

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

JORGE EMILIO CALDAS VERA
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Ponentes

AEP 062 - 2024

Radicación N° 47179

Aprobado mediante Acta Ordinaria No. 51

Bogotá D.C., cinco (05) de junio dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, procede la Sala anunciar el sentido del fallo que proferirá en el juicio oral seguido contra la exgobernadora del Huila, CIELO GONZÁLEZ VILLA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Superada la etapa de juicio oral la Sala se apresta, acorde con los lineamientos previstos en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, a anunciar el sentido del fallo siguiendo los postulados del inciso final del artículo 7° del Código Procesal

de 2004 y lo previsto en el artículo 381 del referido estatuto procesal, en el que se prescribe que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca de las categorías del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La Sala, tras valorar en conjunto los elementos de conocimiento aducidos en el juicio de conformidad con las reglas de la sana crítica, concluye que la fiscalía demostró más allá de toda duda que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA es responsable penalmente como autora de tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 del CP), en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con dos delitos de falsedad ideológica en documento público (artículo 286 ídem), también en concurso homogéneo y sucesivo, por los cuales será condenada.

Sin embargo, la fiscalía no cumplió la carga de demostrar la comisión de ocho delitos de falsedad ideológica en documento público y los dos delitos de peculado por apropiación a favor de terceros que le atribuyó en la acusación, motivo por el cual será absuelta de dichos cargos, como pasa a exponerse:

1. Interés indebido en la celebración de contratos

1.1. Cuestión previa

Se precisa que en el presente caso se impartirá fallo de condena por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos por los que fue acusada CIELO GONZÁLEZ VILLA y no

por los de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, por cuanto del recuento de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación y expresados en la diligencia de su formulación oral, por su mayor riqueza descriptiva se adecuan al comportamiento punible descrito en el artículo 409 y no al tipificado en el artículo 410 del mismo estatuto, pues pese a que allí se develaron por parte de la fiscalía algunas irregularidades en el trámite y celebración de los tres contratos de concesión por parte de la otrora gobernadora del Huila, ello obedeció a su manifiesto interés de favorecer indebidamente a la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia - FLA-, en detrimento de los postulados de planeación, transparencia (íntimamente relacionado, entre otros, con el de publicidad), economía, selección objetiva e igualdad (de estos dos últimos emerge el principio de libre concurrencia), todos ellos orientadores de la función administrativa en general (artículo 209 Constitucional) y de la contratación estatal en particular (Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011¹ - vigentes para 2012), por lo cual en este caso el principio de legalidad pasa a un segundo plano².

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

1.2.1. Tipicidad objetiva

El artículo 409 del Código Penal dispone: *«El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de*

¹ Denominada Estatuto Anticorrupción, por cuanto el conjunto de sus disposiciones está orientado *“a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”* (preámbulo), de modo que no se limitó a regular temas de contratación, sino que contiene normas encaminadas a lograr el propósito que motivó su expedición.

² En igual sentido se pronunció esta Sala en la sentencia SEP-0075-2029, de 8 de julio, rad. 0082.

contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en pena de prisión de 64 a 216 meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 216 meses» (con la modificación punitiva prevista en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

1.2.1.1. El monopolio de arbitrio rentístico de licores

Como quiera que los delitos de interés indebido en la celebración de contratos se ejecutaron en desarrollo del manejo del monopolio de arbitrio rentístico del aguardiente doble anís, del que es titular el departamento del Huila, la Sala procede a efectuar el análisis de esta figura, así como del contrato de concesión, toda vez que ésta fue la modalidad autorizada por la asamblea departamental para la celebración de los respectivos contratos.

En este caso quedó demostrado que para 2012 el departamento del Huila ejercía el monopolio sobre la producción, comercialización y venta del aguardiente doble anís, marca de la que era -y sigue siendo- su titular, con la finalidad de obtener recursos principalmente para financiar la salud y la educación; sin embargo, no estaba en capacidad de explotarlo por sí mismo por cuanto en 1997 fue liquidada la industria licorera, por lo que requería de la participación de un tercero que contara con la infraestructura necesaria, con el cual debía celebrarse un contrato bajo la modalidad de concesión.

El artículo 336 de la Constitución Política dispone que ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio

rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación, precepto del cual se infiere:

(i) Que sólo es posible restringir la actividad económica privada y la libre competencia con la finalidad de que las rentas se dirijan al interés público y social mediante la constitución de un arbitrio rentístico³ y (ii) que entre los monopolios establecidos por el legislador a favor del Estado o de sus entidades territoriales, se encuentra el de los licores, cuya titularidad corresponde a los departamentos, y sus proventos se destinan preferentemente a los servicios de salud y educación⁴ (se subraya).

La disposición constitucional en cita encontraba desarrollo legal en el capítulo V, artículos 61 a 72, de la Ley 14 de 1983⁵, *«por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones»*. Así, el artículo 61 confirió a los departamentos el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados y facultó a las asambleas departamentales para regularlo o gravar esa industria y actividades si el monopolio no conviene, y el artículo 64 dispuso que el impuesto de consumo regulado en dicha ley es nacional, pero su producto se cede a los departamentos.

³ “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de junio de 2010, radicación número: 19001-23-31-000-2001-04311-01(14858)”.

⁴ Ibidem

⁵ Vigente para la época de los hechos -año 2012- hoy derogada mediante la Ley 1816 de 2016.

La Ley 14 de 1983 fue reglamentada por el gobierno nacional mediante el Decreto 4692 de 2005, en cuyo capítulo 5, artículos 2.3.2.5.1. a 2.3.2.5.6., regula el tema de la destinación preferente de las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, señalando que tales recursos deben dirigirse a cubrir las necesidades de salud y educación. Al expedirse el código de régimen departamental mediante el Decreto Ley 1222 de 1986⁶, en el Título VI, Capítulo II, aparte II, artículos 121 a 132, se reiteraron los artículos 61, 63 y 64 de la Ley 14 de 1983 (mediante los cánones 121 y 124).

En relación con el régimen contractual legalmente previsto para el ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico para la producción, comercialización, distribución y venta de licores destilados por parte de los departamentos, el artículo 63 de la Ley 14 de 1983, reglamentado por el Decreto nacional 4692 de 2005 (vigentes para la época en que ocurrieron los hechos que ocupan la atención de la Sala mayoritaria), disponía: *«En desarrollo del monopolio sobre producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que dentro de las normas de contratación vigentes permita agilizar el comercio de estos productos»* (se subraya).

Por su parte, el artículo 123 del Decreto 1222 de 1986 reprodujo en su integridad lo normado en el artículo 63 de la Ley 14, al disponer que *«en desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de*

⁶ Derogado mediante la Ley 2200 de 2021.

contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos»
(subrayas extratextuales).

Del marco jurídico expuesto se infiere que, por regla general, en materia de producción, comercialización y distribución de licores sometidos a monopolio, los gobernadores tenían gran libertad para escoger el tipo de contrato que más le conviniera a la entidad territorial respectiva. Sin embargo, como quiera que es competencia de las asambleas departamentales expedir las reglas a las cuales debe sujetarse el primer mandatario territorial para contratar la producción, comercialización y distribución de licores sometidos a monopolio, en el artículo 1º, de la ordenanza 003 de 2010 **«POR MEDIO DE LA CUAL SE AUTORIZA AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA PARA QUE, BAJO LA MODALIDAD DE CONCESIÓN, CONTRATE LA PRODUCCIÓN COMERCIALIZACIÓN, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS DE QUE ES TITULAR EL DEPARTAMENTO DEL HUILA»**, la Duma dispuso que la “modalidad” de contratación debía ser la de “concesión”, motivo por el cual durante su vigencia los gobernantes del Huila no tenían la libertad para escoger otro tipo de contrato y, *contrario sensu*, debían acudir al de concesión.

Resta precisar que los preceptos especiales antes mencionados sometían a la administración departamental al cumplimiento de la normatividad que para entonces regía los contratos estatales y los apogemas que los orientan.

1.2.1.2. Del contrato de concesión.

Es definido en el artículo 32, numeral 4° de la Ley 80 de 1993. Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 1996.

1.2.1.3. La calidad de sujeto activo quedó demostrada, no solo por cuanto la fiscalía acreditó que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA fungió como gobernadora del Huila para la época en que celebró los contratos, sino porque estaba debidamente facultada por la asamblea departamental para ello, conforme al inciso primero del artículo 1° de la ordenanza 003 de 2010.

1.2.1.4. El sujeto pasivo, no hay duda de que el departamento del Huila se vio afectado en este caso en su imagen y buen nombre, pues la entonces primera mandataria generó sensación de deslealtad, improbidad, pero, sobre todo ausencia de transparencia en el trámite y celebración de tres contratos de concesión suscritos con la FLA, sin que se surtiera el correspondiente proceso de selección objetiva que hubiere llevado a la administración territorial a escoger a esa contratista.

1.2.1.5. Demostración de la tipicidad objetiva de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

Se procede a efectuar el análisis conjunto de los contratos de concesión celebrados con la gobernación de Antioquia-fábrica de licores y alcoholes de Antioquia –FLA- a la cual quiso favorecer sin ninguna razón jurídica atendible, a fin de demostrar que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA vulneró en tres oportunidades el artículo 409 del Código Penal, en

contravención a los principios de economía, transparencia, selección objetiva e igualdad, a partir de los cuales se hará el respectivo análisis con base en el material probatorio recaudado en el juicio oral⁷, así como en los hechos que fueron objeto de estipulación entre las partes, siguiendo el orden planteado por la fiscalía:

1.2.1.5.1. Desconocimiento del principio de economía

Según el relato de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación -en sus dos vertientes- la vulneración del axioma mencionado en el epígrafe se produjo porque en los estudios previos no se hizo referencia a las opciones con las que contaba el departamento en el mercado para resolver la necesidad que se pretendía satisfacer; no se plasmó un análisis de cuál sería la opción más favorable desde los puntos técnico, jurídico y económico, ni se hizo mención a factores de comparación para determinar cuál sería la oferta más provechosa de acuerdo a los requerimientos del ente territorial, como tampoco a los valores agregados que perseguían e implicaban beneficios y ventajas comparativas; no se hizo alusión al presupuesto para la contratación, ni a las condiciones que se exigirían al proponente; no se establecieron criterios de evaluación habilitantes que debieran ser cumplidos por los oferentes frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad y, no fueron cuantificados los aportes de cada parte, pese a haber suscrito un contrato de concesión.

Lo mismo ocurrió con las resoluciones 003 de 14 de febrero, 0039 de 7 de mayo y 213 del 24 de agosto de 2012

⁷ Al cual se irá haciendo referencia a largo de la providencia.

emitidas por la gobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA, por medio de las cuales justificó la contratación directa para la celebración de los negocios jurídicos cuestionados, en las que no se hizo referencia al presupuesto para la contratación, ni a las condiciones que se exigirían al proponente, como lo ordenaban los artículos 77 del Decreto 2474 de 2008 (que regía la suscripción del contrato 0069) y 3.4.1.1. del Decreto 734 de 2012 que regulaba la materia respecto de los contratos interadministrativos 302 y 537 de 2012.

Sobre la alegada violación del principio de economía ha dicho el Consejo de Estado⁸ que está íntimamente ligado al deber de planeación, en tanto éste es una manifestación de aquél⁹. En virtud del postulado de planeación, a cuya sujeción se encuentran todas las entidades públicas por expreso mandato del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

Sobre el desconocimiento de dicho principio por parte de la encausada se acogen la mayor parte de los argumentos expuestos por la fiscalía en el pliego de cargos, por haber encontrado corroboración en la copiosa prueba documental allegada a la actuación.

Si bien se elaboraron unos estudios previos (0095, 498 y 791, los dos últimos suscritos, por orden de la encausada, por Carlos Eduardo Trujillo González como secretario de hacienda y José Nelson Polanía Tamayo, en su condición de director del

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 14.287, reiterada en la sentencia de 29 de agosto de 2007, radicado 14.854.

⁹ Ibidem.

departamento administrativo de contratación¹⁰), éstos no cumplen los derroteros trazados por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, como lo evidenció la fiscalía en su acusación.

En dichos documentos no se expresó la razón por la cual la administración departamental optó por la celebración de contratos con otra entidad territorial, cuando en la ordenanza 03 de 2010 la asamblea le había otorgado facultades para suscribir contratos de concesión, lo que le implicaba adelantar procesos de licitación pública en los que pudieran participar todos los posibles proponentes públicos y privados que tuvieran la probabilidad de prestarle los servicios de maquila al ente territorial, los cuales, al haberse escogido la referida modalidad contractual fueron excluidos de entrada, limitándose a señalar que esa era la modalidad escogida.

Si bien es cierto en el juicio los testigos Héctor Galindo Yustres y Carlos Eduardo Trujillo González, que acompañaron la postura de la acusada, manifestaron que esta escogencia obedeció a que en criterio de la administración del Huila una licorera pública le garantizaba al departamento seriedad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos y un mayor nivel de recaudo con el menor riesgo financiero, no lo es menos que en ninguno de los documentos y actos administrativos emitidos en el curso de la fase precontractual como tampoco en los contratos se esbozó siquiera ese motivo, ni se dijo por qué, si ese era el caso, al elaborar los estudios

¹⁰ Al respecto debe tenerse en cuenta que como ordenadora del gasto y, por ende, a cargo del cumplimiento de la función de representar al departamento en la celebración de los contratos, la procesada tenía control y vigilancia sobre la actividad contractual delegada en el equipo interdisciplinario por ella integrado para adelantar los procesos de contratación que se le han censurado.

previos se mencionó la posibilidad de invitar a todas las licoreras públicas del país con idoneidad suficiente para presentar sus ofertas, sino que desde allí se direccionaron los contratos a favor de la FLA.

Así mismo, en los documentos de la fase precontractual se omitió decir que en Colombia existen varias licoreras públicas¹¹ tales como Valle, Cauca, Caldas y Cundinamarca, entre otras, las que, además, habían manifestado interés en contratar con la gobernación del Huila, de lo que era consciente la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA, pues antes de su elaboración les había solicitado cotizaciones por ser las cuatro industrias «*más grandes del país*», demostrando que tenía conocimiento de la existencia de otros agentes que operaban en el mercado, con los cuales podía contar a la hora de celebrar los contratos, previo proceso de licitación pública.

No se hizo mención a los precios reales del mercado, limitándose la ordenadora del gasto a decir que para el contrato 069 se tomaban los valores acordados con la FLA en pretéritos negocios jurídicos de la misma naturaleza celebrados por ésta con la administración departamental anterior y para el 302 y el 537 se tendría en cuenta lo convenido con dicha fábrica en la reunión de 27 de abril de 2012, lo que de suyo evidencia que desde la etiología de los procesos contractuales la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA ya había tomado la decisión de contratar favoreciendo indebidamente a la FLA.

