Cauderno_ 2022113616842.pdf» del expediente digital.

346 y 347 *«inicia[ron] el 23 de Octubre de 2007 y termin[aron] el día 30 de Octubre de 2007»*. Además, indicó que los libros adquiridos fueron *«recibi[dos] a entera satisfacción, con las especificaciones y cantidades detalladas en la oferta presentada por el Contratista»*⁸¹.

262.- A su vez, el secretario de educación, JOAQUÍN ADRIANO VÉLEZ SERRANO, con escritos de la citada fecha comunicó a la almacenista LILIA DÍAZ DE MUÑOZ, que había sido *«designada como supervisora»* de los contratos de compraventa 346 y 347⁸².

263.- Con base en lo anterior, queda en evidencia que los bienes arribaron a la bodega y durante el tiempo transcurrido entre su ingreso y su salida definitiva, tanto física como contable, por razón de ser entregados a las instituciones educativas, permanecieron bajo custodia de quien, conforme el manual de funciones, era la responsable del almacén.

264.- De tal manera, no resulta suficiente que **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** ostentara la calidad de gobernador para reprocharle la pérdida que, conforme el señalamiento de la Fiscalía, habría ocurrido luego de que los libros entraron en resguardo de la bodega departamental, pues para ello el órgano de persecución

⁸¹ Página 47 y 51 del documento denominado *«014_Primer Instancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf»* del expediente digital.

⁸² Página 46 y 50 del documento denominado *«014_Primer Instancia_AnexoActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022120400603.pdf»* del expediente digital.

penal debió demostrar la existencia de un vínculo funcional entre la preservación y debida entrega de los bienes, una vez ingresaron al almacén, con las atribuciones del procesado como mandatario regional.

265.- Se debe decir que el ente fiscal tampoco demostró una relación de hecho del ahora procesado con las bibliotecas, para de esa forma afirmar que en él recaía la potestad de controlar materialmente su distribución y que, ante el aducido extravío del material, debía entenderse configurada por su parte una conducta de apropiación a favor de terceros, lo cual dada la realidad probatoria resulta altamente especulativo y atentatorio del derecho penal de acto.

266.- Dicha conclusión, en manera alguna entra en contradicción con lo expuesto sobre la responsabilidad del exmandatario frente a los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, configurado éste por los sobrecostos en los contratos de compraventa 346 y 347, pues no puede perderse de vista que tal compromiso penal se fundó en que como gobernador, **INFANTE VERGARA** ostentaba la condición de ordenador del gasto y, por esa vía, era la autoridad responsable de la dirección y la afectación de los recursos públicos, a través de los procesos de contratación desplegados por el ente departamental.

267.- Ello, en virtud del artículo 11, ordinal 1º, de la Ley 80 de 1993, conforme al cual la *«competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso»*.

268.- La ordenación del gasto, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, se refiere *«a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que a partir del programa de gastos aprobado -limitado por los recursos aprobados en la ley del presupuesto-, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto»*⁸³, ya sea a nivel nacional o territorial, atributo que no guarda relación directa e inmediata con actividades operativas como el registro y conservación de los bienes depositados en el almacén.

269.- En ese orden de ideas, no se advierte configurado el específico evento objeto de análisis, como constitutivo de peculado por apropiación, a diferencia de las otras conductas que, como se explicó, están acreditadas en su tipicidad, tanto objetiva, como subjetiva.

7.6.5.- Antijuridicidad y culpabilidad

270.- Dilucidado lo anterior, resta constatar si concurren las demás categorías que, por mandato del artículo 9º del Código Penal, integran la conducta punible, esto es, la antijuridicidad y culpabilidad.

⁸³ Corte Constitucional sentencia C -365 de 2001.

271.- Al respecto, se debe indicar que los comportamientos desplegados por el acusado son formalmente antijurídicos porque, como quedó visto, se encuentran prohibidos por el ordenamiento jurídico penal, en los artículos 397 y 410 de la Ley 599 de 2000. Además, desde la perspectiva material, evidentemente se vulneró el bien tutelado de la administración pública.

272.- La suscripción de los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007, con prescindencia de la constatación de un adecuado trámite precontractual, constituye un atentado concreto a la función administrativa, la cual conforme al artículo 209 de la Constitución Política debe desarrollarse bajo los postulados de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad e imparcialidad, dispuestos en orden a realizar los fines del Estado.

