

Proceso No 29285

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado en Sala No. 348

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008)

VISTOS:

Realizada la audiencia pública dentro de la causa que se adelanta contra los doctores MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, procede la Sala de Casación penal a dictar sentencia.

IDENTIFICACION DE LOS PROCESADOS

MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR, nació en Bogotá el 13 de septiembre de 1945, tiene 63 años, estado civil casado, padre de cuatro hijos, administrador de empresas especializado en mercadeo, finanzas y dirigencia deportiva, fue Director Nacional de Coldeportes, Presidente de la Federación Colombiana de Ciclismo y Gobernador del Departamento de Boyacá.

EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, nació en enero de 1962, tiene 46 años, vive en unión libre, padre de cinco hijos, abogado de la Universidad Libre, especializado en derecho

penal y derecho público en la Universidad Nacional, fue Secretario General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Defensor del Pueblo de la Regional Boyacá, Secretario General y Gobernador encargado del Departamento de Boyacá.

## HECHOS:

Los acontecimientos por los cuales fueron llamados a responder en juicio los doctores ÉDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR y MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR se contraen a las presuntas irregularidades detectadas durante el trámite y celebración de los contratos 175 y 176 del 23 de diciembre de 2002, cuyos objetos consistieron en la adquisición de enciclopedias, diccionarios, libros y manuales con destino a las bibliotecas de los establecimientos educativos de varios municipios de Boyacá.

En criterio del ente investigador, las anomalías se evidenciaban, entre otras, en la ausencia de términos de referencia, la omisión de la licitación y los sobre costos en suma superior a los \$100'000.000; aspectos éstos que edifican los ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación a favor de terceros, agravado por la cuantía.

## ANTECEDENTES

1- En la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la Dirección Seccional de Fiscalías de Boyacá se adelantaba bajo el radicado 50564 investigación penal contra varios contratistas y servidores de la Gobernación de Boyacá, entre ellos el Secretario General ÉDGAR IGNACIO SAINA BERMÚDEZ, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

El 23 de diciembre de 2005 la Fiscalía Undécima de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública acusó a Fredy Tyrone Hernández Moncada, Julia del Carmen Rubiano Díaz y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, entre otros, como coautores responsables de los punibles anteriormente citados<sup>1</sup>.

En virtud del recurso horizontal que interpuso uno de los sindicatos contra la resolución que calificó el mérito del sumario, un homólogo del funcionario que conocía del proceso, el Fiscal 5º de la Unidad Especial de delitos contra la Administración Pública, decretó el 9 de febrero de 2006 la nulidad de lo actuado desde la indagatoria en lo relacionado con ÉDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, pues en su criterio el competente para adelantar la investigación era el Fiscal General de la Nación y no un Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, habida cuenta que el doctor SAINEA había fungido como gobernador del departamento de Boyacá para el momento de la celebración de los contratos, motivo por el cual, dispuso compulsar copias del proceso ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>.

2- Recibidas las diligencias por el Fiscal General de la Nación abrió investigación preliminar el 28 de marzo de 2006, ordenando la práctica de varias pruebas<sup>3</sup>.

En el marco de esta investigación el 25 de septiembre de 2006 ÉDGAR IGNACIO SAINEA BERMÚDEZ rindió versión libre<sup>4</sup>; el 17 de enero de 2007 se abrió investigación formal en su contra por los punibles de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación<sup>5</sup>, sucediendo lo mismo con el doctor MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR el 15 de marzo de 2007, ante el descubrimiento de nuevos elementos de juicio que según la Fiscalía lo ligaban con los sucesos materia de averiguación<sup>6</sup>.

3- Vinculados los sindicados a la actuación mediante diligencia de indagatoria, el 8 de agosto de agosto de 2007 se les resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el ilícito de peculado por apropiación<sup>7</sup>, sustituida por detención domiciliaria el 14 de agosto siguiente<sup>8</sup>.

4- Clausurada la investigación, el 28 de diciembre de 2007 el Fiscal General de la Nación calificó el mérito del sumario acusando a ÉDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR y MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR como presuntos “coautores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y heterogéneo con los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso homogéneo<sup>9</sup>”, delito último agravado por la cuantía según resolución del 11 de enero de enero de 2008<sup>10</sup> que adicionó la anterior.

Los fundamentos de la decisión calificatoria fueron los siguientes:

4.1.- Del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

-Por el tipo de objeto que pretendía adquirir la gobernación –compra de libros-, independientemente de la destinación y, por la cuantía, debía acudir al proceso licitatorio para la selección del contratista.

- Se violó el principio de economía de que trata el artículo 25-6º y 7º ibídem, por la iniciación del proceso de selección sin los estudios previos de conveniencia y oportunidad y el certificado de disponibilidad presupuestal.

-Se desconoció el principio de selección objetiva porque no se establecieron criterios de comparación objetiva de las propuestas y no existió una evaluación de las mismas.

-No se tuvieron en cuenta los precios del mercado para la suscripción de los convenios según lo dispone el artículo 3º del Decreto 855 de 1994.

-Se inició la ejecución del contrato sin la aprobación de la garantía única, la cual se aprobó con posterioridad a la ejecución, contraviniendo así el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

-Tampoco se dio oportunidad a los interesados de conocer los informes de evaluación ni de controvertirlos, habida cuenta que éstos no existieron.

- Se permitió a personas que estaban incursas en el régimen de inhabilidades presentar propuestas.

La responsabilidad penal de los procesados BERMUDEZ ESCOBAR Y SAINEA ESCOBAR, deriva de su calidad de gobernadores que por motivo del ejercicio de sus funciones tramitaron y celebraron los contratos 0175 y 0176 el 23 de diciembre de 2002, inobservando trámites y exigencias legales primordiales en quebrantamiento claro de las normas que rigen el proceso de contratación.

#### 4.2. Del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

- Como los dos sindicatos ostentaron la calidad de servidores del Estado, actuaron prevalidos de esa investidura en las fases pre y contractuales de manera alternada, permitiendo la apropiación de dinero oficial en forma exorbitante a favor de terceros.

Respecto del contrato 0175 firmado por \$175'712.000, se estableció que el valor real pagado según las facturas de venta fue de \$42'880.000, más unos gastos adicionales de \$8'292.235 y la utilidad de intermediación del 51% que correspondió a \$21'868.800, para un total de gastos de \$73'041.035 con una diferencia de \$102'670.963.

Acerca del contrato 0176 por valor de \$179'333.000 se determinó que el precio de los libros según la factura de venta fue de \$46'034.000, los gastos adicionales sumaron

\$8'637.232 y la utilidad de intermediación del 51% fue de \$23'477.340, para un total de \$78'148.572, surgiendo una diferencia de \$101.184.428, cifra sobre facturada en el contrato.

De lo anterior surge de manera cierta y objetiva la apropiación ilícita en provecho de terceros de \$102'670.963 por una parte y \$101'184.428, por la otra, cuando MIGUEL ANGEL BERMÚDEZ en su calidad de gobernador del departamento de Boyacá, con voluntad libre de cualquier presión indebida y con conocimiento de su ilícito actuar inició un trámite precontractual, a todas luces lleno de irregularidades y actos ilegales que concluyeron con la suscripción de esos contratos por parte del gobernador encargado ÉDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR.

Resultan incontrovertibles las continuas anomalías en el proceso previo, como notoria la evidente finalidad de sobredimensionar los costos de la contratación, a tal punto que se aseguraron las adjudicaciones de los contratos, pues los representantes legales de las diferentes empresas que allegaron cotizaciones tenían relación de cónyuges entre sí, cuestión que finalmente permitió obtener un contrato para cada pareja, pues las diferencias en los precios de las ofertas hacían parecer una propuesta mejor a la otra.

No obstante que SAINA ESCOBAR, pretende adjudicarle toda la responsabilidad precontractual a MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ, porque en su despacho se originaron esos proyectos, lo cierto es que antes de posesionarse SAINA como Gobernador tenía la función delegada de contratación y por lo tanto no era ajeno ni extraño al procedimiento fijado por esa administración.

Ese conocimiento pleno del rito contractual deferido genéricamente, le demandaba asumir una labor ponderada, medida y un actuar prudente al momento de suscribir contratos oficiales de su competencia y responsabilidad. Si en gracia de discusión se aceptara que como Secretario General no tuvo conocimiento del proceso precontractual de los

contratos en mención, tenía por lo menos la experiencia para haber advertido, al momento de la suscripción de los contratos, las irregularidades que los cobijaba y el costo elevado de los mismos al igual que su fraccionamiento porque se trataba de elementos similares.

## EL JUICIO

1- En esta etapa se ordenaron y acopiaron estas:

1.1. Se escuchó en declaración a las siguientes personas quienes depusieron en torno a los respectivos temas: i) Diana Alejandra Hernández, sobre los cheques que recibió de la tesorería de la gobernación de Boyacá por concepto del pago del contrato 175 del 23 de diciembre de 2002; ii) Ana Argelia Olivares, Gerente de la librería Maxilibros, acerca de las circunstancias que rodearon la venta de los útiles a Fredy Tyrone Hernández y Julia del Carmen Rubiano; iii) María Teresa Cantor Bello, tesorera del departamento de Boyacá, sobre los requisitos que exigió la gobernación para el pago de los cheques del contrato 175 de 2003 a Diana Alejandra Hernández; iv) Fredy Tyrone Hernández y Julia del Carmen Rubiano, refirieron los aspectos atinentes a la celebración y ejecución de los contratos a ellos adjudicados; v) Los directores o gerentes de las editoriales ilustraron sobre los diferentes negocios que realizaban y los precios del mercado; vi) Edna Ramírez Barrera narró las funciones que cumplió en el trámite de los contratos.

1.2- Las diferentes editoriales y el sistema de información para la contratación estatal de la Contraloría General de la República, reportaron que en el año 2002 los precios de las enciclopedias y libros que comprendían los contratos no se encontraban inscritos.

1.3- La Fiscalía General de la Nación comunicó la inexistencia de investigaciones en contra de MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR por el delito de enriquecimiento ilícito.

1.4- El juzgado Primero Penal del Circuito de Boyacá informó que en el proceso adelantado contra los contratistas y algunos servidores de la gobernación se iba a dar inicio a la audiencia pública de juzgamiento.

2- Culminada la fase probatoria, se dio paso a la intervención de los sujetos procesales, así:

#### 2.1- Fiscalía.

Solicitó dictar sentencia condenatoria en contra de los procesados por los delitos formulados en la resolución de acusación con sustento en las siguientes manifestaciones:

Frente a la petición elevada por la defensa del doctor MIGUEL ANGEL BERMÚDEZ ESCOBAR, en el sentido de decretar la nulidad de la actuación procesal en razón a que la diligencia de indagatoria no fue practicada por el Fiscal General sino por un Fiscal Delegado ante la Corte, estimó que la misma resultaba extemporánea pues era en la audiencia preparatoria donde debía discutirse y resolverse este tipo de solicitudes.

No obstante su posición, manifestó que fue en virtud de una comisión conferida por el Fiscal General de la Nación que procedió a recepcionar dicho medio de defensa.

Sobre el punto recordó que la Corte Constitucional al revisar el tema, coligió que si bien el Fiscal General no podía delegar sus funciones en cuanto a la disposición de la acción penal, sí podía comisionar a los Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia para actuar en las diligencias, pruebas y en las audiencias, de donde resultaba, entonces, absolutamente posible efectuar este tipo de comisiones a la luz de la Ley 600 de 2000, resultando por ello imposible acceder a la nulidad solicitada.

Pasando a la temática contractual, después de citar algunas disposiciones legales y



tratadistas en torno a la función administrativa y función pública, señaló que la jurisprudencia de manera pacífica ha dejado claro que hay fraccionamiento de contratos cuando coexisten estos mínimos elementos: un mismo objeto, unos montos o cuantías similares, ejecución simultánea y fechas idénticas o aproximadas.

Desde esa perspectiva procedió a relacionar cada uno de los objetos de los contratos 175 y 176 para resaltar que se trataba de un suministro genérico de textos o libros escolares que engloban un solo contrato, los cuales contaban con la misma imputación presupuestal, además de haber sido ambos suscritos el 23 de diciembre de 2002.

Dado que el valor total de las obras adquiridas en los dos contratos ascendió a \$355'000.000, concluyó que su trámite debió adelantarse a través de licitación pública, pues dicha suma superaba con creces los \$247'2000, límite de la contratación directa.

En réplica a lo sostenido por el doctor BERMÚDEZ ESCOBAR en su intervención, en el sentido de que los objetos de los contratos difería en razón a que se trataba de obras literarias, científicas o culturales con derechos de autor, manifestó que entonces la administración debió haber realizado tantos avisos de invitación directa como de contratos por cada uno de los libros especializados, situación inentendible e ilógica.

Aparte de esta irregularidad resaltó las siguientes:

La ausencia de términos de referencia.

La vulneración del principio de igualdad, pues pese a la publicación de los avisos, solo Fredy Tyrone y Julia del Carmen Rubiano accedieron a la convocatoria; los otros proponentes resultaron ser de su círculo familiar generándose así una anticipada decisión de contratar exclusivamente con estos señores.