Pese a que antes de la suscripción del primer acuerdo de voluntades la industria licoreras de Caldas informó a la

¹¹ Y también algunas privadas como Licorsa, entre otras.

acusada sobre su interés de celebrar contrato con la gobernación del Huila para la producción y comercialización del aguardiente doble anís¹² y al mismo tiempo manifestó la imposibilidad de elaborar 700.000 unidades de ese licor antes del 15 de febrero de 2012 por lo cual solicitó la ampliación del plazo concedido para dar respuesta, la hoy acusada no aclaró el alcance de su comunicación ni atendió el referido pedimento, como tampoco dejó constancia de ello en los estudios previos.

Lo mismo ocurrió con los estudios previos de los contratos 302 y 537, en los que no se hace ninguna mención a que las licoreras de Caldas¹³, Cundinamarca¹⁴ y Cauca¹⁵, presentaron verdaderas ofertas, con lo cual fácticamente pusieron de presente su interés de celebrar un contrato con diez años de plazo, con el objeto de fabricar y comercializar 3.500.000 unidades anuales de aguardiente doble anís, según las especificaciones de sus propuestas, en las cuales pusieron de presente su experiencia, capacidad técnica, logística y financiera para garantizar el cumplimiento del contrato.

Resulta igualmente acertado sostener que en ninguno de los estudios previos se explicitaron los factores a tener en cuenta para determinar cuál era la opción económica, técnica y jurídica que resultaba más favorable a los intereses de departamento, ni se señalaron los criterios comparativos que se aplicarían con tal propósito, como tampoco se precisó qué valores agregados o ventajas comparativas ofertados por alguno de los posibles proponentes tendría una mejor

¹² Oficio 035, visible a folios 77 a 79 del cuaderno de estipulaciones.

¹³ Oficio sin número del 12 de abril de 2012 (folio 100 del cuaderno de estipulaciones).

¹⁴ Oficio sin número del 25 de abril de 2012 (folio 107 mismo cuaderno).

¹⁵ Oficio sin número del 19 de abril de 2012 (folio 113 ídem).

calificación desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, que conllevara a la selección objetiva del contratista, lo cual tampoco se hizo en los actos administrativos justificantes de los contratos, en los que necesariamente debieron efectuarse esos análisis para determinar si en realidad contratar con la FLA era la mejor opción que tenía el departamento.

Las omisiones en las que incurrió la aforada al hacer los estudios previos u ordenar su elaboración no tuvieron otra motivación que dirigir la celebración de los contratos de concesión del monopolio de arbitrio rentístico de licor a favor de la FLA, pues no otra explicación tiene el que haya desconocido la existencia de otros agentes del mercado que eventualmente podían brindarle condiciones más beneficiosas para el departamento y que, por ende, debían ser invitados a participar en las mismas condiciones que la FLA.

Sin embargo, no comparte la Sala lo referente a que en los estudios previos no se hizo referencia al presupuesto para la contratación; ni a la cuantificación de los aportes de cada parte; ni a las condiciones que se exigirían al proponente; ni a los criterios de evaluación habilitantes que debieran ser cumplidos por los oferentes frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad, pese a haber suscrito contratos de concesión, como lo alega la fiscalía.

Lo anterior por cuanto en cada uno de los estudios previos números 0095, 498 y 791 (elaborados con el mismo formato y cuyo contenido en muchos aspectos es casi idéntico), desde el preámbulo y a lo largo de los mismos de manera clara y expresa la gobernación de Huila manifestó que no aplicaba el ítem de

«presupuesto asignado», «teniendo en cuenta que este proceso tiene por objeto la contratación para la producción, comercialización, distribución y venta a todo costo de (...) unidades de Aguardiente Doble Anís de 30 grados alcoholimétricos, en presentación de 375 ml, que no genera para el departamento erogación presupuestal alguna», aserción que encuentra asiento en la realidad contractual, dado que el bien que habría de aportar el departamento del Huila a la fábrica contratista¹⁶ a través de su experto, era la receta para la elaboración del aguardiente doble anís, junto con la autorización ante las entidades competentes para el uso y la explotación de la marca, con el fin de obtener recursos que reportarían utilidades para ambas partes¹⁷.

Por lo demás, la fiscalía no introdujo al proceso el presupuesto del departamento del Huila para demostrar si el valor de este bien, en principio intangible, figura en alguno de sus rubros, como para que la endilgada tuviera la obligación de mencionarlo en los estudios analizados como parte del presupuesto a comprometer con la celebración de los contratos.

Otro tanto ocurre con la presunta ausencia de la cuantificación de los aportes -aspecto íntimamente relacionado con el anterior-, habida consideración que, como se señaló en el texto de los estudios previos, la producción, comercialización, distribución y venta del plurimencionado aguardiente no generaba para el departamento del Huila ninguna erogación presupuestal que debiera ser cuantificada -dada la naturaleza del bien a concesionar, esto es, el uso de

¹⁶ Cualquiera que fuese.

¹⁷ Recuérdese que se trataba de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y sinalagmático, en los términos de los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil.

una marca-, mientras que era la fábrica contratada la que debía asumir por su cuenta y riesgo todos los costos de producción y comercialización de la bebida alcohólica a cambio de percibir una utilidad, luego a ésta correspondía hacer sus propios análisis para determinar si la firma de los contratos le convenía o no, examen que, por ende, no debía figurar en los estudios previos de la gobernación del Huila sino en los de la gobernación de Antioquia.

Tampoco acertó el ente persecutor al sostener que los estudios previos no contienen las condiciones que se exigirían al proponente, cuando allí se habla de las condiciones económicas del nuevo contrato, de la obligación de hacer un aporte publicitario del 4% sobre el valor del precio oficial y en el acápite denominado «CONDICIONES TÉCNICAS DEL OFERENTE» se dejó expresamente plasmado que la gobernación les demandaba contar con el «**REGISTRO SANITARIO** vigente que lo autorice para la producción, distribución del Aguardiente Doble Anís, expedidas (sic) por el INVIMA, con una vigencia establecida igual o superior a la duración del contrato»; «contar con maquinaria propia para realizar la producción objeto del contrato» y «acreditar una experiencia igual o superior a cinco (5) años en la producción, distribución de Aguardientes, de mínimo dos millones de unidades convertidas a 375 cc», entre otros requisitos.

Finalmente, en cuanto a los criterios de evaluación habilitantes que debían ser cumplidos por el contratista, la gobernación del Huila los señaló de manera expresa, al aludir a la capacidad financiera, la experiencia específica (la cual, acota la Sala, como lo indicó la contraloría departamental del Huila en el oficio 378 de 5 de junio de 2012¹⁸, puede

¹⁸ Folios 82 a 103 del cuaderno de pruebas de la fiscalía.

establecerse a partir de la *«experticia y el recorrido que el contratista demuestre en la ejecución de contratos con objeto idéntico o similar»*, las condiciones económicas y contractuales y precisó que por tratarse de contratos *«interadministrativos»* en los cuales la contraparte era una entidad pública, no era necesario que la misma se encontrara inscrita en el registro único de proponentes -RUP-.

Lo expuesto en los últimos seis párrafos no es óbice para concluir, sin discusión alguna, que la procesada como gobernadora del Huila en la práctica no diseñó un proceso claro y transparente que asegurara la selección objetiva del contratista, quebrantando de este modo el principio de economía, con el evidente propósito de beneficiar a la FLA.

1.2.1.5.2. Transgresión del principio de transparencia

Del relato de los hechos narrados por la fiscalía se deduce que los contratos fueron producto de una concertación precedente entre las partes, habida cuenta que se realizaron reuniones previas entre la gobernación y la FLA en las que acordaron suscribirlos; se incluyó como condición que debía cumplir el contratista el contar con el registro INVIMA, exigencia que solo podía observar la FLA, toda vez que con anterioridad había adelantado otros procesos contractuales con el departamento del Huila; antes de elaborar los estudios previos y de justificar la necesidad de acudir a la contratación directa, se solicitaron cotizaciones a las industrias licoreras del Valle, Caldas, Cundinamarca y Antioquia y para presentar las propuestas se les concedió el término de tres días hábiles contados desde el envío de las invitaciones, plazo que solo

favorecía a la FLA por la razón antes anotada; no se les ofreció respuesta a las solicitudes de prórroga impetradas por las licoreras de Caldas y Cundinamarca para la presentación de las propuestas, peticiones que, además, se ocultaron en los estudios previos; en el contrato 069 la resolución de justificación de la modalidad de selección de contratación y el contrato tienen la misma fecha, en tanto que en el trámite del contrato 302 no transcurrieron días hábiles entre los estudios previos y la decisión de justificación y entre ésta y la firma tan solo pasaron dos días hábiles. Y en el 537, en el transcurso de dos días (esto es, el 23 y 24 de agosto de 2012), se elaboraron los estudios previos, el acto administrativo de justificación y se suscribió el contrato.

En relación con el principio de transparencia, debe la Sala mayoritaria precisar que no fue descrito por el legislador de 1993, como tampoco por el de 2011. No obstante, el mismo se encuentra desarrollado en el artículo 24 de la Ley 80, con las modificaciones introducidas por el artículo 2° de la Ley 1150 y fue definido por la Corte Suprema de Justicia¹⁹.

Los siguientes son los argumentos que demuestran la vulneración del axioma de transparencia:

En primer término, como quiera que los contratos cuestionados son de concesión y fueron celebrados en el marco del ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico de licores, la

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 20 de mayo de 2003. rad. 18754; 10 de agosto de 2005, rad. 21546; 15 de mayo de 2008, rad. 29206; 16 de marzo de 2009, rad. 29089; 09 de septiembre de 2009, rad. 21200 y, SP8786-2015, de 8 de julio de 2015, radicación 38464, entre otras.

gobernadora estaba obligada a acudir la licitación pública, toda vez que para la época de los hechos no existía ninguna ley que previera una modalidad distinta, por lo que era necesario acudir a la regla general prevista en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, como lo ha sostenido el Consejo de Estado²⁰.

Conforme con la jurisprudencia de la citada Corporación, la única modalidad de contratación admisible en este caso era la licitación pública, pues por mandato legal es la regla a la que debe acudir la administración pública al celebrar los contratos, máxime cuando estaba ante el ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico. Sin embargo, en los estudios previos y en las resoluciones de justificación de los contratos la acusada manifestó que debía acudir al contrato «*interadministrativo*» (lo que *per se* excluía la participación de las empresas privadas que también podían tener interés en prestarle los servicios al departamento del Huila), sin que en parte alguna de esos documentos explicara la razón por la cual escogía este mecanismo de contratación, lo que demuestra su intención de acudir al mismo para inobservar la ley, con el único propósito de beneficiar los intereses de la gobernación de Antioquia -FLA- quien resultó favorecida con los contratos de concesión con ella celebrados.

En efecto, es un hecho innegable que incluso desde antes de la elaboración de los estudios previos 0095 de 7 de febrero, 498 de 4 de mayo y 791 de 23 de agosto, todos de 2012, la entonces dirigente departamental había tomado la decisión de

²⁰ Providencias del 16 de septiembre de 2013, radicado 19705, 2 de mayo de 2016, radicado 37066; 26 de enero de 2023, rad. 66915

celebrar los contratos con la FLA, sin considerar siquiera la participación de otras industrias públicas y/o privadas.

En lo que corresponde al contrato 069 celebrado el 14 de febrero de 2012, se constató plenamente que mediante oficios números 32, 33, 34 y 35 de 26 de enero de esa anualidad²¹, la hoy aforada solicitó a las licoreras de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca, respectivamente, una cotización para la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís²², estableciendo como requisito *«indispensable que se nos garantice la producción antes del 15 de febrero de 2012, al igual, que incluir el detalle del costo de producto puesto en la ciudad de Neiva -Huila ...»*²³, aserción que da a entender a cualquier desprevenido lector que también se les estaba invitado a participar en el trámite contractual.

No obstante, se verificó en el juicio oral que la aludida convocatoria en realidad no tuvo por finalidad conocer el valor que las empresas licoreras del Valle, Cauca, Caldas y Cundinamarca cobraban por sus servicios (es decir, no pretendió establecer los precios de la maquila en el mercado, para a partir de allí elaborar los estudios previos), como tampoco invitarlas a participar en la licitación pública (proceso de selección objetiva que correspondía dada la naturaleza del contrato de concesión), sino la de dar apariencia de que la dirigente del Huila estaba sujetando su actividad al estatuto de contratación estatal, si se tiene en cuenta que antes de la

²¹ Folios 76 a 79 del cuaderno de estipulaciones.

²² Las cuales, al decir del testigo Jorge Pino Ricci, tenían por propósito establecer los precios de mercado.

²³ Requerimiento de permite inferir que no solo se trataba de presentar una cotización, sino una propuesta para la producción de las 700.000 unidades de aguardiente doble anís la cual debía garantizarse para antes del 15 de febrero de 2012.

celebración de los tres negocios jurídicos glosados²⁴ ya venía sosteniendo conversaciones con la FLA, descartando la participación de las demás licoreras, incluso las públicas.

Sobre este contrato se advierte que desde los estudios previos 095 la gobernadora del Huila estaba direccionado su celebración hacia la FLA, como se evidencia en el tercer párrafo del acápite denominado «DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD QUE LA ENTIDAD ESTATAL PRETENDE SATISFACER», en el que se afirma que con el nuevo «*modelo de contratación Interadministrativa con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia desde mayo de 2009, nuestra marca 'Aguardiente Doble Anís' ha venido recuperando posicionamiento en el mercado interno, que habían desplazado marcas nacionales y extranjeras, de tal modo que al culminar la actual vigencia cerraremos con ventas que superaron los 3.500.000 de unidades de Aguardiente Doble Anís con presentación de 375 c.c., cifra que desbordó nuestras proyecciones basadas en los consumos de los últimos cinco años, que no superaban las 2.600.000 unidades de 375 ml (...) por ello se requiere de una nueva producción, que garantice la existencia durante los dos primeros meses de 2012 del producto en el mercado, mientras se definen las condiciones de la nueva contratación para la Producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís*».

Tanto así, que incluso el estudio previo analizado parece ser la minuta del contrato 069, cuando en los capítulos denominados, en su orden, «OBLIGACIONES Y ESPECIFICACIONES DEL PRODUCTO A OBTENER» se indica: «*El contratista se compromete a iniciar la producción objeto del presente contrato en un tiempo no superior a tres días después del acta de inicio*», y en el de «JUSTIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO OFICIAL DEL PROYECTO» se plasmó lo siguiente: «Para la realización del presente contrato interadministrativo, el

²⁴ Recuérdese que en el texto de los contratos 069, 302 y 537 se alude a que en los meses de enero y abril de 2012, la gobernación del Huila solicitó cotizaciones a las Industrias Licoreras de Caldas, Valle, Cundinamarca y Antioquia.

Departamento no realizará ningún tipo de erogación que comprometa el presupuesto del departamento ...».