273.- En tal sentido, cuando la celebración de los contratos se realiza sin apego a los procedimientos que materializan en la práctica los principios ya mencionados, se lesionan efectivamente dichos valores de orden superior y se defrauda la expectativa razonable de la ciudadanía sobre la recta labor de sus gobernantes y respecto de la cabal inversión del erario, esperando de manera legítima que no se auspicien escenarios de apropiación de recursos públicos, cuya destinación sólo debe estar enfocada al efectivo funcionamiento del aparato estatal y a la

satisfacción de necesidades de los asociados.

274.- En punto de la culpabilidad, debe indicarse que con fundamento en los medios de convicción es factible colegir que **INFANTE VERGARA** tenía plena capacidad para entender la ilicitud de su comportamiento y autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo revela su sanidad mental, condición que lo reporta como sujeto imputable.

275.- Igualmente, se advierte que concurre el presupuesto de la conciencia de la antijuridicidad porque al tomar posesión de su cargo como gobernador encargado del Magdalena para el periodo comprendido entre el 26 de junio y el 31 de diciembre de 2007, sabía que en él concurría la condición de ser ordenador del gasto a nivel departamental, así como la función contractual, según lo dispuesto en la letra b del ordinal 3º del artículo 11º de la Ley 80 de 1993⁸⁴, circunstancias que le permitían conocer la trascendencia de la contratación estatal y la obligación de respetar sus lineamientos.

276.- En lo atinente con la exigibilidad de otro comportamiento, como elemento final del juicio de culpabilidad, se tiene que el acusado en efecto se hallaba en la posibilidad de comportarse conforme a derecho y

⁸⁴ «ARTÍCULO 11. DE LA COMPETENCIA PARA DIRIGIR LICITACIONES O CONCURSOS Y PARA CELEBRAR CONTRATOS ESTATALES. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 20.: (...)

3o. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: (...)

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos...»

optar por un proceder compatible con el ordenamiento jurídico y, por ende, distinto al de adjudicar y suscribir los contratos 346 y 347 con lo que se dio la consolidación de un trámite de selección viciado que desencadenó la afectación de los recursos públicos, razón por la cual su conducta resulta claramente reprochable y susceptible de la imposición de una pena.

277.- Por todo lo anterior, la Sala encuentra acreditados los presupuestos del artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo la solicitud de condena de la Fiscalía y el apoderado de la parte civil, se revocará la absolución declarada por la Sala Especial de Primera Instancia a favor de **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**. En su lugar, será declarado penalmente responsable, como coautor del concurso homogéneo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, también en concurso homogéneo y sucesivo, conforme lo prevén los artículos 29, 397 y 410 del Código Penal.

8.- De la dosificación punitiva

278.- En consideración al monto de las penas que la ley asigna a cada una de las conductas punibles, la Sala procede a su tasación individual, luego de lo cual valorará el fenómeno concursal e impondrá la sanción definitiva, no sin antes puntualizar el siguiente aspecto:

279.- La agravante específica del tipo penal de peculado por apropiación, en consideración a la cuantía, la cual, pese a estar fácticamente imputada, no contó con la expresa referencia al inciso del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 que, conforme a su monto, se entendía configurado.

280.- En manera alguna la Sala pretende justificar esa imprecisión normativa por parte de la Fiscalía. Sin embargo, una postura mesurada impide asignar un efecto de inmediata afectación al principio de congruencia, pues ello limita el desarrollo de dicho postulado a la mera constatación de una formalidad y deja de lado el examen acerca de si la omisión de relacionar en la parte resolutive de la acusación la circunstancia que agrava el peculado, afecta la consonancia que debe existir entre dicho acto y la sentencia (CSJ AP1446-2020, 8 jul. 2020, Rad. 53881)⁸⁵.

281.- En tal sentido, se torna importante destacar que en la resolución de acusación se registraron explícitamente las circunstancias fácticas que estructuran el delito de peculado y se consignó, igualmente, que el detrimento patrimonial se había causado por dos eventos, los sobrecostos y el faltante de material, cada uno en el equivalente a \$436.757.000 y \$41.015.480.

282.- A partir de esa descripción, y en sintonía con

⁸⁵ Además, CSJ SP4369-2019, rad. 55.704, AP3327-2021, 4 agost. 2021, Rad. 59709, AP3544-2023, 17 nov. 2023, Rad. 63883.

lo explicado en acápites anteriores, en cuanto a que el reproche correspondiente se ceñía sólo a la sobrestimación de los valores de los contratos 346 y 347, es factible deducir sin lugar a dudas que la conducta punible materia de acusación fue la de peculado por apropiación en su modalidad agravada, porque se dejó claro en el pliego de cargos que, por dicho concepto, el apoderamiento ascendió a \$436.757.000, un valor que superaba con creces los \$86.740.000 o 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007⁸⁶, lo cual coincide con que en el acápite denominado «*CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL*»⁸⁷ al transcribir el contenido del artículo 397 del Código Penal, se subrayara, justamente, el inciso 2º.