La afectación del principio de moralidad, en la medida que si hubiese existido un comité de selección objetiva de las propuestas, seguramente habría advertido que dos parejas eran finalmente las únicas que estaban accediendo a la adjudicación del contrato.

El quebrantamiento del principio de economía, porque la administración departamental pagó por ambos contratos \$355'045.000, cuando en realidad su costo ascendió a \$90'000.000, dejando claro un detrimento patrimonial para el departamento de Boyacá superior a \$200'000.000 a favor de terceros.

-Refiriéndose al auto de fallo de la Contraloría que exoneró de responsabilidad fiscal al mandatario seccional, indicó que la decisión carecía de un análisis de la prueba, la cual no se compadecía con el acatamiento a la Ley para asumir y resolver un proceso tan importante, motivo por el cual solicitó a la Sala no tener en cuenta los argumentos allí esbozados y proceder conforme a la prueba recaudada en la investigación penal.

Finalmente, y ante la discrepancia presentada en las intervenciones de Freddy Tyrone y Diana Hernández solicitó compulsar copia de sus intervenciones ante la justicia para efecto de que fueran investigados por el delito de falso testimonio.

## 2.2. Procuraduría

Frente a la solicitud de nulidad presentada por la defensa alegando falta de competencia de quien recibió la diligencia de indagatoria del doctor MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ, decisión diferida por la Sala para el momento de la sentencia, consideró que no está llamada a prosperar porque es doctrina pacífica y uniforme de la Corte Constitucional y de esta Corporación que cuando se trata de la investigación penal de funcionarios aforados, jurídicamente es posible que el Fiscal General comisione a un Fiscal Delegado ante la Corte para que reciba la injurada del procesado tal y como sucedió en este caso.

Es así como colige que no se advierte la estructuración de la causal de nulidad objeto de

análisis en tanto la alegada falta de competencia no se presenta.

Pasando a los hechos objeto de análisis, señaló que este proceso ha mostrado cómo entre las entidades delictivas endilgadas a los acusados existe una íntima relación de carácter teleológico o, vínculo de instrumentalidad en la medida en que una de ellas, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se constituye en factor evidente para la ejecución de la otra, peculado por apropiación a favor de terceros agravado por la cuantía.

En cuanto al punible de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, aduce que no obstante el doctor BERMÚDEZ ESCOBAR haber delegado en el doctor SAINEA ESCOBAR todos los pasos atinentes a la fase precontractual, contractual y postcontractual, la investigación reveló que el primero de ellos suscribió el 17 de diciembre de 2002 las dos invitaciones públicas a contratar anunciando que existía una disponibilidad presupuestal de \$180'000.000, en cada caso, soslayando así el artículo 24-9 de la Ley 80 de 1993.

Agregó, que en las dos invitaciones no se señaló pauta alguna respecto a la manera como la administración iba a analizar las propuestas, hecho atentatorio del principio de transparencia.

En oposición a lo que asegura Freddy Hernández en el sentido de haber tenido a su vista los términos de referencia, asegura que éstos no existieron, pues a pesar de las inspecciones y estudios realizados nunca se encontraron.

Respecto de los contratos 175 y 176 indicó que éstos se identifican en su objeto en la medida que se encontraban dirigidos a la compra de enciclopedias y libros para la dotación de bibliotecas en distintos municipios, además de hallarse imputados al mismo rubro presupuestal según los certificados de disponibilidad.

Con fundamento en estos argumentos afirmó que se estructuró la figura del fraccionamiento, pues la cuantía para contratar directamente en el año 2002 en el departamento de Boyacá era de \$247'200.000, cifra inferior a la suma de los dos contratos que ascendieron a \$355'645.000, de donde concluye que el proceso que debió escogerse fue el de la licitación pública.

Sobre los proponentes destacó que Ricardo Enrique Sánchez Olarte y Julia del Carmen Rubiano (persona favorecida con el contrato 176) resultaron ser esposos; al igual que Freddy Tyrone Hernández (favorecido en el contrato 175) y Martha Cecilia Fonseca (oferente en el contrato 175) quienes además de vivir en unión libre tenían una hija; situación que deja en claro la inobservancia del literal g del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Frente a las manifestaciones de Freddy Hernández en el sentido que fue Diana Hernández quien llevó las propuestas a la gobernación y cobró los cheques, resaltó las referencias de ésta durante la audiencia pública cuando afirmó no haber presentado propuesta alguna.

Agregó que la selección de las empresas se realizó de manera informal, subjetiva y caprichosa en tanto no se prohirieron los correspondientes actos administrativos de adjudicación, los cuales debían motivarse de forma detallada y precisa tal y como lo exige el numeral 7 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

En síntesis, colige, que se inobservó el principio de planeación de forma genérica, y los axiomas de transparencia y economía de manera específica, configurándose así el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En punto al delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, afirmó que

no hay duda que los compromisos contractuales asumidos por la gobernación del departamento de Boyacá con motivo de los mencionados contratos fueron atendidos de manera efectiva e integral por los procesados, quienes dispusieron efectivamente del patrimonio del departamento.

La apropiación de los recursos públicos en manos de terceros, deviene para el representante de la comunidad, de haberse cancelado unos costos demasiado altos, lo que se hubiera evitado contratando con los distribuidores o con los editores.

En relación con el auto de responsabilidad fiscal aportado por BERMÚDEZ ESCOBAR, explicó que la argumentación allí contenida no trasciende al campo penal en la medida en que solo se detuvo en el estudio de la firma de los avisos, omitiendo lo relacionado con las aristas de la carga comportamental que le correspondía al mandatario en su condición de ordenador del gasto de la gobernación del departamento de Boyacá y garante de los recursos colectivos.

En su concepto, cuando el doctor BERMÚDEZ ESCOBAR tomó posesión del cargo de gobernador del departamento de Boyacá, asumió un vínculo específico de raigambre constitucional y legal que lo obligaba como ordenador del gasto a observar y hacer cumplir los postulados que regían la actividad contractual, lo cual no puede ser desdibujado diciendo que delegó de manera total en EDGAR IGNACIO SAINA, Secretario General del departamento de Boyacá todo lo atinente a la contratación, ya que en todo caso el artículo 26-5 de la Ley 80 de 1993 señala que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante legal de la entidad.

Agregó que el funcionario no puede desprenderse de manera insensata y definitiva de una función cuyo ejercicio ha delegado, sobre todo si observa un perjuicio para la entidad pública que representa. Esto, dice el Ministerio, fue precisamente lo ocurrido

con la gestión de SAINEA ESCOBAR y que culminó con la ejecución de los contratos 175 y 176, los cuales, como logró establecerse, desde sus orígenes presentaron irregularidades insalvables en el proceso de selección de los contratistas.

Recordó además, que pese a la existencia de la delegación, el 17 de diciembre de 2002 BERMÚDEZ ESCOBAR suscribió las dos invitaciones a contratar, reasumiendo lo delegado.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó desestimar la causal de nulidad invocada por el defensor del doctor BERMÚDEZ, proferir sentencia condenatoria contra los procesados como coautores responsables de los delitos por los que fueron convocados a juicio y finalmente, al advertir que Freddy Tyron Hernández y Diana Hernández pudieron haber faltado a la verdad, en cuanto se contradijeron abiertamente, solicitó compulsar copias de sus declaraciones y de la decisión que aquí se tome, a fin de que el competentes determine si es necesario investigar estos acontecimientos.

### 2.3 Parte civil, en representación del Departamento de Boyacá.

En su intervención la representante del departamento de Boyacá compartió los planteamientos de la Fiscalía y la procuraduría en torno a las anomalías registradas en los contratos 0175 y 0176 durante su trámite y celebración.

Apoyada en la manera como se desarrollaron los hechos, clarificó que la participación del gobernador titular MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ se predica de la etapa preparatoria mientras que la intervención del encargado EDGAR IGNACIO SAINEA está referida a las etapas subsiguientes, esto es, celebración, ejecución y liquidación.

De igual forma, encontró probado el desmedro patrimonial por la existencia del pago de un mayor precio en la adquisición de los elementos contenidos en los objetos contractuales, sobre costo que superó la suma de \$204.000.000

En síntesis, solicitó condenar a los procesados por los delitos endilgados en la resolución de acusación y, consecuentemente a pagar la indemnización al departamento de Boyacá por los perjuicios causados.

#### 2.4. Parte civil, representada por la Contraloría General de la República.

Al igual que sus antecesores y con fundamento en similares apreciaciones, el representante de la Contraloría consideró que existen suficientes elementos de juicio para condenar a MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, como coautores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisito legales en concurso homogéneo y heterogéneo con los ilícitos de peculado por apropiación a favor de terceros, toda vez que se encuentra demostrada la ocurrencia de los hechos, la responsabilidad de los procesados y los perjuicios causados, calculados en \$102'670.093 para el contrato 175 y, \$101'184.428 respecto del contrato 176.

#### 2.5. El procesado MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR

Comenzó su intervención diciendo que la Fiscalía desde el inicio de la investigación ha creído en su culpabilidad desconociendo el principio de la presunción de inocencia, gracias a la mala fama que han hecho de él los medios de comunicación, por haberse encontrado vinculado con anterioridad a investigaciones de contrataciones respecto de las cuales siempre salió absuelto.

Frente al tema de la inhabilidad de los contratistas, manifestó que él como funcionario público no tenía por qué conocer ese hecho eminentemente personal.

En su concepto no existe prueba indicativa en torno a que los avisos y los contratos se celebraron antes de aprobarse los proyectos.

Insistió en negar que el objeto de los contratos sea el mismo y adujo como equivocación de la Fiscalía aseverar que la firma de los avisos lo vincule con el proceso contractual, pues quien firmó los contratos fue el doctor SAINA y no él.

Desvinculó las invitaciones de los contratos, soportado en la restricción que aquéllas establecían en cuanto al pago, pues disponían cancelar, treinta días después de entregadas las enciclopedias.

Pidió revisar en la actuación el trámite dado a los proyectos en cuanto a las personas que participaron en su estudio y aprobación; y cuestionó la afirmación de la Fiscalía dirigida a sostener su inexistencia para el 17 de diciembre de 2002, con el argumento de que sería imposible recoger en tres días la información allí contenida; sostuvo que a través de los estudios de focalización se determinaron los establecimientos educativos, y agregó, que si hubiesen existido irregularidades en ellos el Departamento de Planeación hubiera podido vetar las inversiones.

En punto a los sobre costos refutó el informe de policía judicial rendido por Martha Cecilia Rojas en cuanto al porcentaje de ganancia reconocido a los contratistas, arguyendo que no existe norma alguna que establezca topes mínimos o máximos de utilidad para quienes contraten con el Estado, de donde deduce, la servidora inventó el 51%; alegó una vez que los precios del contrato corresponden a los de venta al público, motivo por el cual cree, no existe diferencia alguna.

Solicitó finalmente a la Sala tener en cuenta como prueba el fallo ejecutoriado de la Contraloría General de Boyacá, en el cual se le exonera de toda responsabilidad fiscal y



dictar sentencia absolutoria a su favor.

## 2.5. El defensor del procesado MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR

Inició su discurso cuestionando a los demás sujetos procesales por no haber realizado un estudio serio y responsable del proceso y, soportar sus solicitudes de condena únicamente en los informes de policía de judicial, a los cuales califica de imprecisos y poco confiables.

Frente al tema de la firma de los avisos aseguró que éstos se encontraban debidamente respaldados con la ficha EBI.

En cuanto al principio de transparencia y deber de selección objetiva estimó que los objetos de los contratos eran diferentes en tanto iban dirigidos, el 175 a zonas rurales y el 176 a sectores urbanos, los cuales obedecían a proyectos y programas diferentes, motivo por el cual el mecanismo idóneo para contratar era la modalidad directa.

Asimiló las invitaciones con los términos de referencia, en razón a que ellas contenían el plazo para presentar las propuestas, la oficina donde debían radicarse, la norma que las sustentaba y la forma de pago.

Respecto a los estudios de conveniencia y oportunidad precisó que forzosamente los avisos debían ir acompañados de las fichas que justificaban la motivación de los proyectos, aclarando que desde tres meses antes a sus publicaciones las editoriales enviaron las cotizaciones de los textos a la gobernación.

Sobre los certificados de disponibilidad presupuestal manifestó que nadie ha puesto en duda su existencia, documentos que además para el momento de suscribir los contratos contaban con las correspondientes partidas presupuestales.

Para el defensor no constituye indicio de compromiso penal la circunstancia de que la viabilidad técnica hubiera sido expedida un día después de celebrado el contrato.

Después de referirse a otros aspectos relacionados con las irregularidades mencionadas por el Fiscal concluye que su defendido no desconoció requisito legal alguno, por lo que solicita su absolución por el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En relación con el delito de peculado por apropiación sustentado en un informe del cuerpo técnico de investigación, cuestionó duramente a su autora a quien calificó como inexperta en cuestiones contables, reiterando los argumentos esbozados por el doctor BERMUDEZ en torno a este tema

Aseguró que así la administración hubiera querido contratar con las editoriales es lo cierto que esta negociación no hubiera sido posible, pues únicamente venden sus productos a los distribuidores tal y como lo revelaron los testimonios de los diferentes representantes de dichas empresas.