Lo anterior se corroboró con el oficio número E 201200005930 de 31 de enero de 2012, signado por Fernando Restrepo Restrepo, gerente de la FLA y recibido en la gobernación del Huila al día siguiente²⁵ en el que se indica:

Con el propósito de continuar con los acercamientos conducentes a un eventual acuerdo para la producción y comercialización por parte del Departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia del producto “Aguardiente Doble Anís” me es grato suministrarle la siguiente información de acuerdo con lo solicitado por usted mediante oficio 0034 del 26 de enero de 2012. (...)

Se garantiza el inicio de la producción antes del 15 de febrero de 2012, teniendo disponibilidad de entregar 200.000 unidades de 375 m.l. en la misma fecha y 500.000 unidades de 375 m.l. el 20 de febrero de 2012, siempre y cuando se acepte nuestra propuesta antes del 1° de febrero de 2012. Lo anterior para realizar todos (sic) las compras de los suministros necesarios para garantizar la producción solicitada.

De acuerdo con el texto transcrito resulta inconcuso, por una parte, que desde el momento mismo en que la ordenadora del gasto libró los oficios a las cuatro licoreras antes citadas - 26 de enero de 2012- ya había decidido contratar a la FLA, toda vez que con ese propósito había tenido «acercamientos»²⁶ con su representante legal Fernando Restrepo Restrepo a fin de llegar a un acuerdo para la producción y comercialización del aguardiente doble anís, diálogos que no se adelantaron con la intervención de los gerentes de las demás industrias que

²⁵ Cuyo contenido íntegro fue introducido al proceso mediante estipulación, por lo cual procede su valoración completa -numeral 19.5 del cuadernillo en el que se enunciaron los hechos estipulados, en concordancia con los folios 88 a 92 de la carpeta que soporta los hechos estipulados-

²⁶ Vocablo definido por el Diccionario de la RAE como “*aproximarse, dirigirse hacia donde está una persona o cosa, situarse cerca de ellas*”.

habían sido invitadas a cotizar y que podían tener interés en participar en los procesos de contratación.

Y de otra, que desde los albores de la negociación la entonces dirigente departamental otorgó una ventaja a la gobernación de Antioquia a quien, como se advierte en el oficio transcrito, desde antes del 14 de febrero de 2012 le dio a conocer la intención de contratarla para que le produjera las 700.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml para esa fecha, lo que permitía solo a la FLA asumir de antemano ese compromiso mientras que las demás empresas productoras de licor destilado que operan en el país no tuvieron la misma oportunidad, porque no estaban en capacidad de fabricar en tan pocos días esa cantidad de licor por no contar con la información e insumos necesarios para ello, a los cuales tenía acceso con alguna facilidad la FLA porque desde 2009 venía elaborando la bebida.

Lo mismo sucedió con los contratos 302 y 537 de 2012, pues como consta en los formatos de estudios previos números 498 y 791 de 2012²⁷, el 27 de abril de ese año, esto es, antes de su elaboración (que data del 4 de mayo y 23 de agosto de 2012), funcionarios del departamento del Huila y de la FLA se reunieron con el objetivo de acordar las condiciones económicas de los mismos, ocasión en la que esta última se comprometió a bajar el precio de la maquila y a aumentar la participación del ente territorial en las utilidades, luego de lo cual fue contratada sin ninguna otra consideración y sin examinar las propuestas presentadas por las licoreras de

²⁷ Folios 49 a 75 del cuaderno de estipulaciones.

Caldas, Cauca, Valle y Cundinamarca²⁸, las cuales no fueron convocadas a esas negociaciones.

Así quedó consignado en el capítulo correspondiente a la definición y justificación de la forma de solventar la necesidad del formato de estudios previos 498 (párrafo 14), del siguiente tenor:

*Que según **acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012** (hace parte integral de los estudios previos), en la que participaron funcionarios de la Fábrica de Licores de Antioquia y de la Gobernación del Huila, se acordó rebajar el costo de la maquila por botella en presentación de 375 ml, mejorando significativamente las condiciones económicas para el Departamento del Huila; por lo cual se acordó iniciar una nueva contratación”²⁹ (negrillas fuera de texto). Y en el párrafo 15 se señaló: “Que el Departamento de Antioquia -Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, con base en lo acordado en el acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012, envía la propuesta para la producción y comercialización del aguardiente Doble Anís³⁰.*

En el estudio previo 791, se afirmó: «Que el Departamento de Antioquia -Fábrica de licores (sic) y Alcoholes (sic) de Antioquia, **con fecha 16 de agosto de 2012** y bajo **el radicado No. E 201200066439**, envía la propuesta al Departamento del Huila, para la producción, comercialización y venta de 2.000.000 de unidades de aguardiente Doble Anís, con las mismas condiciones económicas acordadas en el acta de reunión No. 1 del 27 de abril de 2012»³¹, encuentro del cual da cuenta también el numeral segundo del apartado correspondiente a las consideraciones que llevaron a la suscripción del contrato 302 de 2012, reiterada en la misma ubicación e idéntica redacción en el contrato 537.

²⁸ Visibles a folios 93 a 116 ibidem.

²⁹ Folio 37 del cuaderno de pruebas de la Fiscalía.

³⁰ Ibidem.

³¹ Folio 51 del cuaderno de pruebas, misma carpeta.

Igualmente informó sobre este aspecto el testigo Fernando Restrepo Restrepo, entonces gerente de la FLA, que en aquella época se llevaron a cabo reuniones con funcionarios del departamento del Huila en las instalaciones de la fábrica, para discutir asuntos relacionados con la producción y distribución del aguardiente doble anís, las cuales eran parte de la práctica habitual de su representada para mantener relaciones comerciales efectivas con sus clientes y no estaban rodeadas de secretismo o privacidad, aunque no da cuenta de la participación de otros industriales del sector en esos encuentros.

En segundo término, si bien es cierto que el 26 de enero de 2012 la gobernación del Huila, en aquel tiempo a cargo de la procesada GONZÁLEZ VILLA, invitó a las licoreras de Caldas, Valle, Cundinamarca y Antioquia a cotizar la producción, comercialización, distribución y venta de aguardiente doble anís en cantidad de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, ello no demuestra su intención y voluntad de permitir la participación de esas industrias en un proceso de licitación, como era su deber, como tampoco en el que culminó con la firma del contrato 069 de 14 de febrero de 2012, por cuanto:

- En los oficios 32, 33, 34 y 35 de 26 de enero de 2012³² se les concedió un lapso muy corto para presentar sus cotizaciones (de tan solo cuatro o cinco días como máximo), lo que de suyo las ponía en imposibilidad de ofertar por no contar con toda la información necesaria para ello, como lo puso de presente la licorera de Caldas al solicitar la ampliación del plazo para atender el requerimiento de la gobernadora.

³² Cuyo contenido fue objeto de estipulación (folios 76 a 79 de ese cuaderno).

- Desoyó la súplica de la licorera de Caldas para que se le ampliara el precario término³³, pues la gobernante territorial no dio respuesta a la petición de prórroga, lo que evidencia su total carencia de interés en conocer los datos requeridos por el departamento para tomar una decisión informada e imparcial que le permitiera seleccionar objetivamente al contratista.

- Los referidos documentos públicos son ambiguos, pues en ellos se les pidió a las licoreras de Valle, Caldas, Cundinamarca y Antioquia que presentaran una cotización, pero al mismo tiempo se les requirió que garantizaran la producción antes del 15 de febrero de 2012 y la puesta del producto en la ciudad de Neiva -Huila, con lo cual la aforada les hizo creer que tenía interés en que cualquiera de ellas le produjera las 700.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml y las entregara en la capital del departamento, lo que no era cierto, pues como se vio, ya venía conversando con el representante legal de la FLA para llegar a un acuerdo, como en efecto ocurrió.

A lo anterior se suma que la condición consistente en garantizar la producción del aguardiente doble anís en febrero de 2012 y ponerlo en Neiva en esa misma calenda únicamente podía ser cumplida por la FLA, porque, se itera, desde 2009 venía encargándose de su fabricación, por ende, tenía conocimiento de los insumos necesarios para ello (esencias, cajas de cartón corrugado, envases, etiquetas y sus proveedores, etcétera), además de que desde finales de enero

³³ Mediante el oficio ILC-232 de 31 de enero de 2012 (visible a folios 86 y 87 del legajo de estipulaciones).

de ese año venía discutiendo con la gobernación del Huila los términos del contrato.

Ese condicionamiento otorgaba una posición privilegiada a la FLA y al mismo tiempo impedía la participación de las otras industrias que no tenían acceso a la citada información, por lo cual no podían comprometerse a tener elaboradas para el 15 de febrero de 2012 las 700.000 unidades de aguardiente doble anís de 30° alcoholímetros en presentación de 375 ml, como ellas mismas lo manifestaron. Así, mediante el oficio de 30 de enero de 2012 la licorera del Valle advirió: *«[e]n respuesta a su solicitud de presentar cotización para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación (sic) de 375 ml de AGUARDIENTE DOBLE ANÍS, ... debo manifestarle que por la brevedad del término en que usted necesita el producto terminado, la Industria de Licores del Valle no podrá cumplir con dicho objetivo»*³⁴ (subraya la Corte).

Por su parte la industria licorera de Caldas, mediante oficio No. ILC-282 de 31 de mayo de 2012³⁵, le manifestó a la gobernadora *«es necesario que se aclare si con la expresión ‘garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012’ exige que las 700.000 unidades se encuentren ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012 (sic), caso en el cual sería imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas tardarían cerca de 28 días calendario», aunado a que «en el mercado de las esencias, los tiempos de entrega se encuentran estimados en 75 días»* (subrayas ajenas al texto).

Las comunicaciones transcritas evidencian que las licoreras diferentes de la FLA se hallaban imposibilitadas para participar en igualdad de condiciones con ésta en un contrato

³⁴ Folio 85 del cuaderno de estipulaciones

³⁵ Folio 86 ejusdem.

que tuviera por objeto producir, en un reducido término, 700.000 unidades de un aguardiente que antes no habían elaborado, máxime cuando nunca se les aclaró la fecha en la que debían tener el producto terminado, empacado y sellado, listo para su comercialización y puesto en Neiva, es decir, si ello debía ocurrir el 15 de febrero de 2012, o podían hacerlo durante el periodo de ejecución del contrato y hasta el último día de su vencimiento (que en este caso sería el 14 de marzo-, lo cual no se les dio a conocer.

De esta forma se demuestra que en el trámite y celebración del contrato 069 de 2012 la encausada contrarió abiertamente los literales b)³⁶ y d)³⁷ del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, toda vez que en las invitaciones a cotizar, de 26 de enero de 2012, no se hizo la suficiente claridad y precisión sobre la finalidad perseguida por la administración departamental, esto es, si solo se trataba de solicitudes de cotización para determinar los precios de mercado y elaborar a partir de dicha información los estudios previos, como lo mencionaron los testigos María Fernanda Guevara Cadena, Héctor Galindo Yustres, Carlos Eduardo Trujillo González, José Nelson Polanía Tamayo, Jorge Pino Ricci y Luis Miguel Lozada Polanco. O si eran verdaderas invitaciones a participar en los respectivos trámites contractuales, como lo entendieron las licoreras de Caldas y del Valle al señalar que les era imposible producir 700.000 unidades de aguardiente doble anís antes del 15 de febrero de 2012. Y lo que es más grave aún, les otorgó un término tan precario para dar respuesta, que las

³⁶ “Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación” (subraya la Corte).

³⁷ “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento” (subrayas fuera de texto).

destinatarias de los oficios ni siquiera tuvieron la oportunidad de obtener la información necesaria para determinar el coste de las materias primas requeridas para la producción de la bebida alcohólica, tornándose el requisito en una exigencia de imposible cumplimiento.

Esta anfibología impidió también que tales empresas pudieran contribuir con sus cotizaciones al establecimiento de los precios del mercado, ante la creencia de que se les estaba convocando para la producción del licor en un tiempo récord y demuestra que en el trámite contractual no existían reglas claras, objetivas y completas que permitieran la real concurrencia de las licoreras interesadas en participar en el mismo, máxime cuando no se adelantó ningún proceso de licitación pública. Ello es tan cierto que los precios del mercado no fueron determinados a partir de las cotizaciones sino por el “valor histórico” extraído de contratos anteriores firmados con la FLA o los que se acordaron previamente con ella y no como el producto de un análisis en el que se examinaran distintas variables, a fin de establecer razonable y objetivamente el valor de los futuros contratos.

Respecto de los contratos 302 y 537, obran en el proceso los oficios números 106, 107, 108, 109 y 110, todos de 22 de marzo de 2012³⁸ -emitidos de manera previa a la suscripción de tales acuerdos de voluntad-, a través de los cuales la gobernación del Huila solicitó cotizaciones a las licoreras de Cauca, Antioquia, Valle, Caldas y Cundinamarca, respectivamente, para lo cual les concedió un plazo más amplio que el otorgado en el primer contrato (hasta el 10 de abril),

³⁸ Folios 80 a 84, ejusdem.

hecho éste que se consignó tanto en los estudios previos números 498 y 791, como en las resoluciones de justificación números 039 y 231 (numerales 13) e incluso en las minutas que contienen los negocios jurídicos en cita.

Sin embargo, con ello tampoco buscó la gobernante del Huila que las industrias licoreras del Cauca, Valle, Caldas y Cundinamarca participaran en un proceso de licitación pública, como tampoco en los dos procesos que culminaron con la celebración de los contratos 302 y 537, a fin de garantizar la libre concurrencia, el principio de igualdad, y, por consiguiente, la selección objetiva del contratista como postulados integrantes del principio de transparencia, pues tales cotizaciones se pidieron para la celebración de un contrato diferente a los aquí enunciados (lo era para uno a diez años y para la producción de 3.500.000 unidades anuales de aguardiente doble anís, en tanto que el 302 era para la producción de 1.500.000 unidades en un plazo de cinco meses y el 537 por 2.000.000 de unidades, por el mismo término).

Refuerza la posición de la Sala lo consignado en el oficio DAC078 dirigido a la industria licorera del Cauca el 19 de abril de 2012³⁹, en el que la acusada le aclaró que «la invitación a cotizar enviada en días pasados no se efectúa dentro de un proceso formal de contratación, sino que es requerida por ustedes para la elaboración de los estudios previos ...», lo que devela que ninguna intención tenía la doctora GONZÁLEZ VILLA de adelantar un proceso licitatorio, como tampoco la de contratar a las licoreras del Cauca, o de

³⁹ Mencionado por la gerente de esa empresa, Gislena Perlaza Escobar, en el oficio sin número de la misma fecha.

Valle, o de Caldas o de Cundinamarca, todo lo cual denota opacidad en su conducta.

A lo anterior se suma que, recalca la Sala, el 27 de abril de 2012 se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de las gobernaciones del Huila y de Antioquia para acordar las condiciones económicas de los contratos que de ahí en adelante se celebraran (como el 302 y el 537), descartando la posibilidad de participación de otros agentes del mercado que no fueron llamados a esos encuentros para discutir sus ofertas.