283.- Adicionalmente, se debe decir que, aun cuando en la parte resolutive de la acusación la Fiscalía acusó a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** como coautor del delito de peculado por apropiación, sin mencionar la circunstancia agravante, de ese solo hecho no se deriva una afectación al debido proceso ni al derecho de defensa. Ello, porque conforme a la motivación del calificadorio se acredita que la conducta típica atribuida al procesado se agravó en razón de la cuantía de los dineros apropiados, es decir, la defensa conoció los alcances de la acusación y, consecuente con ello, desarrolló su estrategia.

⁸⁶ Fijado en \$433.700 por el Decreto 4580 del 27 de diciembre de 2006.

⁸⁷ Página 7 del documento denominado «008_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114419732.pdf» del expediente digital.

284.- Con esa aclaración, se debe decir que el original artículo 397, inciso 2º, del Código Penal prevé como límites sancionatorios de 72 a 270 meses de prisión y multa equivalente al valor de lo apropiado, siempre que no supere el equivalente a 50.000 s. m. l. m. v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privación de la libertad.

285.- De tal manera, siguiendo las directrices del artículo 60 de la Ley 599 de 2000, se tienen los siguientes cuartos punitivos:

Cuarto mínimo	Cuartos medios		Cuarto máximo
De 72 a 121 meses y 15 días prisión	De 121 meses y 16 días a 171 meses de prisión	De 171 meses y un día a 220 meses y 15 días de prisión	De 220 meses y 16 días a 270 meses de prisión

286.- En la acusación se atribuyeron las circunstancias genéricas de mayor punibilidad previstas en los numerales 1⁸⁸, 9⁸⁹ y 10⁹⁰ del artículo 58 del Código Penal, por considerar que el actuar del procesado recayó *«sobre bienes destinados a satisfacer necesidades básicas de la colectividad, en tanto corresponde a dineros aportados por el*

⁸⁸ «Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad».

⁸⁹ «La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio».

⁹⁰ «Obrar en coparticipación criminal».

Ministerio de Educación Nacional, para la educación de los alumnos, en este caso, de las Instituciones Educativas (IE) no certificadas del Magdalena; además, la posición distinguida del implicado respecto a la sociedad magdalenense, en tanto fue nombrado Gobernador y es persona influyente en el departamento, así como el haber actuado en coparticipación criminal, en tanto fueron varias las personas que contribuyeron al desarrollo de los hechos...»⁹¹.

287.- Por tal razón la sanción habrá de ser fijada en el segundo cuarto medio de movilidad, de conformidad con el inciso 2º del artículo 61 *ibidem*.

288.- Asimismo, se tendrán en cuenta los factores del inciso 3º del citado precepto, principalmente, los alusivos a la gravedad de la conducta y la magnitud del dolo, pues el sindicato utilizó la autoridad conferida para beneficiar a terceros ajenos al ámbito público y provocó un perjuicio patrimonial a un departamento que, conforme el mismo destacó en su indagatoria, presenta notorias deficiencias en el sector de la educación.

289.- En consecuencia, se imponen 171 meses y un día de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La multa se fija en \$436.757.000, correspondiente al valor de lo apropiado, según lo dispuesto expresamente por la normativa aplicable.

290.- Por su parte, el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, sin el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de

⁹¹ Páginas 7 y 8 del documento denominado «008_Primer Instancia_ActuaciónFiscalía_Cuaderno_2022114419732.pdf» del expediente digital.

2004, sanciona la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales con prisión de 48 a 144 meses, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 60 a 144 meses. En consecuencia, los cuartos de movilidad quedan conformados de la siguiente manera:

Cuarto mínimo	Cuartos medios		Cuarto máximo
De 48 a 72 meses de prisión	De 72 meses, un día a 96 meses de prisión	De 96 meses y un día a 120 meses de prisión	De 120 meses y un día a 144 meses de prisión
50 a 87.5 s.m.l.m.v.	87.5 a 125 s.m.l.m.v.	125 a 162.5 s.m.l.m.v.	162.5 a 200 s.m.l.m.v.
De 60 a 81 meses de inhabilitación	De 81 meses y un día a 102 meses de inhabilitación	De 102 meses y un día a 123 meses de inhabilitación	De 123 meses y un día a 144 meses de inhabilitación

291.- En línea con lo indicado en el párrafo 286, la pena correspondiente se tasará en el segundo cuarto medio al tener en cuenta las circunstancias de mayor punibilidad ya mencionadas, aun cuando así se analizaron frente al peculado, pues ninguna afrenta al principio de *non bis in idem* comporta tal apreciación «respecto de cada uno de los delitos concursales» (CSJ SP1731-2025, 16 jul. 2025, Rad. 60747).