Acudió al fallo fiscal de la Contraloría que exoneró a su prohijado de toda responsabilidad fiscal para sostener la ausencia de los aludidos sobrecostos.

Con fundamento en estos y otros planteamientos solicitó igualmente fallo absolutorio a favor del doctor BERMUDEZ por el delito de peculado por apropiación.

## 2.5. El defensor del procesado EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR.

Después de citar las diferentes pruebas que integran el plenario y los fundamentos de la acusación se detuvo en los siguientes temas:

La contratación directa. Apoyado en el artículo 30 de la Ley 60 de 1993 que define la

focalización como el proceso mediante el cual se garantiza que el gasto social se asigne a los grupos de población más pobre y vulnerable, adujo que fueron aspectos de orden geográfico, social e individual, traducidos en ubicación, estratificación urbana y rural y edades de los educandos, los que determinaron la celebración de dos contratos.

Términos de referencia. Para el defensor este tema fue desarrollado por el Fiscal como secuela de la ausencia de la licitación y no de la contratación directa. Soportado, entonces, nuevamente en el criterio de la focalización, insiste en la legalidad de este procedimiento y, en relación con los términos de referencia, citó el Decreto 855 para decir que se encontraban incluidos en las invitaciones.

Precios y sobrepagos. Manifestó que el precio de venta al público fijado por las editoriales se identifica con el de los contratos, motivo por el cual no hubo sobre costos. Reafirmó su tesis con los testimonios de los diferentes representantes de las casas editoriales quienes en la fase del juicio aseguraron que el precio en esta materia es el mismo del público.

Para él, las ventajas de los vendedores en relación con lo pagado a sus expendedores y lo obtenido por la venta al Departamento, hace parte de esa gama de factores que incide en el precio final.

Etapas precontractual y de ejecución de los contratos 175 y 176. Después de mencionar todas las actividades que se desarrollaron para la celebración de los respectivos contratos por cada uno de los servidores que intervinieron en su trámite, señaló i) que en ningún momento los acusadores cuestionaron ni la necesidad ni la seriedad de los proyectos en tanto el solo examen desprevisto de cada uno, revela que no pudieron ser efectuados ni improvisados en tres días ii) que existe la certificación de la Secretaría de Educación en cuanto a la razonabilidad de los costos de los materiales según los precios del mercado, y iii) que el doctor SAINA no participó en estas actividades, como

tampoco en la escogencia o selección de los contratistas, pues incluso existe prueba testimonial que señala a Fernando Zarate como la persona que dio instrucciones a Constanza Ramírez en el momento de elaborar los contratos.

Con fundamento en este análisis expresó que los contratos cumplieron con los requisitos legales, rechazó la existencia de los sobrecostos y deprecó a la Sala absolver a su defendido de los delitos por los cuales fue acusado.

## CONSIDERACIONES

Durante el transcurso del debate público, el defensor suplente del doctor MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR solicitó decretar la nulidad de esta actuación a partir, inclusive del “auto que clausuró la investigación, a fin de que se repita la indagatoria de su defendido”, porque no obstante haber sido el Fiscal General de la Nación quien dispuso la vinculación de su defendido, en la indagatoria se despojó de dicha atribución cuando la delegó en el Fiscal 2º Delegado ante esta Corte.

Frente a esta petición, respecto de la cual se aclara, debió formularse para el momento de celebración de la audiencia preparatoria tal y como lo dispone el artículo 401 de la Ley 600 de 2000, es un hecho cierto que el Fiscal General de la Nación, mediante resolución del 15 de marzo de 2007 abrió investigación formal contra el doctor BERMUDEZ y comisionó -no delegó- al Fiscal 2º de la Unidad Delegada ante la Corte para la práctica de la diligencia de indagatoria<sup>11</sup>.

Esta comisión, en momento alguno constituyó un acto de delegación<sup>12</sup> o de “despojo de la atribución constitucional” como lo entendió el defensor; sobre el tema, de manera reiterada y pacífica la Corte Constitucional y esta Corporación, conscientes de las múltiples responsabilidades que pesan sobre el Fiscal General de la Nación, han admitido la posibilidad de que en procesos de su privativa competencia, excepcionalmente actúen los Fiscales Delegados ante la Corte en virtud de una comisión

específica para la práctica de diligencias que aquél no pueda adelantar. Ello, en trámite de actuaciones por Ley 600 de 2000.

Lo trascendental e importante es que el Fiscal no se desprenda de la competencia otorgada expresamente por el constituyente, a través de actos de delegación destinados a que otros funcionarios adopten decisiones respecto de puntos neurálgicos que comprometan el ejercicio de la acción penal, como lo son la apertura de instrucción que comprende la orden de vinculación del imputado, la definición de situación jurídica, la clausura de la investigación y la calificación<sup>13</sup>.

En el presente caso todas estas actuaciones emanaron del Fiscal General de la Nación, él como director responsable del proceso ejerció el poder jurisdiccional cuando ordenó vincular a MIGUEL ANGEL BERMUDEZ y comisionó al Fiscal 2º Delegado para la recepción de la indagatoria, decisión última que se encuentra permitida en nuestra legislación procesal penal, pues el artículo 84 de la Ley 600 de 2000, consagra precisamente la figura de la comisión<sup>14</sup> para la práctica de diligencias, sin hacer distinción en cuanto a su naturaleza.

Así las cosas, es imposible aceptar la afirmación del defensor dirigida a sostener que el Fiscal General delegó o se despojó de su atribución jurisdiccional en el momento que comisionó al Fiscal 2º delegado ante la Corte para recibir la versión de descargos.

Con fundamento, entonces, en las precedentes apreciaciones la Sala no declarará la nulidad deprecada por el defensor suplente de MIGUEL ANGEL BERMUDEZ, pues no se advierte vicio alguno en torno a la falta de competencia.

2- De acuerdo con la preceptiva del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, el fallo condenatorio debe apoyarse en prueba que ofrezca certeza sobre la realización de la conducta definida en la Ley como delito y la responsabilidad del acusado; para llegar a

estas conclusiones, según lo establece el artículo 238 del citado ordenamiento, los medios de prueba deben apreciarse en conjunto y en consonancia con las reglas de la sana crítica.

Como ya se mencionó, los doctores MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR fueron llamados a juicio por la presunta comisión de los delitos de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales y Peculado por apropiación agravado por la cuantía, en concurso homogéneo y heterogéneo, y consagrados en su orden, en los artículos 410 y 397 del Código Penal.

En este sentido, corresponde establecer, en primer lugar, si se concreta el elemento de la certeza en relación con las conductas imputadas a los doctores BERMUDEZ y SAINEA, en su condición de Gobernador del Departamento de Boyacá y Gobernador encargado, frente a los supuestos que estructuran las conductas punibles aludidas, iniciando por la de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, consagrada en los siguientes términos:

“Artículo 410.- Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salario mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

De acuerdo con la anterior descripción típica, son supuestos para la realización del tipo objetivo: i) Ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato; ii) Desarrollar la conducta prohibida, concretada en la intervención en una de las fases, es

decir, tramitar contrato sin la observancia de los requisitos legales, o, celebrar o liquidar sin verificar el cumplimiento de los mismos<sup>15</sup>.

En esa dirección, se tiene que para el 17 de diciembre de 2002, fecha en que se suscribieron las invitaciones para suministrar los textos educativos que integraron los contratos 175 y 176, MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR se desempeñaba como Gobernador del Departamento de Boyacá.

Así se extrae de la certificación que expidió la Directora Administrativa de ese Departamento el 19 de junio de 2007, donde se indica que MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ reasumió las funciones de gobernador a partir del 2 de agosto hasta el 23 de diciembre de 2002, fecha en la cual le concedieron licencia no remunerada para ausentarse del cargo de gobernador hasta el 4 de enero de 2003<sup>16</sup>.

De la misma forma, aparece acreditado que el 23 de diciembre de 2002, fecha de suscripción de los aludidos contratos, EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR se encontraba encargado de las funciones de gobernador del Departamento de Boyacá, según Decreto 2500 del 18 de diciembre del mismo año<sup>17</sup>.

En virtud de estas calidades, los dos procesados ejercieron como representantes de la entidad territorial la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas, tal y como lo establece el artículo 11, ordinal 3, literal b del estatuto contractual.

Es claro igualmente que en el presente caso no se presentó la figura de la delegación a que hace referencia el artículo 12 idem, como quiera que MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ y EDGAR IGNACIO SAINEA, fueron quienes, en su orden, suscribieron las invitaciones y celebraron los contratos cuestionados.

De esta manera puede concluirse que los doctores MIGUEL ANGEL BERMUDEZ y EDGAR

IGNACIO SAINIA ostentaban la calidad de servidores públicos y en esa calidad les correspondía celebrar los contratos estatales efectuados con cargo a los recursos del departamento que regentaban, con lo cual se cumple el primer presupuesto de la conducta punible objeto de análisis, dado que se está ante un tipo penal de sujeto activo calificado.

En cuanto a la conducta prohibida descrita en la prescripción legal, la Sala tiene dicho que se trata de un tipo penal de conducta alternativa que contempla tres hipótesis a partir de las cuales se desencadena la reacción punitiva respecto del servidor público revestido de la función contractual, o parte de ella, a saber: i) Por la “tramitación” del contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para su formación, etapa contractual que en términos de la Corte, comprende “los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de ‘celebración’ del compromiso contractual”; ii) Por la “celebración” del contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales del mismo, incluidos, claro está, aquellos que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 son de forzoso acatamiento dentro de la fase precontractual y que constituyen solemnidades insoslayables; y iii) Finalmente, por su “liquidación” en similares condiciones.<sup>18</sup>

En este sentido puede observarse que el legislador a través del estatuto contractual plasmó los principios que sobre la función administrativa predica el artículo 209 de la Constitución Política cuando señala que ella “está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”<sup>19</sup>.

Consecuente con esta preceptiva el artículo 339 prevé como marco para ejecutar la función administrativa el plan de desarrollo, que se conforma de dos partes: una parte general, en la que se señalan los propósitos, las metas y prioridades de la acción



estatal a largo y mediano plazo, así como las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental; y de una parte especial, conformada por el plan de inversiones públicas.

Si bien el ordenamiento superior solo refiere esta obligación al ámbito nacional, a través de la Ley 152 de 1994 ella se hizo extensiva a las entidades territoriales, que deben acoplar su gestión al plan de desarrollo expedido por los correspondientes órganos legislativos, de conformidad con el proyecto presentado por el candidato elegido bien como gobernador o como alcalde, previo agotamiento del trámite establecido por la misma normatividad<sup>20</sup>.

Como viene de verse, existe un vínculo inescindible entre el plan de desarrollo y el presupuesto, en tanto es a través de éste que aquél encuentra realización, tal y como lo dispone el artículo 346 de la Constitución.

De allí que el artículo 13 del Decreto 111 de 1996 contemple dentro de los principios que rige el sistema presupuestal el de planificación, según el cual “El Presupuesto General de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del Plan Nacional de Desarrollo, del Plan Nacional de Inversiones, del Plan Financiero y del Plan Operativo Anual de Inversiones” 21

La herramienta legal que contribuye a la ejecución de los planes de desarrollo y del correspondiente presupuesto es el Banco de Programas y Proyectos de Inversión<sup>22</sup>, pues es allí donde se registran las necesidades cuya satisfacción buscan los programas de gobierno condensados en aquéllos.

El Banco de Programas y Proyectos es un instrumento de planeación, administración y control de la inversión; es un sistema de información que trata sobre los destinos del gasto, encaminados a solucionar problemas y a satisfacer necesidades de los diferentes sectores. Los programas y proyectos son una de las fases culminantes de la elaboración

del plan de desarrollo, ya que representan los instrumentos que van a canalizar los recursos constituyéndose así en garantía del uso adecuado que se dé a los mismos.<sup>23</sup>

Ahora, previo a la radicación de los proyectos en el correspondiente Banco es necesario que la administración adelante una seria labor de indagación y verificación orientada a establecer las necesidades del conglomerado, la forma en que pueden satisfacerse, el presupuesto requerido y la solución que apareja para el efectivo cumplimiento de los fines del Estado.

Esta información nutre los formatos a diligenciar en el Banco de Programas de Proyectos; baste consultar una de sus fichas para advertir cómo allí se describe el problema o la necesidad, su origen, la población afectada y beneficiaria, el objetivo del proyecto y la solución, estimada lógicamente a través de un presupuesto.

Estos estudios traducidos en proyectos, constituyen entonces, el primer paso que da la administración en pro de ejecutar la actividad contractual, la cual sirve de guía para las restantes acciones administrativas.

En igual medida, ilustran acerca del procedimiento contractual que deberá agotarse para el desarrollo del proyecto, esto es, si por los recursos involucrados demandan de la realización de un proceso licitatorio o si, en cambio, puede acudirse a la contratación directa.

En tal orden, bien puede afirmarse que tales análisis no son un requisito apenas formal sino sustancial, en la medida que constituyen el insumo básico para ilustrar a la administración sobre los requerimientos mínimos que debe cubrir a través del proceso contractual en armonía con el plan de desarrollo.