Ahora, en defensa de la doctora GONZÁLEZ VILLA concurrieron testigos como María Fernanda Guevara Cadena, Héctor Galindo Yustres, Carlos Eduardo Trujillo González, José Nelson Polanía Tamayo, Jorge Pino Ricci y Luis Miguel Lozada Polanco, quienes contrario a esa pretensión más bien corroboraron el análisis que viene haciendo la Sala, cuando adveraron que la emisión de los oficios del 22 de marzo de 2012 no tuvo por finalidad invitar a las licoreras de Cauca, Valle, Caldas y Cundinamarca a participar en el trámite de los procesos contractuales, sino simplemente la de obtener cotizaciones para establecer los precios del mercado.

Sin embargo, la prueba documental obrante en el infolio es suficientemente ilustrativa de que a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no le interesaba que otras industrias fabricantes de licor se presentaran al respectivo trámite contractual, como tampoco conocer los precios del mercado en la producción del licor destilado, toda vez que ninguna cotización fue tomada en cuenta a la hora de celebrar los contratos 069, 302 y 537.

Así, para el 069, como se dijo ut supra, la gobernadora no recibió las cotizaciones de las licoreras del Valle, Caldas y Cundinamarca, pues las dos primeras manifestaron reparos frente al tiempo que les fue concedido para fabricar las 700.000 unidades de aguardiente doble anís, afirmando que era muy breve, y de la última no se conoce su respuesta porque no fue introducida al caudal probatorio, aunado a que no hubo pronunciamiento sobre la solicitud de prórroga formulada por la industria de Caldas. De haber tenido la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA la intención de auscultar *“los precios del mercado”* para escoger la oferta que más beneficiara al departamento del Huila, antes de suscribir el contrato habría ampliado el plazo otorgado a las empresas llamadas a presentar las propuestas, para poder hacer los respectivos cuadros comparativos.

Por lo demás, como lo afirmaron los deponentes José Nelson Polanía Tamayo y Jorge Pino Ricci, para celebrar el acto comercial en comento la administración departamental acudió al precio histórico, para lo cual, según esos testigos y se indica en el documento de estudios previos 095, solo se tuvo en cuenta el fijado en los contratos suscritos con la FLA entre 2009 y 2011⁴⁰, desconociendo la metodología para determinar este tipo de precios, consistente en *«verificar la variación de los mismos derivados del índice de precios al consumidor en cada año, examinando si se han presentado fenómenos económicos que hayan*

⁴⁰ *“Las condiciones económicas del nuevo contrato, no podrán ser inferiores a las establecidas en el contrato 341 y 1056 (sic) de 2011 con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia” y en el título “ESTUDIO DE CONDICIONES Y PRECIOS DEL MERCADO. Se han tomado como base los precios y condiciones que el departamento viene manejando en los contratos con la Fábrica de Licores de Antioquia, teniendo en cuenta que se invitaron a (sic) las cuatro licoreras más grandes del país, y solamente la Fábrica de Licores de Antioquia cotizó”* (folios 25 y 27 del cuaderno 1 de documentos introducidos por la Fiscalía)

implicado fluctuaciones importantes en el comercio del bien o servicio»⁴¹ o en «recopilar y analizar datos sobre las tendencias de precios a lo largo del tiempo, incluidos los cambios en los niveles de precios, la volatilidad de los precios y las estrategias de precios». Para ello se pueden «utilizar diversas herramientas y técnicas para recopilar y analizar datos, incluido el análisis estadístico, la visualización de datos y los algoritmos de aprendizaje automático»⁴².

Es así como no obra en los estudios previos número 95 ni en la resolución de justificación número 003 de 2012, un análisis de la variación de los precios al consumidor entre los años 2009 y 2011, ni se escutaron en realidad los precios que en ese mismo periodo cobraban otras industrias públicas y/o privadas por sus servicios en la producción de aguardientes para un tercero, ni se hicieron estudios comparativos para establecer cuál era la tendencia histórica del mercado.

En relación con los contratos 302 y 537, afirmaron los testigos Carlos Eduardo Trujillo y Jorge Pino Ricci que «*en el negocio de licores los ciclos de comercialización son largos*»⁴³ y, por ende, «*no se requieren cotizaciones frecuentes*», por lo cual las presentadas en abril de 2012 para uno a largo plazo y por un mayor volumen de unidades por las licoreras de Valle, Cauca, Caldas y Cundinamarca fueron tenidas en cuenta a la hora de suscribirlos, justificando así la evocación de las invitaciones a cotizar en los diferentes documentos de la fase precontractual y en el cuerpo mismo de los referidos contratos.

⁴¹ Valdés Perpiñán, Julieth Paola, 2012, “Sobrecostos en el contrato estatal”, tesis de grado en la maestría de derecho administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.

⁴² <https://fastercapital.com/es/tema-comprensión-y-análisis-de-precios-históricos>.

⁴³ No son volátiles como el dólar, ni tan cambiantes como las cosechas de arroz.

Empero, en los estudios previos números 498 de 4 de mayo y 791 de 23 de agosto de 2012 no se hizo la más mínima alusión a las cotizaciones presentadas por las multicitadas licoreras; tampoco obra en las resoluciones números 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto, que justificaron la celebración de los contratos, un cuadro comparativo en el que se hayan consignado las cifras propuestas por las invitadas a cotizar, que evidencie la razón por cual la administración departamental arribó a la conclusión de que la oferta de la FLA era la más benéfica.

En cuarto término, en el caso sub judice se constató también que desde la fase precontractual de los pactos objetados se exigió a los posibles oferentes contar con el registro INVIMA para la producción del aguardiente doble anís, requerimiento que, como lo sostuvo la fiscalía, solo tenía por finalidad excluir a las industrias licoreras distintas de la FLA de su participación en los trámites contractuales, porque, al decir de la representante de dicho órgano, solo ésta contaba con el citado registro en la medida en que desde 2009 venía produciendo el licor destilado para el departamento del Huila.

Aunque la representante del ente acusador incurre en una imprecisión, por cuanto no obedece a la realidad que la FLA fuera titular del registro sanitario INVIMA de la marca aguardiente doble anís, le asiste razón en su crítica, pues evidentemente la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA incluyó esa exigencia con el único propósito de impedir que otros industriales interesados en producir la bebida alcohólica para ese departamento pudieran presentar propuestas.

El aserto anterior encuentra soporte en el Decreto 3192 de 1983⁴⁴, en concordancia con el Decreto 1290 de 1994⁴⁵, entonces vigentes. El artículo 65 del primero de los nombrados disponía que *«[e]l registro Sanitario para elaborar y vender se concederá a las bebidas alcohólicas elaboradas en el país y su titular será el propietario del producto»*, quien para tramitarlo debía aportar, entre otros, los siguientes documentos: (i) *«[c]ertificado expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio en que conste si la marca del producto está o no registrada y en caso afirmativo, quién es el titular. Si la marca no es de propiedad del solicitante, deberá presentar autorización para su uso»* (literal g)», y (ii) el *«[c]ontrato de elaboración, debidamente legalizado, cuando el producto no sea elaborado por el titular del Registro Sanitario»* (literal j).

De conformidad con dicha previsión legal, el registro sanitario INVIMA se concede al dueño de la marca, en este caso el departamento del Huila⁴⁶, y no a quien lo elabore en cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, pues en estos eventos el contratista solo requiere la autorización del propietario, como se evidencia en la resolución número 2009013009 de 12 de mayo de 2009, proferida por ese Instituto⁴⁷, con la que se confirma lo que se viene argumentando, en el sentido que fue al departamento del Huila como titular de la marca aguardiente doble anís a quien el INVIMA concedió el registro sanitario, de modo que el fabricante, cualquiera que fuese, no necesitaba haberle solicitado a dicho instituto la concesión del mismo ni contar con él al momento de suscribir los contratos, sino que

⁴⁴ Derogado por el Decreto 1686 de 2012, que empezó a regir el 9 de agosto de 2013.

⁴⁵ *“Por el cual se precisan las funciones del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y se establece su organización básica”*.

⁴⁶ Como lo aceptó la señora gobernadora en la numeral primero del acápite de considerandos resolución 003 de 2012.

⁴⁷ Folio 154 del cuaderno de estipulaciones.

correspondía a la gobernación autorizarlo, como lo hizo en su momento a favor de la FLA. Ello sin perjuicio de que el contratista cumpliera todos los requerimientos legalmente exigidos a una fábrica de licor destilado para la producción de sus propios productos, entre los que se encuentra el registro concedido por el INVIMA para éstos.

A lo anterior se suma que en cada uno de los contratos la gobernación del Huila se comprometió a *«suministrar al departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alkoholes de Antioquia, de acuerdo con las etapas del proceso señaladas en la cláusula tercera, la autorización del INVIMA para la fabricación por parte de la **Fábrica de Licores y Alkoholes de Antioquia**, del licor»*⁴⁸.

En consecuencia, la gobernadora del Huila creó un sofisma de distracción para hacer creer que el productor y comercializador del multicitado provento requería tramitar ante el INVIMA la concesión del registro sanitario, cuando para ello le bastaba con celebrar un negocio jurídico con alguna industria del renglón que estuviera en capacidad de elaborarlo y ofrecerle las condiciones más favorables al ente territorial (previo trámite de una licitación pública), e informárselo al instituto para que éste autorizara la adición, como lo hizo en el pasado con la FLA y como se comprometió a hacerlo en cada uno de los negocios jurídicos cuestionados.

Con esta exigencia infundada la doctora GONZÁLEZ VILLA contrarió lo normado en el literal e) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que ordena que la administración debe definir *«reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que*

⁴⁸ Numeral 1 de la cláusula séptima de los tres contratos.

impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad» (se subraya), pues a no dudarlo, un requisito así creaba confusión entre los empresarios del sector que podían tener interés de contratar con la gobernación del Huila.

En este orden de ideas, no asiste razón al representante de la víctima, al ministerio público y a la defensa cuando aducen que al incluir entre las condiciones técnicas de los estudios previos que el productor del aguardiente doble anís contara con el registro sanitario INVIMA vigente, lo que estaba verificando y exigiendo la gobernadora era el cumplimiento de un requisito legal que permitiera contratar a una empresa que garantizara su sujeción a la normatividad vigente -de la cual hacía parte, según los antes mencionados, ese registro-, pues quedó evidenciado que la FLA no contaba con él por no ser la titular de la marca, sino que simplemente antaño había sido autorizada por la gobernación del Huila como fabricante. Por lo demás, se reitera, ésta podía impartir dicho permiso a cualquiera de las empresas productoras de licor destilado que luego de un proceso de licitación pública fuera escogida como contratista, lo que devela sin hesitación alguna que contrario a lo argüido, sí se trató de un privilegio para favorecer a la FLA.

En quinto término, de los hechos jurídicamente relevantes narrados en la acusación se infiere sin dificultad alguna que con el único propósito de favorecer a la FLA la encausada fraccionó los últimos dos contratos, argumento que encontró respaldo en la prueba documental aducida a la actuación. En efecto, según se evidencia en los oficios 106 a 110 de 22 de marzo de 2012, antes citados, la administración del Huila

manifestó a las industrias licoreras de Antioquia, Caldas, Cauca, Valle y Cundinamarca su interés de recibir cotización que condujera a celebrar un contrato interadministrativo con el objeto de «*REALIZAR LA PRODUCCIÓN A TODO COSTO CON LA MAQUINARIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO LA DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA DE TRES MILLONES QUINIENTOS MIL (3.500.000) UNIDADES DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS DE 30° GRADOS (sic) ALCOHOLIMÉTRICOS Y PRODUCTOS DEL PORTAFOLIO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA SUPERIORES A 29 GRADOS ALCOHOLIMÉTRICOS, EN PRESENTACIÓN DE 375 C.C EN PRESENTACIÓN DURANTE UN TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS*; para tal fin anexo documento que contiene los requerimientos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos mínimos que deberá contener la cotización, la cual se recibirá hasta el día martes 10 de abril del presente año» (subraya la Sala).

Dentro de los requerimientos técnicos se pedía a los interesados acreditar experiencia de mínimo cinco (5) años en la producción y comercialización de aguardientes en cantidad de 3.500.000 unidades anuales, condición que la FLA no cumplía, como ella misma se lo informó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA en el oficio No. 201200028984, de 20 de abril de 2012⁴⁹, firmado por Fernando Restrepo Restrepo, del siguiente texto:

Asunto: Cotización producción y comercialización “Aguardiente Doble Anís”

De acuerdo con las solicitudes del 16 y el 19 de abril de 2012, mediante las cuales ustedes requieren cotizaciones para la elaboración de estudios y documentos previos por parte del Departamento del Huila y así determinar la modalidad de contratación para la producción, distribución y comercialización del “Aguardiente Doble Anís” en los próximos diez años. (...).

⁴⁹ Folio 98 de la carpeta de estipulaciones

*En cuanto a la invitación recibida, en las “CONDICIONES TÉCNICAS DEL COTIZANTE” en su numeral 3 se estableció acreditar una experiencia igual o superior a cinco (5) años en la producción, distribución de TRES MILLONES QUINIENTAS MIL (3.500.000) botellas reducidas a 750 ml, **así como el manejo y explotación de marcas de otros departamentos objeto de monopolio**⁵⁰, la anterior condición nos impediría presentar propuesta, toda vez que no contamos con la experiencia de cinco años, sin embargo ponemos a su consideración dicho requisito, ya que desde el año 2009 y hasta la fecha hemos celebrado 7 contratos con el departamento del Huila cuyo objeto es la producción y comercialización del aguardiente doble anís, sin que hubiese ninguna dificultad o incumplimiento por parte del Departamento de Antioquia-FLA.*

En contraste, las industrias licoreras de Caldas⁵¹, Cundinamarca⁵² y Cauca⁵³, al responder la invitación de la gobernación del Huila manifestaron al unísono que tenían experiencia superior a diez años en la producción y comercialización de más de 3.5000.000 botellas de aguardiente reducidas a 375 c.c.

Ante este panorama, era evidente que la otrora primera mandataria del departamento del Huila no podía celebrar con la FLA el negocio jurídico para la fabricación de las 3.500.000 unidades anuales de aguardiente doble anís, por el término de diez años, por lo cual decidió contratarla para la elaboración de la misma cantidad de unidades pero a través de dos contratos: el 302 de 7 de mayo de 2012 por 1.500.000 y el 537 de 24 de agosto siguiente por 2.000.000, eludiendo así el deber de adelantar la respectiva licitación al término de la cual debía seleccionar a una de las industrias del sector que satisficieran el requerimiento técnico referente a la experiencia calificada que había exigido.

50 Negrilla fuera de texto.

51 Mediante certificación de 11 de abril de 2012, adjunta a los oficios sin número de la misma fecha (folios 102 a 106 del cuaderno de estipulaciones)

52 Folio 110 ejusdem.

53 Folio 115 ibidem

Ese fraccionamiento al que alude la fiscalía al relatar los hechos jurídicamente relevantes constituye una prueba irrefutable del manifiesto interés indebido que tenía la encausada para celebrar los contratos de concesión con la FLA, sin dar la más mínima oportunidad a industrias licoreras como la de Valle, Caldas, Cauca y Cundinamarca, entre otras, que sí cumplían la condición de experiencia igual o superior a cinco años y tenían o podían tener interés en negociar con la gobernación del Huila, desconociendo de este modo el deber de obrar con imparcialidad, probidad y transparencia en el ejercicio de sus funciones como representante legal del departamento del Huila.