292.- En atención a los parámetros previstos en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, en la determinación de la pena, igualmente, se ponderan factores atinentes a la gravedad de la conducta desplegada por **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, quien pese a ejercer el cargo de gobernador y, por ende, asistirle el deber de velar por el acatamiento de los principios de la contratación pública y por el cabal desarrollo de la función administrativa, eligió no cumplir con sus deberes funcionales de vigilancia y control para desplegar un proceder contrario a la ley, en el que la intensidad del dolo se evidenció en la autorización de que sus subalternos intervinieran en el trámite contractual con el fin de *«excusarse en el obrar de terceros y de esta manera evadir su responsabilidad como máximo representante del ente territorial»*⁹².

293.- En ese orden de ideas, resulta proporcional imponer al mencionado 96 meses y un día de prisión, multa de 125 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos y 102 meses y un día de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

294.- Ahora bien, siguiendo las previsiones del artículo 31 del Código Penal y atendiendo lo previamente indicado, se tiene que la pena más grave corresponde a la

⁹² CSJ SP1063-2024, 8 may. 2024, Rad. 60778.

fijada para el delito de peculado por apropiación agravado, establecida en 171 meses y un día de prisión, la que será aumentada en 5 meses por el concurso homogéneo del mismo tipo, teniendo en cuenta que el detrimento patrimonial tuvo lugar por el compromiso de recursos derivado de la formalización de cada uno de los cuestionados negocios jurídicos.

295.- A su vez, la cifra resultante *-176 meses y un día-* se adicionará en 10 meses por el concurso con los dos delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en que incurrió el acusado al celebrar los contratos de compraventa 346 y 347 del 23 de octubre de 2007 *-5 meses por cada uno-*.

296.- De lo anterior resulta una pena privativa de la libertad definitiva de 186 meses y un día para **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**.

297.- En consideración al mandato del ordinal 4º del artículo 39 del Código Penal, tratándose de un concurso de conductas punibles, las multas se suman, razón por la cual a los \$436.757.000, correspondientes al peculado, se adicionarán \$54.212.500⁹³, valor equivalente a los 125 salarios fijados para el delito contractual, lo que arroja una pena pecuniaria total de \$490.969.500.

298.- En lo atinente a la inhabilitación del procesado para ejercer derechos y funciones públicas, esta será por

⁹³ Resultado de multiplicar el salario mínimo del año 2007 (\$433.700) por 125.

un período igual a la pena de prisión impuesta, es decir, 186 meses y un día.

299.- Adicionalmente, dado que la declaración de responsabilidad penal incluye el delito de peculado por apropiación agravado, que representa un detrimento patrimonial para el Estado, corresponde imponer la sanción constitucional establecida en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política.

300.- Esto implica una inhabilitación intemporal para el ejercicio de derechos y funciones públicas, según lo definido por la Corte Constitucional, que incluye la prohibición de inscribirse como candidato a cargos de elección popular, ser elegido, ser designado servidor público y contratar con el Estado, directamente o por interpuesta persona. Los demás derechos políticos no incluidos en la norma constitucional solo estarán privados por el período fijado en el fallo (CSJ SP, 19 jun. 2013, Rad 36511).

9.- Del subrogado penal y la prisión domiciliaria

301.- En el estudio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria se prescindirá de la regulación contenida en la Ley 1709 de 2014, por cuanto no se encontraba vigente para la época de los hechos, 23 de octubre de 2007, día

en que se suscribieron los contratos de compraventa 346 y 347.

302.- Además, la citada normativa resulta desfavorable a los intereses del procesado, toda vez que el artículo 68A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, excluye el otorgamiento de beneficios y subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delitos contra la administración pública.

303.- Hecha la anterior salvedad, debe indicarse que el original artículo 63 del Código Penal permitía conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando la impuesta no excedía de 3 años de prisión, siempre que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible fueran indicativos de que no existía necesidad de la ejecución de la sanción.