No se olvide que es precisamente a través de la actividad contractual como la administración pública cumple las metas de los planes de desarrollo previamente desglosados en el presupuesto, en tanto es la herramienta mediante la cual se logran los objetivos propuestos.

Por estas razones el artículo 68 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación -Decreto 111 de 1996-, aplicable a las entidades territoriales, establece que: “no se podrá ejecutar ningún programa o proyecto que haga parte del presupuesto general de la Nación hasta tanto se encuentren evaluados por el órgano competente y registrados en el Banco Nacional de Programas y Proyectos”

En suma, a estas últimas conclusiones no se llega de manera caprichosa, sino con base en el análisis de aquellos factores que integran el principio de planeación, esencial a la contratación administrativa.

Por ello la Ley 80 de 1993 contempla entre sus axiomas básicos fundamentales para el desarrollo de la actividad contractual que se empalma con las precedentes disposiciones, el principio de economía que impone a la administración la obligación, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, de elaborar los estudios, los diseños y los proyectos requeridos; lapso en el que también, exige analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar e impartir las aprobaciones correspondientes<sup>24</sup>.

Este principio en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato” significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficacia y eficiencia para que se protejan los recursos públicos, fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas que generan situaciones contrarias a la Ley.”<sup>25</sup>

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines del Estado, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y, a la protección y garantía de los derechos de los administrados, en los términos que lo establece el numeral 3º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

De allí que, como lo señalara el Consejo de Estado “ la contratación administrativa no es, ni puede ser, una aventura ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoria, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos”.<sup>26</sup>

Las anteriores precisiones sirven de linderos para examinar cada una de las omisiones de requisitos legales esenciales atribuidas por la Fiscalía a los procesados en el pliego de cargos, en orden a determinar si con ellas se estructuró la conducta descrita en el tipo penal, y si a su vez, obra prueba para concluir que les son directamente atribuibles.

6- Los negocios sobre los cuales pesa la acusación proferida por el señor Fiscal General de la Nación en contra de los ex gobernadores son los siguientes:

- Contrato 175 del 23 de diciembre de 2002 cuyo objeto consistió en la adquisición de

Cantidad

Nombre libro

Especifica.

Valor Unidad

Valor Total

32

Enciclopedias Disney

8 V

429.000

\$13'728.000

32

Curso de Ingles The

Magic English

4V + 5VH

640.000

\$20'480.000

32

Enciclopedia Mundo de los Animales

5V + 5VH

530.000

16.960.000

32

Enciclopedia Autodidáctica Actual

8V + 4CDS

560.000.00

17.920.000

32

Manual de la Educación

1V +1CD

230.000.00

7.360.000

32

Manual de Educación física y Deporte

1V+1CD

220.000.00

7.040.000

32

Enciclopedia del Sexo y Educación Sexual

SV+1VHS

264.000.00

8.448.000

32

Atlas Geográfico Universal y de Colombia

1v

275.000.00

8.800.000

32

Enciclopedias Multimedia Aventura Ciencia

12 CDS

375.000.00

12.000.000

32

Enciclopedias Multimedia Seres Vives

14 CDS

395.000.00

12.640.000

32

Mil Ideas Para la Mujer de Hoy

250.000.00

8.000.000

32

Dicc. Inglés Español

1V

130.000.00

4.160.000

32

Diccionario Enciclopédico

1V+1CD

149.000.00

4.768.000

32



Diccionarios Sinónimos Antónimos

1V

99.000.00

3.168.000

32

Cursos Informática Aplicada

12MLS+12CD

450.000.00

14.400.000

32

Cuentos Infantiles

1V+2CDS

130.000.00

4.160.000

32

Biblia Infantil

1V +2CDS

130.000.00

4.160.000

32

Colección Valores Tío Moroco

4V+1VH

235.000.00

7.520.000

Total:

175.712.000

- Contrato 176 del 23 de diciembre de 2002, dirigido al suministro de

Cantidad

Nombre del libro

Especificación

Valor Unidad

Valor total

119

Diccionario Enciclopédico Superdiccionario

1 Tomo

199.000.00

23.681.000

119

Enciclopedia Temática Mente

1+1CD

200.000.00

23.800.000

119

Atlas Colombia y el Mundo

1 Tomo

99.000.00

11.781.000

119

Colombia Guía Enciclopédica

1 Tomo

88.000.00

10.472.000

119

Manual Moderno Informática

211.000.00

25.109.000

119

Diccionario Ingles-Español

1 Tomo

120.000.00

14.280.000

119

Diccionario Sinónimos Antónimos

1 Tomo

90.000.00

10.710.000

119

Enciclopedia Mega

4 Tomos

240.000.00

28.560.000

119

Mi Primera Biblioteca Educación Sexual

4 Tomos +3 VH

260.000.00

30.940.000

1.507.000

179.333.000

De manera concreta, la imputación frente a estos contratos se hace consistir en que en ellos se omitieron i) el principio de economía, porque no existieron estudios serios y previos de conveniencia y oportunidad; ii) el principio de transparencia, porque se acudió habilidosamente a la contratación directa fraccionando en dos lo que era un solo objeto contractual con el propósito de evadir la licitación, sin contarse con términos de referencia, iii) el deber de selección objetiva, en cuanto no se establecieron criterios de comparación objetiva de las propuestas y iv) el desconocimiento del artículo 3 del Decreto 855 de 1994 por no haberse tenido en cuenta los precios del mercado.

Como la investigación reveló que los contratos 175 y 176 fueron tramitados

simultáneamente por MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ, y suscritos por EDGAR IGNACIO SAINEA, por cuestiones de método la Sala asumirá de manera conjunta su análisis, respecto a cada una de las omisiones descritas, en orden a establecer si con ellas se actualizan los tipos penales por los cuales fueron convocados a juicio y, a su vez si obra prueba para concluir que ellos son directamente atribuibles a los procesados.

-Del principio de economía

Con fundamento en las facultades concedidas en la ordenanza 024 del 10 de septiembre de 2002, el entonces gobernador de Boyacá MIGUEL ANGEL BERMUDEZ, expidió el 23 de septiembre del citado año el Decreto 2024, modificando el presupuesto de rentas y recursos de capital y gastos para esa vigencia Fiscal con el objeto de ajustarlo a los cambios efectuados en el Plan de Desarrollo.

Entre los traslados presupuestales que efectuó para financiar diferentes sectores de inversión social con cargo a recursos de regalías, acreditó el sector educación con \$1.372'546.000 para proyectos de cobertura básica<sup>27</sup>.

Dos de los proyectos ejecutados con estos recursos fueron los objetos de los contratos 175 y 176, según lo deja ver el informe de policía judicial 351448 del 6 de julio de 2006<sup>28</sup>.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2002 el burgomaestre suscribió dos avisos públicos invitando a los interesados en contratar con la gobernación, a suministrar los libros que conformaron los objetos de los contratos 175 y 176 del 23 de diciembre de 2002<sup>29</sup>.

Mientras una invitación mencionó el proyecto "DOTACION DE BIBLIOTECAS PARA ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS DE LOS MUNICIPIOS DE TUNJA, DUITAMA, PAIPA, SOGAMOSO Y CHIQUINQUIRÁ DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA" la otra citó el de "DOTACIÓN DE BIBLIOTECAS PARA ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS DE LAS

## PROVINCIAS DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA”

Cada una de las invitaciones tiene constancia de fijación del 17 de diciembre de 2002 y de desfijación del 20 siguiente, por parte de la Directora de Servicios Administrativos, Magda Fabiola Becerra Urrea<sup>30</sup>.

A pesar que en las invitaciones se consignó que el departamento contaba con una disponibilidad presupuestal para cada uno de los casos de \$180'000.000, lo cierto es que los aludidos certificados fueron expedidos hasta el 20 de diciembre de 2002<sup>31</sup>, en respuesta a las solicitudes elevadas en ese día por el Director Financiero, Fernando Zarate Osorio<sup>32</sup>.

Según dan cuenta los elementos de juicio allegados al expediente a través de las diferentes inspecciones practicadas y pruebas trasladadas de investigaciones adelantadas por estos mismos hechos, ningún otro documento antecede a las invitaciones que suscribió el ex gobernador MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ.

No existe prueba documental que respalde las aseveraciones efectuadas por MIGUEL ANGEL BERMUDEZ durante el desarrollo de la audiencia pública, en el sentido de que en el mes de octubre de 2002 las editoriales presentaron cotizaciones de los diccionarios, enciclopedias y manuales que la administración pretendía adquirir, ni copia de oficios suscritos por algún servidor de la gobernación solicitándolas.

Contrario a esta aseveración obra en la actuación la constancia del almacenista de la gobernación de Boyacá, Oscar Celio Coy, en la cual certifica que “revisados los archivos de esta dependencia, donde se encuentran los documentos de los contratos de suministros No. 175 y 176 de 2002 no se encontró referencia de las editoriales de los libros que fueron adquiridos” 33

Incluso, los servidores Antonio María Daza Sarmiento y Leonor Valderrama de González

quienes participaron en la inscripción y aprobación de los programas donde se relaciona el valor de las obras y el presupuesto, tampoco dan cuenta respecto a la manera como se determinaron los precios; lo único cierto en cuanto a ellos son su coincidencia con las propuestas favorecidas, cuyas fechas de elaboración también corresponden a las inscripciones de los susodichos proyectos.

Así las cosas, es un hecho incontrovertible que las invitaciones constituyeron no solo el inicio del proceso de selección del contratista de los futuros contratos 175 y 176, sino la primera actuación del trámite pre contractual.

Esta situación fue reconocida veladamente por el procesado EDGAR IGNACIO SAINEA durante el interrogatorio que absolvió en la audiencia pública de juzgamiento, cuando admitió que fueron los avisos públicos los que dieron inicio a estos contratos<sup>34</sup>.

Ciertamente, solo hasta el 20 de diciembre de 2002 la gobernación inscribió en el Banco de Programas y Proyectos los planes que mencionaban ambas invitaciones. Es esta fecha la que aparece registrada en éstos y en los certificados expedidos por la Directora del Departamento Administrativo de Planeación Edna Jeannette Molano Riveros, donde asegura, en unos, que los proyectos se encuentran registrados, son viables, susceptibles de ser financiados por el valor consignado en cada contrato; y en los otros, que son técnica y financieramente viables; se encuentran contenidos en el Plan de Desarrollo del departamento “El Renacer de Boyacá, nuestro mayor compromiso” en el componente social del sector de educación, cumplen con el artículo 13 de la Ley 756 de 2002 y permiten comprometer recursos provenientes de regalías directas.<sup>35</sup>

Sin embargo, fue el 24 de diciembre de 2002 cuando Leonor Valderrama de González, profesional de la oficina de Planeación y Sistemas de la Secretaría de Educación encargada de analizar los proyectos de esa sectorial, se pronunció favorablemente sobre



la viabilidad de los mismos y la razonabilidad de los costos “según precios del mercado”<sup>36</sup>; aprobaciones que resultaron extemporáneas, pues para esta fecha la Directora del Departamento Administrativo de Planeación ya había cumplido esa labor e inclusive, se encontraban suscritos los contratos -23 de diciembre de 2002-

En efecto, sobre el procedimiento adelantado por la oficina del Banco de Proyectos adscrita al Departamento Administrativo de Planeación, Antonio María Daza Sarmiento, integrante de la misma, relató que una vez se radicaba el proyecto lo revisaba para remitirlo a la sectorial correspondiente donde se le asignaba un profesional idóneo en la materia, quien lo estudiaba para emitir concepto de viabilidad del mismo, el cual, si era favorable, regresaba a esa dependencia donde proyectaban una certificación para firma del Director de Planeación sobre registro y viabilidad del proyecto<sup>37</sup>.

En el caso de los proyectos contentivos de la dotación de bibliotecas para los diferentes establecimientos educativos de varios municipios y provincias del departamento de Boyacá, este orden cronológico no se siguió: antes de brindar la sectorial sus conceptos sobre la razonabilidad de los costos y viabilidad -24 de diciembre-, la Directora del Departamento Administrativo de Planeación los sustituyó con sus propias constancias - 20 de diciembre-.

El procedimiento expuesto por Antonio María Daza Sarmiento explica el porqué las misivas suscritas por la arquitecta Leonor Valderrama de González en su calidad de profesional de la Secretaría de Educación de Boyacá estaban dirigidos al Banco de Programas y Proyectos y no a otra dependencia; de haberse respetado el trámite de Ley que acostumbraba adelantar la administración departamental, las certificaciones de la Directora de Planeación sobre viabilidad de los proyectos se habrían confeccionado con posterioridad al 24 de diciembre, pero no antes como sucedió.

Ante esta circunstancia, es claro también que los contratos se suscribieron sin este

requisito, toda vez que las certificaciones emitidas por la Directora del Departamento Administrativo de Planeación carecían de validez por la falta de los conceptos de la sectorial de educación a la cual pertenecían los proyectos.

En tales condiciones, entonces, le asiste razón a la Fiscalía cuando señala en la resolución de acusación que en el trámite y celebración de los contratos se desconoció el principio de economía por la iniciación del proceso de selección sin los estudios previos de conveniencia y oportunidad del proceso y, por la elaboración y presentación posterior a la publicación de los avisos de invitación, de los proyectos en la oficina de planeación.