En sexto término, estos tres procesos contractuales se llevaron a cabo herméticamente, a espaldas de los miembros del sector de productores de bebidas alcohólicas destiladas, puesto que, excepto en lo que toca con el hecho de que la gobernante del Huila solicitó unas cotizaciones so pretexto de obtener información sobre los precios del mercado, los interesados no tuvieron la oportunidad de conocer la actuación administrativa que culminó con la suscripción de los contratos 069, 302 y 537 de 2012.

Al respecto solo basta advertir, por un lado, que no se llevó a cabo la licitación pública como correspondía y, por el otro, examinar los estudios previos, las resoluciones de justificación y el texto de los contratos, para constatar que la hoy procesada ocultó información relevante a los interesados, quienes, dada la rapidez con la que se adelantaron los trámites contractuales y se celebraron los acuerdos de voluntad no tuvieron la ocasión

de conocerlos y pronunciase, por ejemplo, formulando observaciones que conllevaran a la administración departamental a escucharlos. Como contrapartida, en las resoluciones 039 y 213 consignó afirmaciones que reflejaban una realidad distinta (falacias), incurriendo en falsa motivación que denota una clara desviación de poder.

Así, itera la Sala, en los estudios previos 0095 y en la resolución de justificación del contrato 069 se omitió señalar que la licorera de Caldas manifestó interés en prestarle los servicios de maquila al departamento del Huila para la producción del aguardiente doble anís, limitándose la doctora GONZÁLEZ VILLA a indicar en cada uno de esos documentos que había solicitado a las cuatro fábricas de licor más importantes del país la presentación de cotizaciones y que solo la FLA tuvo interés en cumplir con las condiciones requeridas por la gobernación, pero sin explicar allí que la licorera de Caldas dijo que necesitaba de al menos 75 días para conseguir las esencias y por ello pidió la ampliación del plazo para presentar la oferta. De este modo la encausada pretendió hacer creer a los terceros que de manera ex post pudieran tener acceso a la actuación, que ésta se había ajustado a la legalidad.

En lo que corresponde a los contratos 302 y 537 la situación no fue distinta, pues aunque los testigos Polanía Tamayo y Pino Ricci aseguraron que las cotizaciones presentadas en abril de 2012 por las licoreras de Caldas, Cauca y Cundinamarca fueron tenidas en cuenta para establecer los precios del mercado, lo cierto es que la aforada omitió consignar en los estudios previos, en los actos administrativos de justificación y en las minutas, que al igual que la FLA éstas

también presentaron sus propuestas completas -es decir, no se trató de simples cotizaciones-, sumado a que en los citados documentos no aparece ninguna mención a los precios por ellas ofertados, ni figuran los análisis que llevaron a la dirigente territorial a concluir que la propuesta de la FLA era la más favorable a los intereses de su representado.

Ahora, mal puede aducirse que las actuaciones administrativas de la fase precontractual pudieron ser conocidas por los terceros que tenían interés en participar en igualdad de condiciones que la FLA, si se tiene en cuenta que en el contrato 069 las invitaciones a cotizar se emitieron el 26 de enero de 2012 y el plazo para dar respuesta vencía el 31 siguiente; así mismo, el contrato y la resolución que lo justifica (la 003) son de la misma fecha, esto es, 14 de febrero de 2012, de suerte que esta última ni siquiera pudo ser objeto de publicación y, menos aún, pasible de controversia en sede administrativa.

Así mismo, en el trámite del contrato 302 no transcurrieron días hábiles entre los estudios previos número 498 (viernes 4 de mayo de 2012) y la resolución de justificación número 039 (lunes 7 de mayo siguiente), en tanto que entre ésta y la celebración del negocio jurídico (10 de mayo) tan solo pasaron dos días hábiles. Y, finalmente, en el negocio jurídico 537, en el transcurso de dos días (esto es, 23 y 24 de agosto de 2012), se elaboraron los estudios previos número 791, la resolución de justificación número 213 y se suscribió el contrato, tiempo insuficiente en ambos casos para que los agentes que participan en el mercado como productores de licor destilado hubieran podido tener conocimiento del interés de la

gobernadora de celebrar dos contratos para la elaboración de 1.500.000 y 2.000.00 de unidades de aguardiente doble anís, respectivamente, y presentar sus propuestas⁵⁴.

Por la razón expuesta, los interesados tampoco tuvieron la ocasión de controvertir los referidos actos administrativos, lo cual constituye no solo un atentado contra el principio de transparencia sino también contra el de publicidad y pone de presente el manifiesto interés de la procesada de encaminar la contratación a favor de la FLA.

Por consiguiente, no es de recibo lo afirmado por el testigo Carlos Eduardo Trujillo González cuando aduce que todas las *«actividades relacionadas con la contratación fueron realizadas de manera transparente y pública, sin hermetismo ni ocultamiento de información»*, cuando demostrado quedó que los tres procesos se adelantaron sin que las licoreras del país distintas de la FLA, públicas y/o privadas interesadas en prestarle sus servicios a la gobernación del Huila para la producción del aguardiente doble anís, tuvieran conocimiento del estado de dichos trámites, máxime si, como se vio, solo se les pidieron unas cotizaciones que ni siquiera fueron tenidas en cuenta al elaborar los estudios previos como tampoco en las resoluciones de justificación de los contratos y, menos aún, en su celebración.

Cosa distinta es que los funcionarios de la gobernación que por razón de sus funciones intervenían en los procesos contractuales -como es el caso del deponente Trujillo González⁵⁵- tuvieran conocimiento de lo que estaba sucediendo

⁵⁴ Si se tiene en cuenta que las presentadas en abril de 2012 eran para un contrato distinto.

⁵⁵ Para la época de los hechos fungía como secretario de hacienda del departamento del Huila.

al interior del ente territorial y hubieran concurrido a las reuniones realizadas previamente con la FLA, pero ello no devela que los demás industriales del sector hubieran sido convocados a dichos encuentros, como tampoco que estuvieran al tanto del trámite de esos procesos.

Para la Sala resulta innegable que en la celebración de los tres contratos cuestionados la procesada GONZÁLEZ VILLA actuó con desviación o abuso de poder, contrariando lo dispuesto en el artículo 24, numeral 8°, de la Ley 80 de 1993. Ello en la medida en que privilegió el interés de la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia sobre el interés general, que le imponía el deber de adelantar un proceso público (mediante licitación), con la participación de los diferentes integrantes del ramo de la producción de licores destilados, a fin de escoger la propuesta que resultara más benéfica a su representado, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-128 de 2003, citando a García de Enterría.

Lo anterior si se tiene en cuenta que si bien en este caso no se advierte la existencia de un interés personal en cabeza de la hoy encausada -amistad o afecto hacia funcionarios de la FLA o de la gobernación de Antioquia- u odio o venganza en contra de los gerentes de las demás licoreras, como tampoco el de obtener un provecho patrimonial para ella o para un tercero, lo cierto es que actuó bajo la falsa apariencia de que estaba convocando a varias licoreras públicas del país para que presentaran sus ofertas, cuando en realidad toda su actuación para conceder el uso de la marca del aguardiente doble anís a un contratista estaba encaminada a favorecer de manera exclusiva a la FLA, todo lo cual patentiza la vulneración del

apogema de transparencia analizado y con ello la configuración objetiva del delito de interés indebido en la celebración de los contratos.

1.2.1.5.3. Quebrantamiento de los postulados de selección objetiva e igualdad.

El desconocimiento de los referidos postulados se cimienta en que, como se indica en el acápite de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, la doctora GONZÁLEZ VILLA suspendió el proceso de licitación No. SLHPCO 015-2011 que adelantaba la anterior administración departamental, que se encontraba en etapa de prepliegos desde el 7 de octubre de 2011, sin que en los estudios previos y en las resoluciones mediante las cuales se justificaron los contratos se hiciera mención a los motivos por los cuales no se avanzó en el trámite de dicho proceso para seleccionar al contratista; en los contratos 302 y 537 no se hicieron invitaciones a contratar; se celebraron tres acuerdos de voluntades en los cuales se incluyeron cláusulas que evidenciaban la intención y decisión de la gobernadora de celebrarlos con la FLA, sin ofrecer la oportunidad a otras industrias licoreras que también podían tener capacidad para la producción, comercialización y venta del licor requerido.

Asiste razón a la fiscalía al estimar demostrada más allá de toda duda la violación de los principios de selección objetiva e igualdad -anejos a los principios de transparencia,

imparcialidad e igualdad-, definido por el Consejo de Estado⁵⁶ y la Agencia Nacional de Contratación Pública⁵⁷.

Lo anterior teniendo en cuenta que antes de perfeccionar los acuerdos de voluntades la hoy ex funcionaria decidió contratar de manera directa a la gobernación de Antioquia-FLA, es decir, la escogió sin adelantar un proceso de licitación pública que garantizara la participación del mayor número de interesados en proveerle los servicios de producir, comercializar, distribuir y vender el aguardiente doble anís, pese a que éste era el único mecanismo de contratación que podía emplear para celebrar los contratos de concesión que se le han cuestionado.

Al efecto obsérvese que con ese objetivo desde el año 2011 el departamento había iniciado la licitación pública No. SLHPCO 015-2011, proceso que si bien fue objeto de diversas vicisitudes como la referente a que los prepliegos habían recibido numerosas observaciones -la mayoría formuladas por Licorsa-⁵⁸ y que, como se indica en el oficio D.A.C. 146 de 9 de febrero de 2017⁵⁹, emanado de la gobernación del Huila, la entidad *«no expidió el auto de apertura ni publicó el pliego de condiciones definitivo con el cual se inicia el proceso de licitación (...)»*, ello no era óbice para que la nueva administración retomara su cauce, teniendo en cuenta que ésta es la modalidad de contratación a la cual debía acudir por tratarse de un contrato de concesión, en la medida en que, se itera, al no existir en la ley una

⁵⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia 28 de mayo de 2012, Radicado 21489.

⁵⁷ Concepto C-304 de 4 de julio de 2023.

⁵⁸ Al efecto véanse declaraciones de José Nelson Polanía Tamayo, María Fernanda Guevara y Héctor Galindo Yustres.

⁵⁹ Visible a folio 455 del cuaderno 3 de pruebas de la defensa.

disposición que ordenara una modalidad distinta para la escogencia del contratista debía acudir a la regla general prevista en la Ley 80 de 1993 que no es otra que la licitación, hecho del que era consciente la hoy aforada, como se verificó en el proceso.

En efecto, es un hecho indiscutible que el departamento del Huila ejercía el monopolio de arbitrio rentístico sobre el aguardiente doble anís, con la finalidad de obtener recursos preferentemente para la salud y la educación, lo que indica que el mismo tenía una finalidad de interés público en los términos del artículo 336 de la Carta Política. No obstante, como se afirma en los estudios previos y en las resoluciones de justificación, en 1997 se liquidó la industria licorera del Huila por lo cual, a partir de allí el ente territorial viene contratando con terceros la producción y comercialización de la bebida.

Ahora, en lo que concierne al régimen jurídico aplicable para la época de los hechos, se reitera que estaban vigentes las Leyes 14 de 1983 y el Decreto Ley 1222 de 1986, en cuyos artículos 63 y 123, respectivamente, se disponía que en desarrollo del monopolio de arbitrio rentístico los departamentos podían celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio, siempre y cuando la administración se sujetara a las normas de contratación vigentes, en este caso a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que establecen que la escogencia del contratista debe efectuarse por regla general a través de licitación pública, máxime si, se itera, se trataba de concesionar el ejercicio del monopolio de arbitrio rentístico de licores. En consecuencia, no podía caprichosamente acudir al

contrato interestatal porque éste no garantizaba la libre concurrencia de oferentes al excluir de entrada al sector privado, e incluso a las demás entidades públicas.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha sido reiterativa en sostener que en este tipo de contratos la administración departamental debe garantizar el principio de libre concurrencia, ofreciendo igualdad de oportunidades a todos los que quieran participar en la explotación del monopolio rentístico, lo que se garantiza con la licitación pública.

Empero, contrariando el ordenamiento jurídico que le imponía a la gobernadora el deber de escoger al contratista mediante licitación pública dentro de un proceso de selección objetiva que garantizara la libre concurrencia de los empresarios del sector de la producción y comercialización de licores destilados, por razones puramente subjetivas desde finales de enero de 2012, tomó la decisión de contratar a la FLA sin hacer una convocatoria pública a todos los interesados (licitación pública), a quienes no se les dio siquiera la posibilidad de presentar ofertas.

Así mismo, como lo sostuvo la fiscalía en la acusación, al no haber adelantado el procedimiento en mención y, por ende, no contar sino con un solo ofrecimiento -el de la FLA- la dirigente territorial no tuvo por lo menos la oportunidad de comparar y analizar la capacidad jurídica, técnica y financiera, así como las condiciones de experiencia y de organización de las licoreras de Caldas, Valle, Cundinamarca y Cauca, ni de escoger la propuesta más favorable a los intereses de su

representado, pues si bien, como lo sostuvieron los testigos María Fernanda Guevara, Carlos Eduardo Trujillo, José Nelson Polanía, Luis Miguel Lozada Polanco y Héctor Galindo Yustres, llegó a un acuerdo comercial con la FLA que benefició al departamento, ello no significa que no hubiera podido recibir otras ofertas que le resultaran más provechosas.

Por lo demás, con el propósito de escoger la que más beneficios le reportara al ente territorial antes de celebrar los contratos 302 y 537, la enjuiciada tuvo la oportunidad de escrutar las ofertas presentadas por las licoreras de Caldas, Cauca y Cundinamarca (aunque para otro contrato), las cuales se encontraban en la secretaría de hacienda⁶⁰, y elaborar a partir de allí los estudios previos y posteriormente los pliegos de condiciones que le permitirían adelantar la licitación pública. Ello teniendo en cuenta que al igual que la FLA esas industrias también cumplían los requisitos de habilitación: son entidades públicas que podían garantizarle al departamento cumplimiento y seriedad, tenían experiencia superior a cinco años, amplia trayectoria, capacidad financiera, económica y técnica y contaban con registro INVIMA para la producción de aguardientes. Empero, en ninguno de los documentos previos se hizo el respectivo análisis comparativo que revele los factores determinantes tenidos en cuenta para escoger a la FLA.

Ahora, tanto la procesada como los testigos Luis Miguel Lozada Polanco, Héctor Galindo Yustres y Jorge Pino Ricci, declararon que al tomar la decisión de celebrar los contratos de concesión números 069, 302 y 537 con la FLA, la doctora

⁶⁰ Las cuales, según lo explicaron los testigos Pino Ricci y Trujillo González, estaban actualizadas dada la permanencia de los precios del aguardiente en el mercado y que habían sido presentadas en abril de 2012.