304.- En el presente asunto, es claro que no se cumple el requisito de naturaleza objetiva, en la medida que el monto en que se fijó la privación de la libertad supera los 3 años previstos en la citada norma, por lo que se hace innecesario estudiar el cumplimiento del presupuesto de carácter subjetivo, siendo entonces improcedente la concesión del aludido beneficio.

305.- Con relación a la prisión domiciliaria, el original artículo 38 del Código Penal establecía:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1.- Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2.- Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

306.- En el caso concreto, la exigencia de carácter objetivo tampoco se cumple, pues aunque conforme las previsiones del artículo 410 del Código Penal el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tiene una pena mínima prevista de 5 años de prisión, el peculado por apropiación agravado, según lo indicado en el inciso 2º del artículo 397 contempla una privación de la libertad mínima de 6 años. Por sustracción de materia, no es viable analizar las demás exigencias normativas para otorgar este beneficio.

307.- Ahora bien, se debe indicar que como en el presente asunto la Fiscalía General de la Nación, al resolver la situación jurídica del aforado, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, la privación de la libertad, se cumplirá una vez adquiera firmeza el presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 600 de 2000⁹⁴.

⁹⁴ CSJ, 20 may. 2003, Rad. 18684 y CSJ SP2544-2020, 22 jul. 2020, Rad. 56591.

10.- De la indemnización de perjuicios

308.- El artículo 45 de la Ley 600 de 2000 consagra que la acción civil *«...podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas...»*, lo que podrá hacerse mediante la constitución en parte civil y la presentación de demanda que contenga, entre otras cosas: i) la relación de los hechos generadores de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama, ii) la estimación de la cuantía de esta, iii) las medidas pretendidas para el restablecimiento del derecho afectado, cuando ello sea posible, iv) los fundamentos jurídicos y las pruebas que se pretenda hacer valer con el fin de acreditar el monto de los daños sufridos, con sujeción a las reglas prescritas en el Código de Procedimiento Civil, en la actualidad Código General del Proceso.

309.- El artículo 56 de la codificación procesal penal, consagra que 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»*, mandato del que surge imperativa la demostración del daño a través de la práctica o aducción de las pruebas conducentes y pertinentes en el caso dado.

310.- En el asunto *sub judice*, se tiene que el

departamento del Magdalena, a través de apoderado, presentó demanda de constitución de parte civil⁹⁵ en la actuación adelantada contra **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**, la cual fue admitida por la Sala Especial de Primera Instancia el 18 de julio de 2019⁹⁶.

311.- La pretensión indemnizatoria se formuló respecto de los perjuicios tanto de orden material como moral. Concretamente, se requirió el pago de \$440.357.800 por el primer concepto, sin especificar si se trataba de daño emergente o lucro cesante, pues en sustento sólo se afirmó que dicha suma *«fu[e] a parar a manos de los particulares, en este caso a la Fundación Baldo, lo que permite predicar la tipicidad de los hechos como lo pudo evidenciar tanto la Fiscalía 11 delegada ante esta Corporación y el Ministerio Público»*.

312.- Con relación al perjuicio moral el apoderado se limitó a requerir el pago de la cifra equivalente a 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

313.- Así las cosas, es evidente que, en este caso, el delito de peculado por apropiación ha causado un menoscabo económico a la administración departamental del Magdalena. Por lo tanto, la Sala condenará al procesado a pagar a la Tesorería de la gobernación de dicho ente territorial la suma ilícitamente apropiada, que asciende a \$436.757.000, debidamente indexada desde la

⁹⁵ Páginas 7 - 13 Páginas 15 - 25 del documento denominado «006_Primer Instancia_Parte Civil_Auto interlocutorio_2022012515483.pdf». Expediente digital.

⁹⁶ Páginas 15 - 25 del documento denominado «006_Primer Instancia_Parte Civil_Auto interlocutorio_2022012515483.pdf». Expediente digital.

fecha en que se efectuaron los desembolsos hasta cuando se realice el pago, conforme a la certificación emitida por el DANE.

314.- Aunque la cifra solicitada en la demanda de parte civil es superior, lo cierto es que no se acreditó que el daño causado ascendiera a la cantidad allí referida.

315.- Con relación a los perjuicios morales, se debe indicar que no fue probada la existencia y monto aducido por dicho concepto, tal como lo exige los artículos 97 del Código Penal y 56 de la Ley 600 de 2000.