Obsérvese cómo en ninguna de las expediciones de los actos administrativos relacionados, la administración departamental de Boyacá cumplió una actividad seria, sensata y ordenada, por el contrario, todo resulta ser producto de una gestión improvisada, desorganizada y sin logicidad alguna, que culminó con la celebración de los contratos 175 y 176 por parte del doctor EDGAR IGNACIO SAINA ESCOBAR.

Es así como hasta aquí, la prueba documental y testimonial recaudada revela que en la tramitación de los contratos 175 y 176 se soslayó el principio de economía que dimana del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, numerales 7 y 12, pues es evidente la inexistencia de estudios para el momento de emisión de las invitaciones, los proyectos en los cuales éstos se encontraban comprendidos, además de ser posteriores se encuentran rodeados de las anomalías atrás reseñadas.

- Del principio de transparencia

La segunda irregularidad contractual referida en la resolución de acusación como penalmente relevante, tiene que ver con el posible fraccionamiento de los objetos contractuales 175 y 176, pues dada su identidad se imponía la realización de un sólo convenio y no de dos como acaeció, circunstancia que en criterio de la Fiscalía obedeció al

ánimo de la administración de evadir la licitación que conforme al principio de transparencia (artículo 24 de la Ley 80 de 1993), constituye requisito legal esencial de la “tramitación” del contrato estatal.

En efecto, sucede que a través de la licitación se realiza otro principio fundamental en materia contractual como lo es el de transparencia, en tanto que la publicidad, inherente a este trámite, garantiza un proceso de contratación abierto, donde los aspirantes concurren en igualdad de condiciones ante la administración en busca de obtener la concesión del contrato, espacio en el cual se conocen y debaten las decisiones de ésta y en el que la selección del adjudicatario se encuentra cimentada en criterios previamente definidos, objetivos serios y ponderados, limitando así la posibilidad de escogencia por juicios subjetivos, aspectos todos que buscan hacer palpable, en la práctica, el principio de transparencia que rige la contratación estatal.

Sobre el tema del fraccionamiento de contratos, bien está precisar que se verifica cuando la administración de manera artificiosa deshace la unidad natural del objeto contractual, a fin de pactar directamente lo que en principio debió regirse por las formas propias de la licitación en atención al factor de la cuantía, práctica que indudablemente riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con el principio de transparencia y el deber de selección objetiva.

No obstante lo anterior, la valoración de tal conducta en relación con la posible configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ha dicho la Corte, supone realizar un doble ejercicio analítico dirigido a determinar: (i) si resulta predicable la unidad de objeto respecto de los contratos cuya legalidad se cuestiona, y, en caso cierto, (ii) cuáles las circunstancias que en concreto llevaron a la administración a realizar varios contratos, pues sólo de allí puede extractarse si la actuación se apoyó en criterios razonables de satisfacción del interés público, propósito al que sirve la contratación estatal, o si, en cambio, las razones esgrimidas son sólo artificiosas y dirigidas,

por ende, a soslayar las reglas contractuales debidas.<sup>38</sup>

En el caso que contrae la atención de la Sala se demostró que la menor cuantía para la contratación en la vigencia Fiscal 2002 en el departamento de Boyacá era de \$247'200.000, hasta este monto se podía contratar directamente, de ahí en adelante era obligatorio adelantar proceso licitatorio de conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que reglamenta el principio de transparencia.

En lo que atañe a los contratos cuestionados se tiene que el 175 se suscribió por la suma de \$175'712.000 y el 176 por \$179'333.000. Confrontado cada uno de estos valores con la cuantía que autorizaba a la administración departamental a contratar de manera directa se observa que están en el rango permitido.

Sin embargo, los contratos 175 y 176 presentan una serie de características que los identifican a saber:

- Ambos estaban dirigidos a la adquisición de diccionarios, enciclopedias y manuales, en fin, textos educativos para dotar de bibliotecas a las escuelas y los colegios;

- Se suscribieron en la misma fecha: 23 de diciembre de 2002;

- La imputación presupuestal es la misma: sección 05, Código 2108190201, vigencia 200239.

- Uno y otro pertenecen a proyectos de cobertura básica de educación, según los certificados de disponibilidad presupuestal, expedidos en la misma fecha: 20 de diciembre de 2002.

- En los dos se adquirieron diccionarios de la misma naturaleza: enciclopédicos; inglés y español y sinónimos y antónimos.

La mención en el contrato 175 de los “municipios de Tunja, Duitama, Sogamoso, Paipa y Chiquinquirá” respecto de las “provincias del departamento de Boyacá” a que hace alusión el contrato 176, no exterioriza diferencia alguna; cuando se examina cuáles fueron éstas, se encuentra que corresponden, indistintamente, a 119 municipios del ente territorial de los 123 que lo integran<sup>40</sup>, luego su destinación en general hacía relación a los establecimientos educativos de las circunscripciones que componen el departamento de Boyacá, diluyéndose también así, el concepto de focalización a que acudió la defensa para desvirtuar la unidad de objeto.

En relación con este último punto es importante aclarar que estos contratos se financiaron con parte del presupuesto de las regalías - Artículo 13 Ley 756 de 2002- y no del Sistema General de Participaciones - Ley 715 de diciembre 21 de 2001<sup>41</sup>- del cual no hacen parte aquéllas.

Los recursos correspondían al sector educación y estaban destinados, como bien lo apuntó el defensor del doctor SAINA, a mejorar la calidad educativa de los establecimientos educativos que pertenecían a las áreas más pobres; empero en esta finalidad el aspecto geográfico, los estratos, o la clase de zonas no autorizaban la divisibilidad del objeto, estos criterios surgen ahora como excusas de los procesos seleccionados pero no de la realidad, demostrativa de que en la distribución de los susodichos recursos estaban involucrados todos los municipios de Boyacá con independencia de la escuela o concentración seleccionada; de allí la presencia de un solo rubro presupuestal.

Sumadas entonces las cuantías de los contratos -\$175'712.000 y \$179'333.000- fácil resulta advertir que excedía - \$355'045.000- el límite máximo

para contratar directamente, pues se itera, la menor cuantía establecida para el departamento de Boyacá en la vigencia Fiscal 2002 era de \$247'200.000.

Ni en la etapa de la investigación ni en el juicio los procesados aceptaron la existencia del fraccionamiento, tanto MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ como EDGAR IGNACIO SAINEA han aducido que se trataba de contrataciones diferentes, tenían objetos disímiles, bien por su destinación ora por la naturaleza de los textos, último aspecto en torno del cual el primero acotó, por tratarse de enciclopedias y obras literarias científicas con derechos de autor, era imposible hablar de distribución.

En cuanto a su destino, ha quedado despejado que los materiales educativos estaban dirigidos a satisfacer necesidades de establecimientos educativos de los diferentes municipios del departamento de Boyacá. Frente a las clases de textos, debe decirse que en ellos no existe diferencia alguna, todos eran obras especializadas respecto de las cuales ya se determinó la equivalencia en algunos de sus ítems, puntos que precisamente ayudan a asegurar que el tipo de procedimiento a acometer era la licitación.

La tesis expuesta por el procesado MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ en la vista pública, en el sentido que la Ley 80 de 1993 no tipifica la figura del fraccionamiento como sí lo hacía el decreto 222 de 1983 carece de asidero legal; si bien es cierto ésta no aparece mencionada en su contenido, no lo es menos que sí impone al servidor público director de la contratación, el deber de acatar un procedimiento según el objeto o cuantía para la selección del contratista, lo que comporta que tal requisito no pueda eludirse para acudir artificiosamente a la contratación directa, dividiendo en dos lo que en esencia es solo uno.

Tampoco es cierto que el fraccionamiento exija como requisito la identidad en el contratista, sin ella puede estructurarse. Ahora, si se presenta esta situación, rodeada

de las condiciones arriba indicadas, es solo otra señal que ayuda a visualizarlo, convirtiéndose así la teoría del doctor BERMÚDEZ en un sofisma de distracción, pues con ausencia de ese aspecto alcanza a advertirse la división, tal y como se dilucidó en los acápites anteriores.

No es verdad que los proyectos determinaron la vía por la cual se adelantaron los contratos, como lo sostiene el defensor del doctor BERMUDEZ. Olvidó el letrado que el procedimiento emergió de las invitaciones en tanto los proyectos surgieron como consecuencia de éstas; lo lógico si hubiera sido ese orden que concuerda además con el relato de la Directora de Servicios Administrativo de esa época, quien señaló que a finales del año 2002 la contratación se congestionó porque “no hubo proyectos viabilizados, o sea se empezó a pedir los proyectos para poder llevar a cabo la respectiva contratación, porque el proyecto es el que nos dice si existe la necesidad y la posibilidad de ser financiado con recursos del departamento”.<sup>42</sup>.

Por consiguiente, establecida la unidad de objeto en relación con cada uno de los convenios, y determinado como se tiene que no fueron criterios razonables los fundamentos de su separación, es obvia la transgresión del principio de transparencia.

- Del deber de selección objetiva

Otra infracción detectada por la Fiscalía, tiene que ver con la ausencia de los términos de referencia como factor que incidió negativamente en la escogencia objetiva de los contratistas, dentro del marco de la contratación directa y no de la licitación como lo entendió el defensor del doctor SAINEA, ya que si bien es cierto la acusación mencionó indiscriminadamente las consecuencias acarreadas con la omisión del proceso licitatorio, no lo es menos que este requisito sí hace parte de esta modalidad de contratación.

En efecto, se encuentra acreditado que MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR acató la solemnidad requerida por los incisos 2 y 5º del artículo 3º del Decreto 855 de 1994

vigente en esa época<sup>43</sup>, para este tipo de contratación directa en virtud de la cuantía, consistentes en invitar públicamente a presentar propuesta a través de un aviso colocado en un lugar visible de la entidad por un término no menor de dos días y dar una información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago y términos para su presentación.

El cumplimiento de un acto de esta naturaleza, sin embargo, no autoriza al servidor público a prescindir de la restante normatividad que le impone establecer unos criterios mínimos de selección a tener en cuenta para el momento de escoger contratista.

En otros términos, la consagración por parte del legislador de una modalidad del contrato conocida comúnmente como de menor cuantía, diferente a la licitación, no representa la renuncia al cumplimiento de los fundamentos que rigen la contratación estatal; por el contrario, éstos continúan siendo la columna vertebral de esta actividad por mandato constitucional, como se desprende de la lectura de los artículos 2 del Decreto 855 de 1994; 23, 24-5 y 29 de la Ley 80 de 1993, que guardan concordancia con el artículo 209 del ordenamiento superior.

Estas manifestaciones no son nuevas, proceden de la misma exposición de motivos que el Gobierno Nacional acompañó al proyecto que se convirtió en la Ley 80 de 1993, donde se señaló:

“Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia



del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.” – resaltado fuera de texto-

Por tanto, en aras de garantizar un procedimiento justo y acorde con los fines de la función administrativa el mandatario seccional estaba obligado a indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección y a definir unas directrices de igual naturaleza, claras y completas que permitieran la confección de ofrecimientos de la misma índole en pro de escoger al contratista que brindara las mejores garantías para el interés general.

Sin embargo, en las convocatorias que rigieron el procedimiento de selección de los contratistas estos términos estuvieron ausentes; la única información contenida en ellas fue el nombre de los libros, la fecha límite de presentación de las ofertas, el monto de la disponibilidad presupuestal – que para esa fecha no existía ni fue por ese valor- y la forma de pago. Nada se dijo acerca de las condiciones mínimas que debían reunir los oferentes, ni sobre las calidades de los libros; tampoco se mencionaron los requisitos que acompañarían las propuestas, ni los factores de evaluación que tendría en cuenta la administración a la hora de escoger al contratista.

En este contexto se presentaron ofrecimientos que simplemente relacionaban los libros y los precios, acompañadas del registro mercantil de la Cámara de Comercio donde se informaba, por ejemplo, que Julia del Carmen Rubiano había renovado su firma Promover Futuro hasta el 20 de diciembre de 2002<sup>44</sup> a partir del año 2000, registrando una actividad comercial de ventas al por menor; circunstancia última reproducida en el caso de Freddy Tyrone Hernández con la empresa Comercializadora Tyrone, personas finalmente favorecidas con la adjudicación de contratos que comprendían el suministro de libros en cantidades considerables con precios entre los 175 y 179 millones de pesos.

Esta sola confrontación permite inferir que el proceso de selección careció de la seriedad que la Ley exige para proteger el patrimonio público y el interés general, pues no se entiende cómo la administración ante su intención de adquirir 1647 libros – 576 para el contrato 175 y 1071 para el contrato 176-, contrate con personas cuya actividad comercial era la venta minoritaria de libros, y con un aditamento especial: no acreditaron estar en posibilidades de cumplir con el objeto contractual.

Agréguese, que no existe prueba documental o testimonial que reseñe los elementos de juicio que tuvo en cuenta el ente territorial para calificar las propuestas formuladas por las personas que respondieron a su invitación a contratar y, la verdad, es que tampoco propició herramientas para hacerlo, pues como puede verse, esta labor requiere de un mínimo conocimiento conceptual respecto al tema que involucra la negociación, punto sobre el cual no se hizo análisis alguno.