CIELO GONZÁLEZ VILLA no buscó un provecho propio o particular para sí misma sino beneficiar al departamento del Huila, propósito que logró dados los ingentes recursos percibidos con ocasión de la ejecución de los negocios jurídicos.

Sin embargo, ello no desvirtúa la comisión de los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos que se le endilgan, pues de haber ello sucedido así, lo cierto es que como lo ha venido sosteniendo esta Corporación⁶¹, lo que se sanciona al incurrir en el delito de interés indebido en la celebración de contratos no es el detrimento patrimonial del Estado sino la deslealtad, la improbidad y la ausencia de transparencia de la administración pública frente a los coasociados en la toma de las decisiones en materia de contratación pública, en las que no se atienden las normas y principios que la rigen con el prurito de presentar resultados a la comunidad a cualquier precio.

Es decir, en el asunto sub judice los contratos hipotéticamente pudieron haber sido suscritos por la acusada en pro del interés público, pues con ello habría buscado recaudar recursos para el ente territorial que regentaba, aspecto que no ha sido cuestionado en este juicio. Empero, ello no enervaría la conclusión de la Sala mayoritaria, pues lo cierto es que aquí se verificó que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA acudió a un procedimiento ajeno al ordenamiento jurídico, consistente en escoger de manera directa y a su arbitrio al contratista, sin atender el principio de selección objetiva.

⁶¹ Criterio acogido por la Corte Constitucional entre otras en la sentencia C-128 de 2003.

En efecto, desde el inicio de su gestión como primera mandataria del Huila se manifestó proclive a favorecer los intereses de la gobernación de Antioquia y su fábrica de licores, pues ninguna explicación plausible existe para que de entrada hubiera excluido de la participación en los trámites contractuales a los demás agentes del mercado que al igual que la FLA estaban en capacidad de producir para el departamento las unidades de aguardiente doble anís que necesitaba para obtener recursos para invertir en la salud y la educación de los huilenses. Se insiste en que desde finales de enero de 2012 (año en el que apenas iniciaba su periodo constitucional), adelantó conversaciones con el señor Fernando Restrepo Restrepo, gerente de la FLA, con quien llegó a un acuerdo que finalmente se plasmó en el contrato 069, conducta que repitió en abril del mismo año al convocarlo a una reunión para negociar las condiciones de futuros contratos, mientras que los representantes legales de las otras fábricas de aguardiente no fueron llamados con esa misma finalidad, lo que devela la vulneración del axioma de selección objetiva.

En este orden de ideas, la Sala mayoritaria no alberga ninguna duda en el sentido que la actuación de la hoy encausada en relación con el manejo del monopolio rentístico del aguardiente doble anís no se ajustó a los presupuestos de la función administrativa ni a los principios que regulan la actividad contractual estatal, tales como los de transparencia, economía y selección objetiva previstos en los artículos 24, 25 y 32 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la misma estuvo encaminada a favorecer indebidamente los intereses comerciales de la FLA, por lo cual celebró con ella tres los

contratos de concesión cuestionados, motivo más que suficiente para cobijarla con un fallo de condena.

1.2.1.6. Disposiciones que gobiernan la modalidad de contratación directa: urgencia manifiesta -concepto y requisitos para su procedencia-; contratos interadministrativos -presupuestos legales para su celebración- y condición de único proponente -concepto y requisitos legalmente exigidos-.

A lo largo del juicio oral ambiguamente se adujeron por la gobernadora tres causales, postura defensiva que fue acogida por la defensa técnica, el ministerio público y el apoderado de la víctima para solicitar la exoneración de su responsabilidad:

El artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 regula las modalidades de selección para la escogencia objetiva del contratista, entre las que está la contratación directa (numeral 4°), a la que por ministerio de dicho precepto solo puede acudir la administración pública en los casos taxativamente allí señalados, entre los cuales se encuentran la «urgencia manifiesta» (literal a), los «contratos interadministrativos», y la «no existencia de pluralidad de oferentes en el mercado» (literal g).

Este ordenamiento fue reglamentado mediante el Decreto 2474 de 2008, en cuyo artículo segundo dispuso:

Artículo 2°. *Modalidades de selección. De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 las entidades seleccionarán a los contratistas a través de las siguientes modalidades:*

1. *Licitación pública.*
2. *Selección abreviada.*

3. Concurso de méritos, y
4. Contratación directa.

Parágrafo. *Para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y responsabilidad contenidos en la Ley 80 de 1993 y los postulados que rigen la función administrativa. (resalta la Corte).*

De conformidad con en el parágrafo transcrito, cualquiera sea la modalidad de contratación escogida por la administración, ésta debe sujetarse a los principios señalados en el artículo 209 Superior (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), así como a los previstos en el estatuto de contratación estatal, esto es, además de los anteriores, los de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, planeación, buena fe y debido proceso. Así lo ha venido sosteniendo de manera pacífica y uniforme el Consejo de Estado⁶².

Ahora bien, el artículo 77 del Decreto Reglamentario 2474 indica el procedimiento que debe adelantar la administración cuando emplee la modalidad de contratación directa, debe expedirse un:

...acto administrativo de justificación de la contratación directa. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá:

1. El señalamiento de la causal que se invoca.

⁶² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2007, rad. 15324. En el mismo sentido véase sentencia de 28 de mayo de 2012, antes citada, en la cual manifestó esa Corporación: “Lo anterior significa que en la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen –transparencia, economía y responsabilidad– y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del proceso para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo proceso, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa”.

2. La determinación del objeto a contratar.

3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista.

4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

En los eventos previstos en los literales b) y d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y en los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, no requieren de acto administrativo alguno, y los estudios que soportan la contratación, no serán públicos.

Parágrafo 1°. *En caso de urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces del acto a que se refiere el presente artículo, y no requerirá de estudios previos.*

Encuentra esta Corporación que en el asunto de la especie no se cumple ninguno de los presupuestos legalmente exigidos para considerar que al celebrar los tres contratos que se le reprochan, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA obró al amparo de alguna de las causales de la contratación directa invocadas incluso desde la fase precontractual y como argumento de defensa en el curso del proceso, como para que pueda concluirse con asidero jurídico que estaba facultada para acudir a dicha forma de contratación en lugar de la licitación pública, que es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades regidas por el estatuto general de contratación de la administración pública, entre las cuales se encuentra la gobernación del Huila, ya que para los monopolios rentísticos de licores la ley no imponía expresamente seleccionar al contratista mediante una forma distinta a la licitación pública.

Urgencia manifiesta

Definida en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

De la urgencia manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos. La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

Sobre el control posterior, el artículo 43 del mismo ordenamiento establece:

Del control de la contratación de urgencia. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.

Finalmente, el artículo 41, inciso 4°, de la misma ley 80, dispone que en caso de situaciones de urgencia manifiesta que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no

obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

Sobre este instituto jurídico ha sido uniforme y pacífica la jurisprudencia de los órganos de cierre de la justicia colombiana (Consejo de Estado y Cortes Suprema de Justicia y Constitucional), al señalar que se trata de un mecanismo excepcional al cual solo puede acudir la administración pública cuando quiera que se encuentre ante la necesidad de conjurar un mal presente o futuro pero inminente, que amenace la continuidad de la prestación de un servicio, el suministro de bienes o la ejecución de obras, provocado por un estado de excepción, la paralización del servicio o situaciones de calamidad o hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor o desastres, o cualquier otra circunstancia similar que no dé espera en su solución, de modo tal que si la situación de crisis puede remediarse a través de un proceso de licitación pública u otra modalidad de escogencia del contratista que permita la libre concurrencia de todos los interesados, es imposible acudir a esta modalidad de contratación. La ley exige que la misma se declare mediante un acto administrativo motivado. Así lo señalaron la Sala de lo Contencioso Administrativo⁶³ y la de Consulta y Servicio Civil⁶⁴ del Consejo de Estado, así como la Cortes Suprema de Justicia⁶⁵ y Corte Constitucional al reiterar la posición de las anteriores corporaciones.

⁶³ “Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de enero de 1998. Radicado No. 1073. Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón y el Concepto de 24 de marzo de 1995. Radicado 677. Camilo Osorio Isaza”.

⁶⁴ Concepto del 16 de febrero de 2022, rad. único: 11001-03-06-000-2021-00167-00.

⁶⁵ Sentencia SP038-2023, de 15 de febrero de 2023, rad. 56014

En el asunto puesto en consideración de la Sala, se tiene que desde los estudios previos 0095, 498 y 791 de 2012 se invocó una situación de urgencia, en los siguientes términos:

«El Departamento requiere de manera urgente, que garantice en forma oportuna la producción, comercialización, distribución y venta del Aguardiente Doble Anís que aseguren el abastecimiento del mercado de los meses de (...), mientras se surte todo el proceso precontractual y contractual que busca solucionar la explotación del monopolio de Aguardiente Doble Anís en nuestro departamento», afirmando así mismo que «de no realizarse esta nueva contratación para la producción, se vería gravemente afectado el abastecimiento del mercado, y con ello se generaría un gran desajuste fiscal en el presupuesto de ingresos, que obligaría a la administración a abrir el mercado de aguardiente en nuestro departamento que sustituya la renta dejada de percibir por el Aguardiente Doble Anís». Más adelante, al señalar las condiciones técnicas del oferente se dijo que «[l]o anterior se exige teniendo en cuenta la clase de contrato a celebrar y específicamente la premura en el desarrollo del objeto a contratar.»

En las resoluciones números 003 del 14 de febrero, 039 del 7 de mayo y 213 del 24 de agosto de 2012, a través de las cuales se pretendió justificar la contratación directa, se consignaron los mismos criterios, en los siguientes términos:

*Que el Departamento del Huila debe garantizar la presencia del producto en el mercado, para lo cual debe contratar la producción, distribución y comercialización de (...) unidades de Aguardiente Doble Anís convertidas a 375 ml, con el **DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA-FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA** como persona jurídica de Derecho Público ...*

Que de no realizarse esta nueva contratación, se vería gravemente afectado el abastecimiento del Aguardiente Doble Anís en el mercado, y con ello generaría un gran desajuste fiscal en el presupuesto de ingresos del Departamento, a tal punto, que se verían menguado (sic) en grado sumo, las transferencias de la Entidad territorial al financiamiento del sector de la salud, como derecho fundamental que tiene que garantizar, y adicionalmente, obligaría a la administración a abrir el mercado de aguardientes en nuestro departamento que sustituya la renta dejada de percibir por el Aguardiente Doble Anís, que generaría un detrimento para nuestra marca. (numeral 12).

Debe precisarse que en la resolución 039, además de las consideraciones anteriores, señaló la entonces gobernadora:

Que mientras la actual administración desarrolla el estudio técnico, legal y financiero que determine la modalidad de contratación que más le convenga a los intereses del Departamento del Huila éste no puede permitir el desabastecimiento del mercado que conllevaría a un deterioro de nuestra marca, y con ello un desajuste fiscal por el no ingreso de estos recursos a las rentas departamentales⁶⁶.

Sin embargo, la administración departamental en cabeza de la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no acreditó el cumplimiento de ninguno de los presupuestos formales ni sustanciales para considerar que actuó al amparo de una situación de urgencia manifiesta que debiera ser conjurada sólo mediante la celebración de los tres contratos objeto de este análisis.

En cuanto a los requisitos formales, se advierte prima facie que no fueron incorporados al juicio oral los respectivos actos administrativos mediante los cuales la otrora gobernadora del Huila habría declarado la urgencia manifiesta dando a conocer las razones ciertas y convincentes que develen la existencia de una de las causales legalmente previstas para su procedencia.

Ello es tan cierto que incluso se elaboraron unos estudios previos (que en caso de situación de urgencia manifiesta son prescindibles) y unas resoluciones de justificación en las cuales se hace una mención abstracta y genérica a un presunto desabastecimiento de aguardiente doble anís en el

⁶⁶ Los textos transcritos se reiteran los numerales 2, 16, 22 y 24 de la resolución 0213 de 2012.

departamento del Huila, sin que se hayan mencionado cifras concretas o suministrado alguna otra información que permita concluir que en verdad tenía la imperiosa necesidad de celebrar los contratos, a fin de evitar una crisis que le impidiera o por lo menos dificultara hacer las inversiones en salud y educación previstas en el presupuesto departamental.

Tampoco se introdujo al proceso algún medio suasorio que demuestre que después de celebrados los tres contratos de concesión la aquí procesada remitió la actuación surtida en cada uno de ellos al funcionario u organismo encargado de ejercer el control fiscal en la gobernación del Huila, ni el respectivo pronunciamiento de éste en el cual haya plasmado la calificación sobre los hechos y circunstancias que habrían determinado la declaración de urgencia manifiesta.

En criterio de la Sala esas omisiones descubren la inexistencia de una verdadera situación de crisis que hubiera determinado a la doctora GONZÁLEZ VILLA a suscribir cada uno de los contratos de concesión con la FLA, pues de haberse presentado alguna de las causales de urgencia manifiesta lo natural es que se hubiera ocupado de tomar las respectivas decisiones invocándolas y remitido la actuación al funcionario competente para que se efectuara el control posterior, máxime cuando estaba siendo asesorada por un experto en contratación estatal, condición ésta que se predica del abogado Jorge Pino Ricci.

La importancia de emitir un acto administrativo declarando la urgencia manifiesta radica en que al ser ésta una excepción a la regla general de selección mediante licitación

pública, los administrados tienen derecho a conocer los fundamentos de la decisión, a fin de constatar si se cumplen los presupuestos taxativamente señalados en la ley, en tanto que los organismos de control deben intervenir para evitar que se acuda a dicha figura para favorecer a un contratista o al mismo ordenador del gasto. Ello por cuanto, a pesar de ser una modalidad de contratación directa, la misma no es ajena a la aplicación de los principios de publicidad, moralidad, transparencia, imparcialidad, economía y responsabilidad, consagrados en los artículos 209 Constitucional y 24 a 27 de la Ley 80 de 1993, «concebidos como una garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines estatales que deben perseguir las autoridades»⁶⁷, sin que, por ende, en la suscripción de este tipo de negocios puedan influir factores subjetivos, de afecto o interés.

Por tanto, al no haberse declarado en este caso la pretendida urgencia manifiesta mediante un acto administrativo pasible de ser conocido por la ciudadanía del departamento del Huila ni por los organismos de control, entiende la Sala que para la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA y su equipo asesor no se configuraba ninguna de las causales taxativamente previstas en la ley para su procedencia.

No obstante, como quiera que, por una parte, el artículo 228 de la Carta Política consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, y por la otra, el tema del desabastecimiento de aguardiente doble anís en el departamento del Huila para el año 2012 fue el eje central del argumento defensivo avalado por el representante del

⁶⁷ Sentencia C-128 de 2003, antes citada.

ministerio público y el apoderado de la víctima, el cual se acompañó de varios testimonios con los que se pretendió su corroboración, procede la Corte a examinar si fue demostrado en este asunto y, si en verdad puede ser considerado como una situación de las previstas en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 para concluir que se trató de un caso de urgencia manifiesta, que ameritara dar aplicación a dicha figura.