316.- Ante ese panorama y el incumplimiento de la carga que le asistía a la parte civil de acreditar la ocurrencia y entidad del detrimento invocado, no hay lugar a emitir condena por daño moral, pues resulta insuficiente la sola enunciación que el apoderado del departamento hizo en el escrito de la demanda⁹⁷.

11.- Conclusión

317.- Con fundamento en las pruebas legalmente practicadas, la Sala de Casación Penal constató que los acuerdos de voluntades 346 y 347 del 23 de octubre de 2007 surgieron de un indebido fraccionamiento del objeto contractual, esto además fue el desencadenante de las irregularidades que de forma sucesiva se cometieron en las fases de tramitación y celebración, con las que se

⁹⁷ CSJ SP, 5 jun. 2013, rad. 34134 y 25 ene 2017, rad. 47586.

afectaron de forma ostensible los principios de planeación, transparencia, economía y selección objetiva, configurativos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuyo acaecimiento se presentó como medio para lograr la apropiación de recursos a favor de la FUNDACIÓN INSTITUTO BALDO PARA EL DESARROLLO DE LAS ORGANIZACIONES, en cuantía equivalente a \$436.757.000.

318.- De tal manera, se advirtió que están reunidos los presupuestos establecidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, para declarar penalmente responsable a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, ambos delitos en concurso homogéneo y sucesivo, pues con conocimiento y voluntad, se sustrajo de su deber de control y vigilancia en los aspectos que de manera insoslayable debían ser verificados al momento de suscribir los referidos contratos de compraventa.

319.- Aunque la fase precontractual se adelantó por subalternos del exmandatario, tal situación no lo eximió de su responsabilidad de garantizar los intereses del ente territorial y verificar que la totalidad del trámite contractual se ajustara a los parámetros legales, razón por la cual no resultó procedente reconocerse que operó a su favor el principio de confianza.

320.- En esas condiciones, se revocará el fallo

absolutorio proferido en primera instancia para, en su lugar, condenarlo como coautor de las referidas conductas punibles.

12.- Otra determinación

321.- En atención a que la sentencia proferida por esta Sala, en sede de segunda instancia, constituye la primera condena contra **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** por contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, ambos delitos en concurso homogéneo y sucesivo, a efectos de garantizar el principio de doble conformidad, se comunicará a la defensa y al acusado, que contra esta decisión procede el mecanismo de impugnación especial. En tal sentido, se dará aplicación al numeral 7 del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 01 de 2018 y a las directrices del Acuerdo 29 del 23 de septiembre de 2020 de la Sala de Casación Penal.

322.- Aunado, se dispondrá que por la Secretaría de la Sala se dé cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2195 de 2022⁹⁸ y en la Circular PCSJC22-12 emitida el 29 de julio de 2022, por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura⁹⁹.

⁹⁸ *Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.*

⁹⁹ *«En cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 2195 de 2022, el Consejo Superior de la Judicatura recaudará las sentencias penales condenatorias ejecutoriadas o principios de oportunidad en firme, que se hayan proferido a partir de la entrada en vigencia de la Ley 2195 de 2022, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la*

323.- En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia absolutoria proferida el 1º de noviembre de 2023, por la Sala Especial de Primera Instancia dentro de la actuación seguida contra el ex gobernador encargado del departamento del Magdalena **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA**.

Segundo: CONDENAR a **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.539.940 de Santa Marta, y demás condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, a 186 meses y un día de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como multa de \$490.969.500, como coautor de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía, ambos delitos en concurso homogéneo.

Tercero: IMPONER la inhabilidad atemporal prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política.

delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente».

Cuarto: CONDENAR al procesado a pagar a la Tesorería de la Gobernación del Magdalena la suma ilícitamente apropiada, que asciende a \$436.757.000, debidamente indexada desde la fecha en que se efectuaron los desembolsos hasta la fecha en que se realice el pago, conforme a la certificación emitida por el DANE.

Quinto: NEGAR el sustituto de prisión domiciliaria y el subrogado de la ejecución condicional de la pena en favor del acusado.

Sexto: LIBRAR la correspondiente orden de captura para hacer efectiva la sanción, una vez que la decisión quede ejecutoriada.

Séptimo: Por la Secretaría de la Sala de cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 2195 de 2022 y en la Circular PCSJC22-12 emitida el 29 de julio de 2022 por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

Octavo: INFORMAR al procesado **FRANCISCO JOSÉ INFANTE VERGARA** y a su defensor que contra esta determinación procede el mecanismo de impugnación especial.

Notifíquese y cúmplase.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Impedido

FERNANDO BOLAÑOS PALACIOS

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación, 2026