En tales condiciones, se desconoce qué requisitos legales verificó el doctor EDGAR IGNACIO SAINA en cuanto a la selección de los contratistas en el momento de firmar los contratos 175 y 176, cuando, visto está, no existía documento alguno que respaldara la adjudicación de los mismos a Julia de Carmen Rubiano y Freddy Tyrone Hernández, respectivamente.

Estas falencias dieron vía libre a las demás anomalías que puso de presente la Fiscalía, como aquella referida a los vínculos de índole marital que existían entre los proponentes inscritos para ambos procesos, y que les permitió obtener la adjudicación de los contratos.

En efecto, se estableció que Ricardo Sánchez Olarte, representante de la firma Promover Distribuciones y Julia del Carmen Rubiano, gerente de Promover Futuro, eran esposos.

Del mismo modo se constató que Fredy Tyrone Hernández de Comercializadora Tyrone y Martha Cecilia Fonseca de Comercializadora Marce, vivían en unión libre y tenían una hija.

Revisadas además las cotizaciones presentadas por cada uno de ellos en los correspondientes procesos, se halla también que los valores fijados estaban destinados a que se escogiera en el contrato 175 a la firma comercializadora Tyrone y en el 176 a la empresa Promover Futuro, por corresponder a las ofertas más bajas, único criterio, en definitiva, con el cual contaba la administración para hacer la elección.

Fue en este entorno como se llevó a cabo el proceso de selección, que más parece haber sido manejado por los oferentes que por la gobernación, pues finalmente ellos establecieron unas reglas de juego perfiladas a obtener la adjudicación de los contratos, como en efecto sucedió, reseñándose así un procedimiento de selección completamente apartado de los parámetros legales.

-Los precios de mercado

Este tema, tratado directamente en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994 como elemento primordial de la contratación directa, se encuentra vinculado abiertamente con el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 -deber de selección objetiva- como un componente de análisis para la escogencia del ofrecimiento más favorable y, con los artículos 25 -principio de economía- y 24 -principio de transparencia - en la medida que imponen la obligación de elaborar estudios previos, determinantes para el proceso de selección, circunstancias que hacen del estudio de los precios del mercado un requisito esencial en la contratación estatal.

En el presente proceso, a través de las declaraciones rendidas por los diferentes

representantes de las editoriales encargadas de emitir gran parte de los textos adquiridos por la gobernación de Boyacá, se conoció que el mercado de estos manuales se maneja a través de los placistas, figura según la cual las casas editoras venden sus obras a los distribuidores mayoristas con un descuento que oscila entre el 80 y 70% respecto del precio de venta al público, quienes a su vez se encargan de venderlas a un tercero, que puede ser otro distribuidor menor o directamente el destinatario final.

En el trámite de los contratos 175 y 176 del 23 de diciembre de 2002, cuya naturaleza era el suministro y compraventa de libros especializados, es evidente que la administración no consultó con las editoriales para establecer cuáles eran los costos de esas específicas obras y quiénes podían proveerlas; si bien tuvo acceso a los precios de venta al público no fue en el ejercicio de la actividad contractual que le imponía realizar un análisis del tema; de hecho, basta leer las diligencias de indagatoria y declaración de Leonor Valderrama de González, funcionaria de la Secretaría de Educación, para conocer que obtuvo esta información del Departamento Administrativo de Planeación<sup>45</sup>, que tampoco adelantó labor diferente a su consecución, evidenciándose así, la falta de acción de esas dependencias en cuanto al análisis de las condiciones del mercado.

Tal proceder ignora lo dispuesto en el inciso final del artículo 3º del Decreto 855 de 1994 y el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 que imponen al administrador la obligación de consultar los precios o condiciones del mercado y los estudios y evaluaciones realizados para el efecto.

Si la administración hubiera cumplido con este compromiso legal habría advertido en las invitaciones que los sujetos llamados a presentar propuestas eran los distribuidores directos de las editoriales, empresas mayoristas del nivel de Maxilibros o Librería y Papelería Corsi, las cuales ante el negocio planteado por la gobernación y atendiendo sus políticas de ventas, habrían realizado ofrecimientos favorables con descuentos como los concedidos a Fredy Tyrone Hernández y Carmen Julia Rubiano, o similares a los

referidos por Ana Argelia Olivares en la contratación que hizo con el Ministerio del Interior; nunca son los precios del público en general, por antonomasia los de los contratos 175 y 176, los cuales se encuentran incrementados en razón al sistema de pago adoptado, esto es plazos de 10 a 12 meses, según lo explicaron durante su intervención en el juicio los declarantes David Matoses, representante legal de la editorial Planeta y Ricardo Valderrama Jefe de Cartera de la editorial Océano.

Consecuentemente, si como se ha puntualizado con antelación, la administración compró las enciclopedias, diccionarios y manuales sin realizar un estudio de las condiciones de los precios del mercado, es evidente entonces la inobservancia de este requisito esencial dirigido a proteger el erario y de contera el interés general.

Así las cosas puede concluirse y afirmarse sin duda alguna que en el trámite y en la celebración de los contratos 175 y 176 cuyos objetos era el suministro de enciclopedias, diccionarios y manuales para dotar de bibliotecas a los establecimientos educativos de los municipios de Boyacá, los doctores MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCAR, en su orden, no observaron ni verificaron los siguientes requisitos legales esenciales:

i) el principio de economía concretado en la ausencia de estudios previos que soportaran el inicio de los procesos de selección del contratista y la conveniencia del objeto a contratar; ii) el principio de transparencia por no acudir a la selección del contratista a través de la licitación, iii) el deber de selección objetiva fundado en la falta de definición en las convocatorias de directrices claras que permitieran realizar una correcta elección del contratista y iv) el desconocimiento de los precios del mercado por la ausencia de una actividad dirigida a determinarlos.

Ahora, si la etapa precontractual de los negocios jurídicos 175 y 176 fue amañada en cuanto no cumplió con la sucesión lógica que debe tener este tipo de procedimientos de

conformidad con la Ley y decretos reglamentarios, y consecuentemente se pretermitió la verificación de estos requisitos, es claro que los supuestos fácticos se adecuan a la conducta punible descrita en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 nominada contrato sin cumplimiento de requisitos legales, atribuible a MIGUEL ANGEL BERMUDEZ y EDGAR IGNACIO SAINEA, el primero por el trámite y el segundo por la celebración.

-En cuanto hace al aspecto subjetivo del tipo concretado en la realización dolosa de la conducta prohibida, aparece también acreditado, en grado de certeza, que los quebrantamientos atrás referidos fueron aspectos conocidos y queridos por los aforados.

En efecto, se extracta del material documental y testimonial acopiado, que a raíz del reintegro del doctor BERMUDEZ ESCOBAR a sus funciones como gobernador en el mes de agosto de 2002 y de las adiciones efectuadas al presupuesto del departamento con recursos de regalías, de los cuales una parte considerable se trasladó al sector educación, en aras de cumplir con el plan de desarrollo “El Renacer de Boyacá Nuestro Mayor Compromiso”, el mandatario impartió la orden contundente a sus colaboradores inmediatos de prestar colaboración y agilidad en los trámites administrativos con el objeto de cumplir en esos últimos meses con toda la contratación departamental<sup>46</sup>.

Según da cuenta la prueba testimonial, en la administración departamental todos eran conocedores de la intención que tenía MIGUEL ANGEL BERMUDEZ de ejecutar el presupuesto, propósito que parece se logró con la firma en el mes de diciembre de 400 contratos tramitados en un tiempo record de tres meses, contados a partir del momento en que asumió nuevamente sus funciones.

En este sentido el propio MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ relató: “ Yo impartí la orden perentoria porque si de algo me caracterizo yo es de dar órdenes y no de ser títere de los políticos como se acostumbraba anteriormente, a mis secretarios fue de la que no

quedara un solo peso sin ejecutar, es decir que el departamento de Boyacá en mi mandato debía ser calificado como ejecutor del 100% de los recursos disponibles, que no quería ver un solo peso devuelto a la nación.. , eso desde luego pues batió un record en contrataciones que mis enemigos del diario Boyacá Siete Días titularon a ocho columnas, “Feria de contratación en la gobernación de Boyacá”<sup>47</sup>; atestaciones que reiteró en la vista pública.

Y la orden dada por el gobernador MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR consistente en agilizar los trámites administrativos, la aplicó directamente él cuando firmó el martes 17 de diciembre de 2002 las dos invitaciones a suministrar las enciclopedias y diccionarios a sabiendas de que no contaba con estudio ni trámite previo alguno que respaldara el inicio de los procesos de selección de los contratistas, pues recuérdese que el registro de los proyectos que contenían los programas a ejecutar a través de los contratos 175 y 176, se produjo tres días después.

Fueron entonces, las firmas apresuradas de las invitaciones, las que impidieron adelantar un serio trámite precontractual que debió iniciar con el estudio de las necesidades que pretendía satisfacer el departamento en materia de dotación de bibliotecas para el sector educación y no con los procesos de selección, arrasando así MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ, los principios de la contratación pública contemplados en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 855 de 1994.

La propia Directora de Servicios Administrativos, Magda Fabiola Becerra Urrea reveló que las invitaciones habían sido hechas directamente por el gobernador, a quien coadyuvó con la fijación y desfijación de las invitaciones, dicho que se entrelaza con las manifestaciones del procesado EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR en el sentido que los contratos provinieron de la iniciativa propia y expresa del gobernador MIGUEL ÁNGEL

BERMUDEZ quien suscribió las convocatorias.

Luego en ese confesado propósito de agotar los recursos departamentales para evitar su devolución al tesoro nacional y cumplir con su plan de gobierno contenido en el plan de desarrollo, MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR lideró como representante legal de la gobernación de Boyacá la improvisación de los contratos 175 y 176, sacrificando el mandato constitucional, según el cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

Y en esta labor lo cohonestó EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, cuando en su calidad de gobernador encargado de las funciones celebró el 23 de diciembre de 2002 los contratos 175 y 176 sin verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales.

El intento defensivo de EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR de excusar su responsabilidad en el delito, sugiriendo que fueron otros los encargados de adelantar y revisar los trámites de los contratos sometidos a su firma, carece por completo de éxito, pues de tiempo atrás venía desempeñándose como Secretario General Delegado para la contratación, conector, por tanto, de las directrices de su jefe, a quien apoyó en su interés de cumplir con el plan de desarrollo y ejecutar el presupuesto.

Las precedentes consideraciones llevan a la Sala a concluir que se encuentran acreditadas suficientemente, en grado de certeza, tanto la materialidad de las conductas por las cuales fueron convocados a juicio los doctores MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR, como su responsabilidad en calidad de coautores del referido comportamiento, en concurso homogéneo, lo cual impone proferir sentencia condenatoria.

-Cuestiones adicionales



-Anejo a estas irregularidades, la Fiscalía cuestionó la ausencia de los certificados de disponibilidad presupuestal para el momento de suscripción de las invitaciones -17 de diciembre de 2002- pues aquéllos fueron expedidos tres días después, esto es, el 20 de diciembre.

Pues bien, en relación con el certificado de disponibilidad presupuestal, el artículo 19 del Decreto 568 de 1996, dice que es el documento en virtud del cual el jefe de presupuesto o quien haga sus veces, garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos.

Este documento, agrega la norma, afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal.

A su turno, el artículo 20 idem, hace referencia al registro presupuestal para explicar que es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando de esta manera su no desviación hacia otro fin.

En concordancia con estas disposiciones, el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que desarrolla el principio de economía, prescribe que “las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales” (Subraya la Corte).

De igual modo, el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 preceptúa:

“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los

recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

“En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien este delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos de crédito autorizados”.

Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones.”

Siguiendo los lineamientos de las normas en cita, es claro que el propósito de la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal es garantizar la existencia de recursos para la asunción de obligaciones patrimoniales por parte de las entidades estatales; estos mandatos emanan del artículo 345 del ordenamiento superior, según el cual, no se podrá incorporar al presupuesto gasto alguno que no haya sido decretado por el respectivo cuerpo de elección popular. En otras palabras, no podrán hacerse erogaciones que no estén autorizadas en el presupuesto de gastos.

En el caso en estudio es clara la existencia de la partida presupuestal, habida cuenta que mediante el Decreto 2024 del 23 de septiembre de 2002 el gobernador, autorizado debidamente por la Asamblea, efectuó traslados de recursos de regalías adicionando y apropiando en \$1.372.546.000 el sector Educación. Con estos recursos se acreditó la adquisición de los bienes definidos en los objetos de los contratos aquí analizados, según dan cuenta los informes de policía judicial que establecen esta operación.

Si bien es cierto para el 17 de diciembre los certificados aún no habían sido expedidos, no lo es menos que la partida presupuestal si existía y que, sus creaciones - 20 de diciembre de 2002- anteriores a la suscripción de los contratos, -23 de diciembre-, respaldaron los compromisos adquiridos por la administración, propósito final de las disposiciones mencionadas.