En efecto, desde los albores de la actuación administrativa que culminó con la celebración de los contratos de concesión números 069, 302 y 537 de 2012 como en el curso del juicio oral se sostuvo por parte de la procesada y de los testigos de la defensa Héctor Galindo Yustres, María Fernanda Guevara Cadena, Carlos Eduardo Trujillo González, José Nelson Polanía Tamayo, Luis Carlos Anaya Toro y Luis Miguel Lozada Polanco, e incluso por el testigo de la Fiscalía Orlando Ibagón Sánchez, que para el año 2012 en el departamento del Huila se presentó una situación de desabastecimiento de aguardiente doble anís que llevó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA a celebrar directamente los tres contratos de concesión con la FLA, sin adelantar un proceso de selección objetiva para escoger al contrista.

No obstante, advierte la Sala que la postura defensiva no tiene asiento en la realidad de lo ocurrido, por lo cual la misma no puede ser acogida para absolver a la procesada.

En primer término, se trata de un planteamiento sofisticado, pues si bien se demostró con el testimonio de José Nelson Polanía Tamayo -al que se volverá más adelante- que al primero de enero de 2012 no se hallaba en ejecución un contrato cuyo

objeto fuera la producción y comercialización de aguardiente doble anís, no es cierto que ese hecho generara una situación de escasez que obligara a la administración departamental a contratar directamente a la FLA, habida cuenta que si desde el inicio de su gestión la doctora GONZÁLEZ VILLA lo conocía, lo lógico es que tomara todas las medidas necesarias para mantener un stock de unidades que aprovisionaran el mercado, empezando a adelantar los pliegos de condiciones para la realización de una licitación a largo plazo.

En segundo término, ni en los estudios previos ni en los actos administrativos de justificación de los contratos se plasmaron los análisis técnicos con los que se demostrara, con datos estadísticos o cifras debidamente verificadas, cuál era la cantidad de unidades de aguardiente doble anís necesarias para abastecer el mercado durante el año 2012, pero especialmente, qué cantidad de existencias había para el primero de enero de ese año, de modo que no puede sostenerse que para esa fecha estaba desabastecido el mercado porque no había ningún contrato en ejecución.

Lo anterior, máxime cuando el 27 de diciembre de 2011 se celebró el contrato de concesión número 1056 para la producción de 300.000 unidades de aguardiente doble anís, con fecha de vencimiento el 31 del mismo mes y año, lo que significa que al iniciar el año 2012 apenas empezaba a circular en el departamento del Huila un número significativo de unidades de la bebida alcohólica, desvirtuándose así el alegado déficit.

Confirma lo expuesto lo señalado en el oficio S.H.0089 de 31 de enero de 2017⁶⁸, emitido por Carlos Eduardo Trujillo González en su calidad de secretario de hacienda de la gobernación del Huila para esa calenda, «[d]urante el periodo 2010 al 2014 no se ha realizado ningún estudio por parte del Departamento del Huila sobre el mercado del aguardiente Doble Anís en nuestro Departamento (sic)». Más adelante, en el mismo oficio manifestó el doctor Trujillo González: «[l]a información relacionada con los inventarios de Aguardiente Doble Anís durante los meses de noviembre y diciembre de 2011 y enero de 2012, no se encontraron en la información (sic) que reposa en esta secretaría; sin embargo, en los estudios previos No. 1489 del 15 de diciembre de 2011, que anteceden el contrato 1156 de 2011 por 300.000 unidades de 375 cc. En el literal a) y b) (sic) de la 'DEFINICIÓN DE LA FORMA DE SOLVENTAR LA NECESIDAD', hace referencia a que se necesita las 300.000 unidades, para solventar las necesidades del mercado (sic) para los dos primeros meses de la vigencia de 2012». Así mismo, en la comunicación GG-013-2017, emitida por la industria de licores global S.A. -Licorsa-⁶⁹, se certifica que el saldo de los inventarios finales de aguardiente doble anís en enero de 2012 era de 25.917 unidades y en febrero de 206.073.

En el contexto precedente, resulta contrario a la realidad lo sostenido por la encausada a lo largo de los procesos contractuales y en el debate oral, en el sentido que al posesionarse como gobernadora encontró una situación de desabastecimiento de aguardiente doble anís en el mercado, cuando en realidad el mismo contaba con un stock de unidades que alcanzaban a cubrirlo por lo menos hasta el 28 de febrero de 2012.

⁶⁸ Folio 313 del cuaderno de documentos aportados por la defensa.

⁶⁹ Folio 336 del cuaderno 2 de pruebas de la defensa.

A ello se suma que desde el empalme que se llevó a cabo antes de la posesión, tanto la ciudadana electa como su equipo de colaboradores fueron informados sobre el estado de la producción del aguardiente, como lo atestó en el juicio oral el doctor José Nelson Polanía Tamayo⁷⁰, en la cual se evidencia que antes de su posesión como gobernadora la recién elegida tuvo conocimiento de lo siguiente:

(i) El departamento del Huila ejercía el monopolio de arbitrio rentístico sobre licores destilados, en este caso sobre la marca aguardiente doble anís; (ii) los ingresos por concepto de producción y venta de la bebida se destinan preferentemente a inversiones en salud y educación de los huilenses; (iii) para lograr tal propósito, durante su administración debía producir un número determinado de unidades, pues de lo contrario, las finanzas del departamento se verían afectadas, es decir, desde el inicio de su gestión sabía que debía abastecer el mercado; (iv) el departamento no contaba con una fábrica propia que se encargara de la producción y comercialización del licor, por lo cual debía contratar para ello a un tercero y, (v) al primero de enero de 2012 el departamento no tenía un contrato de concesión vigente cuyo objeto fuera la producción y comercialización del aguardiente, por lo cual a partir de esa fecha la gobernación debía empezar a adelantar los trámites necesarios para celebrar nuevos negocios jurídicos que se ajustaran a la legalidad, con la finalidad de evitar a futuro una situación de insuficiencia del producto.

Ahora, si a partir de la información contenida en los contratos celebrados en 2011 la gobernación podía hacer el

⁷⁰ En el mismo sentido declararon María Fernanda Guevara y Luis Miguel Lozada Polanco.

estimativo de unidades necesarias para aprovisionar el mercado en el año 2012⁷¹, eso le permitía a la mandataria prever con suficiente antelación que debía adelantar la licitación pública, como era su deber.

Lo anterior desvirtúa los presupuestos legalmente exigidos para que opere la figura de la urgencia manifiesta -se reitera, no declarada en este caso-, pues no se trataba de una situación de crisis inminente que solo pudiera ser conjurada mediante la celebración de los contratos cuya indebida celebración se le ha enrostrado, no siendo así de recibo para la Sala el argumento consistente en que la doctora GONZÁLEZ VILLA celebró los contratos 069, 302 y 537 amparada en dicha causal de contratación directa, pues quedó demostrado que la misma no existió.

Por consiguiente, tampoco en este caso se satisface alguno de los requisitos legalmente previstos para que pueda considerarse que la acusada se encontraba en situación de urgencia manifiesta, como para haber contratado de manera directa a la FLA, con mayor razón si la asamblea la había autorizado únicamente para celebrar contratos de concesión que, como se ha venido señalando a lo largo de este proveído, solo podrían suscribirse a través de licitación pública.

Por lo expuesto, para la Sala no es de recibo el argumento consistente en que la doctora GONZÁLEZ VILLA celebró los contratos 069, 302 y 537 amparada en una situación de

⁷¹ Pues, como se dijo líneas atrás, no obra en el proceso algún documento técnico que respalde la postura de la procesada y su equipo de colaboradores sobre la cantidad de aguardiente doble anís que debía producirse y comercializarse para obtener los recursos necesarios para atender los gastos de salud y educación de la población vulnerable del departamento del Huila.

urgencia manifiesta, pues quedó demostrado que la misma no existió.

- Los contratos interadministrativos:

Para justificar la celebración de los negocios jurídicos controvertidos se ha sostenido que como se trataba de contratos interadministrativos, la mandataria departamental podía suscribirlos directamente con la FLA por tratarse de una entidad pública, ya que es dependencia de la gobernación de Antioquia, adscrita a la secretaría de hacienda, cuyo objeto es la fabricación de licores y alcoholes, con una experiencia de más de 90 años elaborando licores y alcoholes para mercados locales nacionales y extranjeros.

El literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, prevé como modalidad directa de selección del contratista el contrato interadministrativo, indicando que procede su celebración siempre y cuando las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

El mismo precepto dispone que se exceptúan de la regla antes mencionada los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de la conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de

entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras, caso en el cual los contratos podrán ser realizados por éstas siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada. Quedan definitivamente exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los de seguro de las entidades estatales.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrán ni ella ni el subcontratista contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal (inciso modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011).

Los preceptos en cita fueron reglamentados mediante el Decreto 2474 de 2008, en cuyo artículo 78⁷² dispone que las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, añadiendo que cuando fuere del caso y de acuerdo con las normas orgánicas del presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal.

Para lo que interesa al asunto examinado cabe citar el inciso tercero del mencionado canon, que prevé que la ejecución de los contratos interadministrativos estará sometida al estatuto general de la contratación de la administración

⁷² Artículo subrogado, con idéntico texto, por el artículo 3.4.2.1.1. del Decreto 734 de 5 de abril de 2012.

pública y a dicho decreto, así la entidad pública ejecutora tenga régimen de contratación especial, salvo lo previsto en el inciso segundo del literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011.

Retomando lo expuesto en precedencia, en el sentido que la posibilidad legal de celebrar contratos interadministrativos por vía del mecanismo de la contratación directa no se traduce en una libertad absoluta ni discrecional de la entidad pública contratante, toda vez que, como se vio al inicio de este acápite, las condiciones para su procedencia están claramente definidas en la ley y, por tanto, deben ser respetadas, de ahí que se afirme que, incluso en ese tipo de contratación se debe garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva⁷³.

En el presente asunto se tiene que de manera caprichosa la enjuiciada escogió la modalidad de contratación directa con la FLA para eludir el deber que tenía de adelantar un proceso de licitación pública que permitiera la participación del mayor número de interesados, desconociendo los principios de economía, transparencia, igualdad y selección objetiva, como se demostró en un capítulo anterior de este proveído.

La Sala funda la anterior aserción en que para la escogencia del contratista la procesada no adelantó un proceso que garantizara la participación de empresas públicas y particulares dedicadas a la producción de licor destilado en el

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de mayo de 2021, rad. 57822.

país, en la medida en que frente al contrato No. 069 no convocó sino a las industrias licoreras de los departamentos del Valle, Cundinamarca, Caldas y Antioquia para que presentaran sus cotizaciones y a las tres primeras ni siquiera les otorgó un plazo razonable para hacer sus ofertas, como tampoco invitó a las empresas particulares que estuvieran inscritas en el RUP, de manera que ella pudiera establecer con criterios objetivos cuál sería la más benéfica para los intereses del departamento del Huila.

Y en relación con los contratos 302 y 537, previo a su celebración no hizo ninguna invitación diferente de la que le hizo a la FLA, con la cual de antemano se reunió para negociar los precios que le pagaría por la prestación de sus servicios descartando de entrada la participación de otros agentes del mercado de los licores destilados, que al igual que ella tenían idoneidad y experiencia técnica, moral y financiera en la producción y comercialización de este tipo de bebidas, condiciones que constituyen garantía de seriedad y cumplimiento de las obligaciones emanadas del respectivo contrato y habrían permitido asegurar la consecución del interés común.

Es más, se demostró en este proceso que las licoreras de Caldas, Cauca y Cundinamarca tenían una experiencia superior a diez años en la producción de 3.500.000 unidades de aguardiente por año, experiencia que no tenía la FLA por lo cual la entonces gobernadora dividió en dos contratos el que se había propuesto celebrar en marzo de 2012, a un término de diez años, lo que demuestra que desde el comienzo todo estaba

direccionado para que la gobernación de Antioquia fuera la escogida, sin importar la existencia de las demás fábricas.

Así mismo, los procesos contractuales estuvieron rodeados de opacidad y secretismo, porque, como se vio líneas atrás, incluso desde el primero de los contratos censurados la administración departamental regentada por la aquí enjuiciada los adelantó sin que los interesados distintos de la FLA tuvieran oportunidad de conocer y controvertir los estudios previos y las resoluciones justificantes, pues así se haya indicado que tales documentos y actos administrativos se publicarían en la página web de la entidad, lo cierto es que dado el término que medió entre las distintas actuaciones, en la práctica solo la FLA pudo estar al tanto del trámite de tales negocios jurídicos, de suerte que los demás potenciales oferentes no pudieron formular observaciones a los estudios previos ni interponer recursos contra los referidos actos administrativos.

Además, la asamblea departamental autorizó a los gobernadores del Huila para contratar la producción, comercialización y venta del aguardiente doble anís solo a través de contratos de concesión, los cuales, como se demostró, debían tramitarse mediante licitación pública, porque en tratándose del monopolio rentístico de licores por no tener prevista ley que reglamentara una modalidad de contratación en particular, debía adelantarse a través de licitación pública, modalidad que constituye la regla general, según la ley de contratación pública, por proteger con mayor rigor los principios de la contratación estatal y por lo tanto prevalecía sobre la contratación directa, por no referirse al tipo de

contratos interadministrativos previstos para esa modalidad de contratación.

- La FLA era el único proveedor en el mercado

Tanto en los estudios previos, en las resoluciones de justificación, en los contratos 069, 303 y 537 de 2012, así como en el debate oral, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA y su defensa han pregonado que solo la FLA estaba en capacidad de producir y comercializar el aguardiente doble anís, dado que era la única industria licorera que contaba con el registro sanitario expedido por el INVIMA.

Ciertamente el estatuto de contratación estatal contempla como causal para acudir a la modalidad de contratación directa, la ausencia de pluralidad de oferentes (literal g del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007), caso en el cual no es posible aplicar el principio de libre concurrencia y, por ende, la modalidad de selección objetiva por convocatoria pública.

El precepto en mención fue reglamentado por el gobierno nacional mediante el artículo 81 del Decreto 2474 de 201, subrogado mediante el artículo 3.4.2.1. del Decreto 734 de 2012, vigentes para la época de los hechos⁷⁴. Del primero de los aludidos preceptos se infieren tres hipótesis fácticas por las cuales para 2012 los ordenadores del gasto podían acudir a la contratación directa por ausencia de oferentes:

⁷⁴ Posteriormente modificados por los Decretos 1510 de 2013 y 1082 de 2015.