En tales condiciones, advierte la Sala que no obstante haberse prescindido del requisito del certificado para el momento en que se emitió cada una de las invitaciones, éste sí soportó la celebración de uno y otro contrato, motivo por el cual no alcanza a configurarse la reclamada vulneración, pues el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 en su redacción, demanda la existencia de la partida presupuestal “o” disponibilidad para la apertura de la licitación y proceso de suscripción de los acuerdos, aspectos que, como se han demostrado, se cumplieron, así no hubiera sido de la manera más ortodoxa.

-Como se refirió en el primer párrafo donde se analizó el deber de selección objetiva, la resolución de acusación relacionó otra serie de irregularidades que desencadenaron precisamente de la omisión del procedimiento de licitación, la cual una vez establecida, no merecen ser objeto de análisis por sustracción de materia.

Tal es el caso de la resolución de adjudicación del contrato, propia del proceso licitatorio, -Art- 30-11 de la Ley 80 de 1993-, del acto administrativo que ordena la apertura del proceso contractual - art- 30-148; de los pliegos de condiciones - art. 30- y de los informes de evaluación de las propuestas -art. 30-8- , entre otros.

-En cuanto a la designación de la doctora Edna Jannet Molano Riveros como interventora de los contratos por parte del doctor SAINA el 10 de enero de 2003, es importante destacar que para esa época éste no fungía como Gobernador encargado, por ende la Sala carece de competencia para emitir cualquier juicio relacionado con un compromiso

penal.

-La Corte se ocupará a continuación de analizar si conforme lo indica la acusación, se ha concretado también el delito de peculado por apropiación agravado y si tal hecho puede atribuirse a los procesados.

En términos del artículo 397 de la Ley 599 de 2000 comete este ilícito

“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”

Sobre este tipo penal en particular, la Sala ha señalado que la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.

Atendiendo esos lineamientos, debe precisarse que en el caso de los contratos 175 y 176 de 2002 se reúnen, respecto de los dos procesados, los supuestos para la realización

del tipo objetivo consistente en ostentar la calidad de servidores públicos y tener, en razón de las funciones asignadas, la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes del Estado.

En efecto como ya se indicó en el expediente obran las correspondientes pruebas documentales en torno al ejercicio del cargo para la fecha de suscripción de las invitaciones y de los contratos.

En relación con los negocios jurídicos, la Fiscalía predicó la ocurrencia del delito de peculado por apropiación, segundo inciso, en beneficio de terceros, aduciendo la existencia de sobre costos, soportados en los informes de policía judicial<sup>49</sup> que delataron los precios a los cuales los contratistas adquirieron los textos objeto de los contratos 175 y 176.

Fue así como en el contrato 175, suscrito por un valor de \$175'712.000 se determinó su costo real en \$42'880.000. Respecto al acuerdo 176 cuyo valor ascendió a 179'333.000, pudo constatarse su precio en \$46'034.000.

Apoyados en cotizaciones solicitadas a las diferentes editoriales, las facturas elaboradas a los contratistas y los gastos en que éstos incurrieron, los investigadores lograron establecer el porcentaje de intermediación entre las empresas que suministraron los libros hasta llegar a los contratistas, determinando los siguientes sobre costos:

Contrato 175 del 23 de diciembre de 2002

|       |               |               |
|-------|---------------|---------------|
| Valor | del contrato: | \$175'712.000 |
|-------|---------------|---------------|

|       |                     |            |
|-------|---------------------|------------|
| Valor | real de los libros: | 42'880.000 |
|-------|---------------------|------------|

|                                 |           |
|---------------------------------|-----------|
| Gastos adicionales del contrato | 8'292.235 |
|---------------------------------|-----------|

Discriminados así:

|                           |         |
|---------------------------|---------|
| Publicación del contrato: | 577.600 |
|---------------------------|---------|

|                     |           |
|---------------------|-----------|
| Impuestos de timbre | 1'317.840 |
|---------------------|-----------|

|                             |           |
|-----------------------------|-----------|
| Descuentos coldeportes-ICBF | 5'271.630 |
|-----------------------------|-----------|

|                    |         |
|--------------------|---------|
| Valor de la póliza | 793.406 |
|--------------------|---------|

|                           |         |
|---------------------------|---------|
| Transporte Bogotá - Tunja | 625.000 |
|---------------------------|---------|

|                             |              |
|-----------------------------|--------------|
| Utilidad intermediación 51% | \$21'868.800 |
|-----------------------------|--------------|

Total gastos  
\$73'041.035

Diferencia entre el valor del contrato y

|                                   |               |
|-----------------------------------|---------------|
| el total de gastos, constitutivos | \$102'670.963 |
|-----------------------------------|---------------|

de sobre costos

Contrato 176 del 23 de diciembre de 2002

|                     |               |
|---------------------|---------------|
| Valor del contrato: | \$179'333.000 |
|---------------------|---------------|

|                           |            |
|---------------------------|------------|
| Valor real de los libros: | 46'034.000 |
|---------------------------|------------|

|                                 |           |
|---------------------------------|-----------|
| Gastos adicionales del contrato | 8'637.232 |
|---------------------------------|-----------|

Discriminados así:

|             |                    |              |
|-------------|--------------------|--------------|
| Publicación | del contrato:      | 577.600      |
| Impuestos   | de timbre          | 1'344.997    |
| Descuentos  | coldeportes-ICBF   | 5'280.000    |
| Valor       | de la póliza       | 809.634      |
| Transporte  | Bogotá - Tunja     | 625.000      |
| Utilidad    | intermediación 51% | \$23'477.340 |
| Total       | gastos             | \$78'148.572 |

Diferencia entre el valor del contrato y

|                                      |               |
|--------------------------------------|---------------|
| El total de gastos, constitutivos de | \$101'184.428 |
|--------------------------------------|---------------|

sobre costos.

No cabe duda, entonces, de los evidentes sobre costos reportados en estos contratos y, aún cuando los defensores y el procesado MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ formularon en sus alegatos reparos al contenido de este documento encaminados a que sea desestimado como referencia de los sobreprecios imputados por la Fiscalía, es lo cierto que los testimonios de los representantes de las editoriales confirman las apreciaciones consignadas en el informe, a partir de los descuentos que obtienen los distribuidores mayoristas, los cuales les permiten fijar a su albedrío finalmente, los precios de las obras ante el rango de movilidad de que gozan para realizar sus transacciones comerciales.

Con fundamento en los precios manejados por los distribuidores mayoristas, Fredy Tyrone Hernández adquirió las obras objeto del contrato 175 en \$42'880.000, y Julia del Carmen Rubiano, favorecida con el contrato 176 en \$46.034.000

Reconocer entonces una ganancia del 51% respecto de estos montos, a los cuales se les sumaron los gastos en que incurrieron los contratistas por ejecutar los contratos -comprar y transportar-, constituye una utilidad más que aceptable en el campo de los negocios, pues la Sala no puede prohiar la teoría del doctor BERMUDEZ encaminada a validar lucros lesivos para el Estado, cuando además la administración se encontraba en condiciones de economizar el reconocimiento de este porcentaje, en tanto no tenía necesidad de contratar con intermediarios.

Del mismo modo, la Sala no admite la tesis según la cual, eran los precios del público los llamados a regir los procesos contractuales, pues acreditado se encuentra que esos costos están vinculados con un sistema de pago caracterizado por el crédito a largo plazo, modalidad que no escogió la administración, en tanto los contratos previeron el pago de un anticipo del 50% a la suscripción y, el restante en un lapso condicionado a la entrega y presentación de una cuenta de cobro, convirtiéndolos así en negocios de contado.

Por tanto, a la administración le correspondía acudir al mercado de los distribuidores mayoristas quienes por causa de los descuentos obtenidos de las editoriales, tenían un mayor margen de movilidad en la fijación del precio de las obras, lo cual, como es apenas obvio, redundaba en beneficio de la contratación.

La actuación de MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ desencadenó todo un procedimiento irregular, avalado finalmente por EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR al suscribir los negocios jurídicos; no puede obviar la Corte que fue a partir de unas invitaciones emitidas en circunstancias irregulares como se dio inicio a unos trámites que



soslayaron los requisitos esenciales de la contratación administrativa y que culminó con la celebración de acuerdos lesivos para el patrimonio público, en tanto significó hacer erogaciones por encima de los doscientos millones, superiores a aquéllos que habría debido asumir si hubiera respetado los principios que rigen la contratación estatal.

Como se trataba de una contratación improvisada, cuyo único objetivo era agotar el presupuesto y no reintegrar un solo peso al tesoro nacional, la administración no solicitó cotizaciones, no advirtió la presencia de los distribuidores que para el caso eran las librerías, y salió a comprar 1647 obras a precios al detal y con una modalidad de pago a plazos.

En aras de cumplir con este propósito, el doctor EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR contrató con quienes ni siquiera tenían capacidad para ejecutar los pactos, en tanto carecían del volumen de obras requeridos, al punto que debieron acudir, ellos sí, a los intermediarios mayoritarios.

Recuérdese que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección es del jefe o representante de la entidad estatal, papel éste ejercido por cada uno de los procesados, respecto a los actos motivo de reproche.

Es evidente, entonces, que la conducta de MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR junto la acción de EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR son concausa del delito de peculado por apropiación agravado.

Es un hecho verídico, que para el momento de la suscripción de las invitaciones por parte del doctor BERMÚDEZ no existían estudios de mercado dirigidos a respaldar la inversión de 180 millones de pesos de que daba cuenta cada una de ellas; esta actuación derivó finalmente en la celebración de los contratos por parte del doctor EDGAR IGNACIO SAINEA, mírese como uno y otro coadyuvaron a la

apropiación de recursos en manos de los contratistas, en perjuicio de los intereses del ente departamental, más específicamente del sector educación, movidos únicamente por el interés egoísta de querer mostrar a toda costa, y a través de la ejecución total del presupuesto la culminación del programa de gobierno, con independencia del cumplimiento de los postulados constitucionales.

De conformidad, entonces, con lo anteladamente expuesto, estima la Sala que se ha acreditado suficientemente en grado de certeza la materialidad de los delitos de peculado por apropiación, cometidos en concurso y predicados en relación con los contratos 175 y 176, por los cuales la Fiscalía acusó a los doctores MIGUEL ÁNGEL BERMUDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINIA en calidad de autores materiales, lo cual impone proferir en su contra sentencia condenatoria.

En cuanto al fallo proferido por la Dirección Operativa de la Contraloría General de Boyacá el 19 de mayo de 2008<sup>50</sup>, según el cual, los doctores MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ y EDGAR IGNACIO SAINIA no realizaron gestión fiscal irregular, sólo puede decirse que esta decisión<sup>51</sup> soportada en criterios técnicos y operativos, no le restó contundencia a la prueba documental y testimonial aquí valorada.

Determinación de las consecuencias jurídicas de la conducta punible:

Reunidos los presupuestos sustanciales que el artículo 232 del estatuto procesal exige para proferir sentencia condenatoria contra los ex Gobernadores MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINIA ESCOBAR, procede la Sala a señalar las consecuencias jurídicas que a dichas conductas corresponden.

1-Determinación de la punibilidad

La condena se proferirá por el concurso heterogéneo de los ilícitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, cometidos a su vez, cada

uno de ellos en concurso homogéneo. Entonces, para dar aplicación al artículo 31 de la Ley 599 de 2000, la Sala procederá a tasar la pena para el primer ilícito; en concurso, seguidamente se ocupará del delito de peculado por apropiación, y finalmente valorará el concurso homogéneo y heterogéneo e impondrá la sanción definitiva que deben purgar cada uno de los aforados.

- Del delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

De acuerdo con el artículo 410 del C.P., la pena para este ilícito se extiende de 4 a 12 años de prisión, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a doce años.

El ámbito punitivo de movilidad para este delito está conformado por un primer cuarto comprendido entre 48 y 72 meses de prisión y multa de 50 a 87 y medio salarios mínimos mensuales legales; dos cuartos medios que van de 72 meses a 120 meses de prisión y multa de 87 y medio hasta 162.5 salarios mínimos legales mensuales; y un cuarto último que va hasta 144 meses de prisión y multa de 200 salarios mínimos legales mensuales.

Conforme al artículo 60 ibídem, el ámbito punitivo de movilidad es el comprendido en el cuarto mínimo, esto es, entre 48 y 72 meses o entre 4 y 6 años de prisión y multa entre 50 y 87 y medio salarios mínimos legales mensuales, por no haber sido deducida en la resolución de acusación circunstancia alguna de mayor punibilidad.

Atendiendo el texto del inciso 3º del artículo 61 del código punitivo, resulta incontrovertible la gravedad de la conducta agotada por los procesados, en tanto la administración departamental a través de su actividad primordial fue utilizada como herramienta para la satisfacción de intereses particulares, motivo suficiente para incrementar el mínimo en 1 año, o lo que es lo mismo, 12 meses de prisión, arrojando

como resultado una pena definitiva de 5 años.

En lo que toca con la multa, ésta oscila entre 50 y 87 y medio salarios mínimos legales mensuales, los cuales corresponden, según el salario mínimo vigente para el año 2002 -\$309.000-, en un rango de \$15.450.000 y \$26'883.000.

Ubicados en este cuarto, se impondrá una pena de multa de 60 salarios mínimos, es decir \$18'540.000 por las mismas razones esbozadas respecto de la sanción aflictiva de la libertad.

Del ilícito de Peculado por apropiación

En relación con este delito es importante aclarar que lo integran la sumatoria de los sobre costos que generaron los contratos 175 - 102'670.965- y 176 - \$101'184.428- de 2002, los cuales arrojan un resultado de \$203'855.391.

Contempla el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 una pena de prisión entre seis (6) y quince (15) años y una multa equivalente al valor de lo apropiado e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En el presente caso y dado que para el año 2002 el salario mínimo mensual vigente era de \$309.000, las sanciones a tener en cuenta son las previstas en el inciso 2º del artículo 397 como lo indicó la Fiscalía, en razón a que lo apropiado supera el equivalente a 200 salarios de ese año que eran \$61'800.000, por lo que la pena se aumenta hasta en la mitad.

Este incremento modifica los límites punitivos de la pena de prisión, hasta derivar en un nuevo marco que va desde 6 años, hasta 22 años y 6 meses de prisión, o lo que es igual, entre 72 y 270 meses.

Allí se genera un ámbito de movilidad punitiva de 198 meses, que arranca en 49 meses y 15 días para cada cuarto dividido así: un primer cuarto que va desde 72 meses hasta 121 meses y 15 días; dos cuartos medios que oscilan entre 121 meses y 15 días y 220 meses y 15 días y un cuarto último que va desde 220 meses y 15 días hasta 270 meses

La Sala debe ubicarse en el primero de los cuartos propuestos, esto es, entre 72 meses y 121 meses y 15 días de prisión, como quiera que no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad.

Atendiendo el texto del inciso 3º del artículo 61 del código represor resulta incontrovertible la gravedad de la conducta agotada por los procesados, como quiera que con su proceder afectaron el presupuesto de inversión social destinado para el sector educación, pues impidieron que esos recursos llegaran a la comunidad estudiantil carente de medios económicos, sacrificando así el interés general implícito en la función pública, razón suficiente para incrementar el mínimo imponible en 12 meses, decretándose en disfavor del procesado una pena de 84 meses de prisión o lo que es lo mismo 7 años.

La multa de conformidad con la norma se fija en el valor de lo apropiado respecto del contrato 175, esto es \$102'670.965.

Conforme se dejó anotado, ha de recordarse que para dosificar la pena en el concurso de conductas punibles se debe concretar individualmente cada una de ellas, seleccionándose como base aquella que corresponda a la más drástica, agotándose tal procedimiento con el ejercicio acabado de realizar, precisándose que el de mayor pena es la del delito de peculado, cuya sanción se individualizó en siete (7) años de prisión.

Al guarismo anterior se le sumarán cuatro (4) años por los delitos concursantes, esto es, un peculado por apropiación (por el que corresponden dos (2) años) y por los dos delitos referidos a los contratos sin cumplimiento de requisitos legales, (por el cual se determina un año para cada uno de ellos), obteniéndose así, un total de once (11) años de prisión como sanción privativa de libertad a imponer.

Ahora, en relación con la pena de multa se tiene que de conformidad con el artículo 39 numeral 4º de la Ley 599 de 2000, en los eventos de concurso, aquella se tasa sumándolas, con la sola limitante de no superar los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que en este caso equivaldría a \$15.450'000.000 para el año 2002.

Hasta el momento se ha dicho que por el delito de peculado por apropiación respecto del contrato 175 corresponde \$102'670.965; y acerca del contrato sin cumplimiento de requisitos legales se fijó la multa en \$18'540.000; a estos guarismos, siguiendo los lineamientos del artículo 39 citado se le incrementa el valor de lo apropiado en el contrato 176, es decir, \$101'184.428, más el valor establecido en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es decir por el concursante, \$18'540.000; operación que para el caso presente arroja un total, entonces, de 240'935.393, suma a la que se condenará a cada uno de los procesados.

Por último, la Corte se abstiene de delimitar la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y registrada como principal para ambos delitos, dado que el tipo penal del peculado por apropiación representa detrimento patrimonial para el Estado y, en consecuencia, sujeta a la sanción constitucional establecida en el inciso 5º del artículo 122 de la [Constitución Política](#) Colombiana, es decir, como ya lo han dejado sentado la Corte Constitucional y esta Corporación, la sanción en comento opera a perpetuidad.

## 2- Determinación de la responsabilidad civil:

Según el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta investigada, el funcionario condenará al responsable al pago de los daños ocasionados con el delito.

Dicha norma también dispone que no haya lugar a condena de tal naturaleza cuando se establezca que el perjudicado ha promovido de manera independiente la acción civil.

También se señala que el fallo debe contener el pronunciamiento sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

En el presente proceso se constituyeron como partes civiles el Departamento de Boyacá y la Contraloría General de la República, quienes al unísono solicitaron condenar en perjuicios a los procesados por el valor de los sobre costos de los contratos 175 y 176 del 23 de diciembre de 2002, determinados en \$203'855.391.

Como es palmario que en el caso del comportamiento delictual del peculado por apropiación se ocasionó menoscabo económico a la administración departamental de Boyacá, la Sala condenará solidariamente a los procesados a pagar a la tesorería de la gobernación del citado ente territorial la suma de \$203'855.391, monto que deberá ser actualizado a partir de abril de 2004 hasta la fecha de su cancelación, de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

## 3. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Como quiera que la pena principal impuesta supera los tres años de prisión, no tienen derecho los sentenciados a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 63 L. 599/00).

En torno a la procedencia del sustituto de la prisión domiciliaria, de conformidad con el artículo 38 del Código Penal, ésta se otorga cuando concurren los siguientes presupuestos: que la sentencia se imponga por delitos cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años de prisión o menos y, el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, permita el pronóstico serio, fundado y motivado, en el sentido de ausencia de peligro para la comunidad y de garantía de cumplimiento de la pena.

En el presente caso por el factor objetivo no hay lugar a sustituir la prisión intramural por domiciliaria, habida cuenta que uno de los delitos por los cuales se condena, peculado por apropiación agravado, señala una pena de seis años de prisión, motivo para no concederla, resultando estéril cualquier análisis del ingrediente subjetivo del instituto jurídico en mención.

#### Cuestión Final

Como durante sus intervenciones el Fiscal y el Procurador solicitaron a la Sala compulsar copia de las declaraciones vertidas en el juicio por parte de Fredy Tyrone Hernández y Diana Hernández, a efecto de que sean investigados por el presunto delito de falso testimonio, se dispondrá remitir copia de los CD que contienen los testimonios de éstos y las intervenciones del Procurador y del Fiscal a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá, como de esta providencia, para lo de su cargo.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

PRIMERO. No DECLARAR la nulidad solicitada por el defensor del doctor MIGUEL ÁNGEL BERMÚDEZ ESCOBAR según las motivaciones expuestas en este proveído.



SEGUNDO: DECLARAR penalmente responsables a los ciudadanos MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR de condiciones civiles y personales conocidas en autos, de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales prevista en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 y peculado por apropiación contenido en el artículo 397 inciso 2º del mismo ordenamiento, ambos en concurso homogéneo y sucesivo, comportamientos realizados cuando se desempeñaron como Gobernador de Boyacá y Gobernador encargado, respectivamente, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas en esta decisión.

TERCERO. CONDENAR, en consecuencia, a MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR cada uno, a la pena principal de once (11) años de prisión y multa por valor de \$240'935.393 a favor del Tesoro Nacional, la cual deberá consignarse a nombre del Consejo Superior de la Judicatura según lo normado en el artículo 42 de la Ley 599 de 2000.

La pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas opera a perpetuidad para los dos procesados de conformidad con el inciso 5º del artículo 122 de la [Constitución Política](#).

CUARTO. DECLARAR que MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR no tienen derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni al sustituto de la prisión domiciliaria, conforme a lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia.

En consecuencia, se ORDENA que cumplan la pena impuesta en el lugar de reclusión que determine el Director del INPEC.

QUINTO. CONDENAR a MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR y EDGAR IGNACIO SAINEA ESCOBAR a pagar solidariamente a la tesorería del departamento de Boyacá, y en virtud a los perjuicios comprobados, la suma de \$203'855.391, monto que deberá ser

actualizado a partir de diciembre de 2002 hasta la fecha de su cancelación, de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

SEXTO. LIBRAR por la Secretaría de la Sala las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, conforme lo normado por el artículo 472 Ley 600 de 2000.

SEPTIMO. COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para efecto del recaudo de la multa impuesta.

OCTAVO. Remitir copia de los CD que contienen las declaraciones vertidas en la audiencia pública por Freddy Tyrone Hernández y Diana Hernández, y las intervenciones del Procurador y del Fiscal, como de esta providencia ante la Dirección Seccional de Fiscalías de esta ciudad, para lo de su competencia.

NOVENO: En firme esta providencia, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, para lo de su cargo.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ  
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS  
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1 Fol. 80 del c.a. 1 de la Fiscalía

2 Fol. 44 del c.o. 1 Fiscalía.

3 Fol. 51 del c.o. 1 Fiscalía

4 Fol. 90 del c.o. 1

5 Fol. 159 del c.o. 1

6 Fol. 194 del c.o. 1

7 Fol. 223 y ss del c.o. 2.

8 Fol. 49 del c.o. 3.

9 Fol. 77 del c.o. 4.

10 Fol. 195 del c.o. 4

11 Fol. 194 del c.o.1

12 Según el diccionario de la Lengua Española, Delegar es dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación.

13 Cfr. Providencias del 31 de octubre de 2007, radicado 26840, 11 de diciembre de 2007 radicado 27663.

14 Según el Diccionario de la Lengua Española consiste en la facultad que una persona da por escrito para que ejecute algún encargo.

15 Cfr. Radicados 26857, sentencia 28-11-2007 y 24158 sentencia 01-11-2007, entre otras.

16 Fls. 117 del c.o. 1 Fiscalía

17 Fol. 103 del c.o. 1 Fiscalía

18 Sentencia de 20-05-03, Rad. 14.699, doctrina reiterada en las sentencias de única instancia de 09-02-05, Rad. 21.547; 23-03-06, Rad. 21.780; y 10-10-07, Rad. 26.076, entre otras.

19 Estos principios se encuentran reproducidos en varias codificaciones: artículos 3º del Código Contencioso Administrativo y Ley 498 de 1998, artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

20 Ver artículo 36 y siguientes.

21 Reproduce el artículo 9 de la Ley 38 de 1988 y el artículo 9 de la Ley 179 de 1994.

22 La Ley 38 de 1989 “Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación”, establece la creación del Banco de Proyectos de Inversión Nacional encargando al Departamento

Nacional de Planeación la reglamentación de su operación, labor que se concretó con la expedición del Decreto 841 de 1990.

23 Planeación Estatal y Presupuesto Público,- Niveles Nacional, Departamental y Municipal-  
. Camilo Calderón Rivera

24 Artículo 25 numerales 7 y 12.

25 Sentencia del 19 de junio de 1998, expediente 10439 y sentencia del 3 de diciembre de 2007, expediente 10439.

26 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1 de junio de 1995. Expediente 7326.

27 Fol 10 y ss del c.a.o. 4

28 Fol.127 del c.o.2 Fiscalía

29 Fol. 97 y 98 del c.o. 1.

30 Fol. 121 y 159 del c.a.o.4

31 Fol. 100 y 102 del c.o. 1 Fiscalía

32 Fol. 99 y 101 del c.o. 1 Fiscalía

33 Fol. 164 del c.a.o.7

34 CD de la audiencia del 4 de agosto de 2008, minuto 35:07.

35 Fol. 123 y 160 del c.a. 4 Fiscalía

36 Fol. 125 y 164 del c.a.4

37 Fol. 71 del c.a.o.1

38 Única instancia, auto del 6 de julio de 2005, Rad. 19849; Auto del 28 de noviembre de 2007, Rad. 26857.

39 Fol. 100 y 102 del c.o.1.

40 Fol. 184 del c.a.4.

41 Derogó Ley 60 de 1993, citada por la defensa del Dr. SAINEA.

42 Fol. 45 del c.a.o. 1 de la Fiscalía

43 Derogado por el Decreto 2170 de 2002, luego derogado por el Decreto 066 de 2008, también derogado por el artículo 92 del Decreto 2474 de julio 7 de 2008.

44 Fecha límite de presentación de las ofertas.

45 Fol. 277 del c.a. 6 y 75 del c.o. 2 Fiscalía.

46 Declaraciones de Magda Fabiola Becerra, Directora de Servicios Administrativos, Fol. 43 del c.a.o.1; Néstor Germán Mejía Vargas, Secretario de Hacienda, fol. 1 del c.a.o.7.y Fernando Zárate Osorio, Director Técnico Financiero. fol. 133 del c.a.o.7.

47 Fol. 38 del c.a.o. 1 Fiscalía

48 El art. 3 del Decreto 855 sólo exige la invitación.

49 Fol. 24 y 65 del c.o. 1 Fiscal{ia

50 Aportado por el Dr Bermúdez durante la audiencia pública

51 Artículo 271 de la [Constitución Política](#) le otorga valor probatorio a estos fallos.