(i) En el registro único de proponentes -en adelante RUP- solo había una persona inscrita; (ii) solo una persona es titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, y (iii) solo hay en un proveedor exclusivo de los bienes y/o servicios que requiere la administración para la adecuada consecución de los cometidos por ella perseguidos. No obstante, en el asunto sub judice no se configuró ninguna de las situaciones fácticas reseñadas, como pasa a estudiarse:

(ii) En cuanto a la inscripción en el RUP, ni en los estudios previos ni en los actos administrativos que precedieron la celebración de los tres contratos de concesión se dejó constancia de que en el referido registro solo se hallaba inscrita la FLA como único proponente. Solo se dijo que *“por tratarse de un contrato interadministrativo a celebrar con una entidad del estado, se da por descontado el cumplimiento de este requisito, por la simple calidad de ser de carácter oficial”*, postura que, al parecer, tuvo asiento en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007⁷⁵, lo que no significa que en el RUP no figuraran como inscritas otras fábricas productoras de licor destilado, descartándose entonces la configuración de este presupuesto.

(iii) Tratando de configurar la causal segunda (esto es, que solo una persona es titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor), la aforada exigió que el contratista debía contar con el registro sanitario INVIMA para

⁷⁵ “No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes” (subrayas fuera de texto).

la producción del aguardiente de marca doble anís. Sin embargo, como se demostró ut supra, por mandato del artículo 95 del Decreto 3192 de 1983 ese registro solo podía ser expedido a la gobernación del Huila como titular de la marca (y, por ende, de la propiedad industrial), como en efecto ocurrió, lo que significa que ninguno de los productores de licores destilados, incluyendo la FLA, podía ser titular del mismo.

Cosa distinta es que en cumplimiento de dicho ordenamiento, al haber celebrado contratos de concesión con la FLA, en el año 2009 el ente territorial la haya autorizado como fabricante del producto, como quedó consignado en la resolución de 12 de mayo de 2009 del INVIMA (arriba transcrita), autorización que la gobernación estaba en capacidad de impartir a favor de un nuevo fabricante en el momento en que suscribiera el contrato con una licorera distinta de la FLA o de mantenerla si a ésta, luego de la licitación pública, se le adjudicaba el contrato.

(iv) Como quiera que no hay ningún medio suasorio que demuestre que la FLA era el proveedor exclusivo del aguardiente doble anís en el país y, por ende, ninguna otra licorera pública o privada podría celebrar el contrato para su producción y comercialización, es indubitable que tampoco se configura esta causal.

Ahora, si para el 1° de enero de 2012 entre la gobernación del Huila y la FLA o cualquier otra industria licorera pública o privada hubiera estado vigente un contrato para la producción y comercialización de aguardiente doble anís, podría pensarse que se estaría ante la figura del proveedor exclusivo, lo que no

ocurre en este caso, en el que el contrato de concesión número 1056 de 27 de diciembre de 2011, celebrado entre la administración del doctor Luis Jorge Sánchez García y la FLA culminó el 31 de diciembre de ese año, lo que significa que a partir del 1° de enero del año siguiente ya no existía ningún contrato que tuviera por objeto la producción y comercialización del aguardiente doble anís y, por tanto, no puede hablarse en este caso de proveedor exclusivo de la bebida, que justificara la contratación directa de la FLA, menos aún cuando demostrado quedó que en Colombia operaban para la época varias empresas públicas y privadas productoras y comercializadoras de licor destilado, tres de las cuales en abril de 2012 le presentaron a la gobernación del Huila sus ofertas pero ninguna de éstas mereció el análisis por parte de la procesada, como se evidencia en los estudios previos y en las resoluciones de justificación de los contratos.

No sobra señalar que el solo hecho de invocar tres causales de contratación directa que no guardan ninguna relación entre sí (urgencia manifiesta, contrato interadministrativo, único proveedor), pone de presente, sin hesitación alguna, que la hoy aforada no tenía motivos para acudir a esa modalidad de contratación que, como se vio, solo puede ser empleada en casos excepcionales, ninguno de los cuales se configuró aquí.

En el marco expuesto, el hecho de que la procesada antepusiera su voluntad de contratar directamente a la FLA cuando su deber era suscribir un contrato de concesión al término de una licitación pública, en la cual pudieran participar tanto las licoreras públicas como las particulares,

demuestra un interés desmedido e indebido en favorecer a la gobernación de Antioquia, sin ocuparse por proteger el interés público, como lo ordena la Carta Política desde el preámbulo y el artículo primero, vulnerando de esta forma los principios de transparencia, imparcialidad e igualdad, que se garantizan con el artículo 409 del Código Penal, pues para la Sala es claro que ésta fue una maniobra para eludir el estatuto de contratación estatal.

Las anteriores razones demuestran la configuración del tipo objetivo de interés indebido en la celebración de los contratos de concesión números 069, 302 y 537 de 2012, atribuidos por la fiscalía a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA

1.2.2. Tipicidad subjetiva

La doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA obró con dolo, pues dada su formación universitaria (abogada, con estudios de posgrado en derecho público) y su trayectoria profesional (consejera en la Embajada de Colombia en Uruguay, alcaldesa de Neiva, diputada de la asamblea del Huila y directora regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar),⁷⁶ no era neófita en lo referente a la administración pública ni a los temas de contratación estatal. Ello sumado, por un lado, a la conciencia que tenía de que estaba obligada a adelantar una licitación pública y en su lugar acudió a la celebración de tres contratos directos con la FLA, a los cuales intentó dar apariencia de legalidad a través de distintas maniobras descritas ut supra, con el único propósito de favorecer los intereses económicos de dicha fábrica con el consecuente

⁷⁶ De acuerdo con los hechos objeto de estipulación.

sacrificio del interés público y de la buena imagen y el prestigio del departamento que representaba. Y de otra, el ocupar un cargo público de elección popular como lo es la gobernación del departamento del Huila, de acuerdo con la sana crítica, permite pregonar su amplio conocimiento de las normas que regulan la contratación pública en Colombia.

Su comportamiento no se compadece con lo que en la práctica común y lógica haría una persona con su preparación, conocimientos y experiencia, pues como se evidenció en el transcurso del proceso, fueron varias y de distinta naturaleza las irregularidades en las que incurrió en la etapa previa a la celebración de los contratos, que evidenciaban su voluntad de contrariar los elementos del tipo objetivo con el único propósito de favorecer a la FLA, tales como el desconocimiento de la modalidad contractual a la que debía acudir, las reuniones con los funcionarios de la gobernación de Antioquia, la celeridad en el trámite de los contratos, que no le permitió siquiera conocer los precios del mercado, como tampoco la oferta más favorable al departamento, y la falsa motivación de las decisiones de justificación de los pactos, todo lo cual evidenció la desviación de poder.

Por lo demás, el argumento consistente en que en todo momento actuó bajo el asesoramiento de un equipo interdisciplinario, incluyendo el abogado especializado Jorge Pino Ricci, no enerva la postura de la Sala, pues las irregularidades en las que incurrió habrían sido advertidas por cualquier persona novel en la materia, máxime en tratándose de una abogada que ya antes había fungido como ordenadora

del gasto cuando se desempeñó como alcaldesa de Neiva y, por ende, tenía experiencia en la celebración de contratos estatales.

Así las cosas, el comportamiento de la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA no conduce a pensar que actuó sin conocimiento de los elementos del tipo objetivo y voluntad de realizarlos, menos aun cuando quedó demostrado que no fue ajena al trámite precontractual y contractual de los tres negocios jurídicos cuya celebración indebida se le enrostra, de lo cual puede colegirse que conocía lo que estaba haciendo, esto es, sabía que debía adelantar un proceso de licitación pública con todas las formalidades legales y optó por un contrato directo, para obviar el procedimiento al cual estaba obligada.

1.2.3. Antijuridicidad

Con esta conducta se lesionó de manera efectiva el interés jurídico de la administración pública, cuya función es entre otras, la de estar al servicio de los intereses generales, pues la suscripción de los tres contratos de concesión significó el deliberado desconocimiento de los principios esenciales que orientan la administración pública, en especial los de economía, transparencia, igualdad y selección objetiva, consagrados como una forma de garantizar la correcta celebración de contratos por parte de las entidades estatales, respetuosa de los fines que le asigna la Constitución Política.

1.2.4. Culpabilidad

La doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA además de tener la madurez síquica de una ciudadana corriente, cuenta con educación superior como abogada con especialización en derecho público y vasta experiencia en el sector oficial, toda vez que se desempeñó como alcaldesa de Neiva y diputada de la asamblea del Huila, lo que le permitía conocer la ilicitud que entrañaban los comportamientos cuya comisión se le reprocha.

En consideración a lo anterior, la entonces gobernadora podía obrar acatando el ordenamiento jurídico, por lo que le era exigible un comportamiento distinto, respetuoso del alto cargo que desempeñaba y consecuente con la realidad social y económica de su región.

Por lo ampliamente consignado en este acápite y teniendo en cuenta que en este caso no se acreditó la existencia de alguna causal eximente de responsabilidad penal, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA será declarada penalmente responsable de la comisión de los tres delitos de interés indebido en la celebración de contratos que le imputó la fiscalía, en concurso homogéneo y sucesivo y, por consiguiente, se impartirá sentencia de condena en su contra con arreglo a lo previsto en el artículo 31 del Código Penal.

2. FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO

2.1. Tipicidad objetiva

Está tipificada en artículo 286 del Código Penal, así: *«El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o*

parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses» (con la modificación punitiva prevista en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

El artículo 294 del mismo estatuto establece: *«Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria».*

Por su parte, el inciso tercero del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil⁷⁷ definía el documento público como: *«El otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública».*

2.2. El caso concreto:

2.2.1. Concurso aparente de delitos. Criterios de solución.

En el alegato de conclusión del juicio oral, la fiscalía declinó de su pretensión de condena individual en lo referente a estos delitos, dado que, en su criterio en este asunto se configuró un concurso aparente de tipos y los tres delitos de

⁷⁷ Vigente para la época de los hechos, hoy subrogado mediante el artículo 243 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, que empezó a regir a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627 ibidem, en cuyo inciso segundo dispone: *“Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública”.*

interés indebido en la celebración de contratos, por cuanto a su juicio, las afirmaciones que considera contrarias a la verdad, expresadas en los estudios previos, en las resoluciones de justificación y en los contratos cuya celebración se le reprocha, constituyeron el medio para la comisión de estos últimos

La Sala no acoge la posición de la representante del ente acusador en el sentido indicado, atendiendo las razones que la Sala expone a continuación:

El artículo 31 de la Ley 599 de 2000 reguló el concurso material o efectivo de conductas punibles de la siguiente forma:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a (...).

PARAGRAFO. *En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.*

Ha sido criterio pacífico de la Sala de Casación Penal de esta Corte que el concurso material es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes⁷⁸.

⁷⁸ Sentencia de 25 de julio de 2007, rad. 27383

A su turno, el concurso aparente de tipos se presenta cuando una misma conducta parece adecuarse, simultáneamente, en varios tipos penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio non bis in ídem, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser sancionado dos veces⁷⁹, materializándose de este modo el mandato constitucional contenido en el artículo 29.

Sobre las anotadas reglas, jurisprudencial y doctrinariamente se ha concluido que según el principio de *especialidad*, de ser plausible una doble calificación jurídica a un único hecho, se escoge aquél que se ajuste de manera más clara o precisa que el de contenido genérico. Por su parte el de *consunción* refiere a que del hecho puede surgir la adecuación típica que absorbe o subsume otra de menor entidad. El axioma de *subsidiariedad* corresponde los casos en los que el legislador previó una sanción menor para una conducta que se ajusta a otra con mayor respuesta punitiva. Por último, en esta forma concursal también se ofrece el llamado *hecho acompañante*, el que corresponde a la escogencia del hecho principal, dejando de lado el que resulta de menor gravedad⁸⁰.

Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar,

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de febrero de 2000, rad. 12820.

⁸⁰ Cfr. CSJ SP3814-2022, Rad. 49203. 9 de noviembre de 2022.

preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal⁸¹.

Es igualmente pacífica y uniforme la jurisprudencia de la Corte en el sentido que el concurso aparente de tipos tiene como presupuestos básicos los siguientes: (i) la unidad de acción, esto es, que se trata de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas, (ii) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y (iii) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente⁸².

En el caso de la exgobernadora CIELO GONZÁLEZ VILLA no aplican los criterios de especialidad, consunción ni subsidiariedad para concluir en un concurso aparente de delitos, toda vez que la tipicidad objetiva del delito de interés indebido en la celebración de contratos no tiene similares supuestos de hecho que los delitos contra la fe pública, sino que, por el contrario, son tipos independientes y autónomos en los que no concurre la especialidad de uno con respecto al otro, tampoco se trata de supuestos de hecho más graves que incluyan otros menos graves y, finalmente, el legislador no

⁸¹ En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en sentencia de 15 de junio de 2005, rad. 21629.

⁸² Ibidem. En el mismo sentido ver sentencias de 25 de julio de 2007, rad. 27383, 6 de julio de 2011, rad. 34600, SP243-2023, sentencia de 30 de junio, rad. 63406.

previó como subsidiaria la falsedad ideológica con respecto al interés indebido.

Ahora bien, de la argumentación presentada por la fiscal delegada se infiere que lo invocado es un concurso medial, modalidad que se presenta cuando un delito es necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin⁸³. Ha dicho la Corte que esta es una modalidad de concurso real, con la particularidad que entre los delitos existe una relación estrecha, como es el caso de una falsedad que se ejecuta con el propósito de estafar⁸⁴.

En un caso similar al aquí estudiado⁸⁵ en el que la Sala de Casación Penal se pronunció sobre el presunto concurso aparente entre falsedad ideológica en documento público y contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en tanto para los casacionistas la falsedad se encontraría inmersa dentro del segundo de los citados punibles, sostuvo que los acusados vulneraron dos bienes jurídicos, esto es, la fe pública y la administración del Estado, pues si bien no desconoce que la finalidad de los autores era dar visos de legalidad a un trámite de contratación, de todos modos en la acción desplegada en orden a consumir dicha ilegalidad, lesionaron los anteriores intereses, lo cual sin duda, lleva a predicar el concurso real de delitos.

Así las cosas, para la Sala en el asunto de la especie nos encontramos ante un concurso material de delitos de interés

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal sentencia de 25 de julio de 2007, rad. 27383, reiterada en sentencia de 6 de julio de 2011, rad. 34600.

⁸⁴ Ejusdem.

⁸⁵ Sentencia de 6 de julio de 2011, antes citada.

indebido en la celebración de contratos y falsedad ideológica en documento público, y no ante uno aparente, como lo alegó la fiscalía, toda vez que, como se verá más adelante, pese a que los dos delitos contra la fe pública por los cuales habrá de impartirse condena se constituyeron en un medio para dar apariencia de legalidad de los contratos 302 y 537 de 2012, lo cierto es que al consignar en los actos administrativos que los justificaron -resoluciones 039 y 271 del mismo año-, afirmaciones espurias, se lesionó también la fe pública, esto es, la credibilidad de la comunidad en los documentos proferidos por la administración departamental.

Por último, es preciso recordar que las peticiones que formule la fiscalía en el alegato final, que no se funden en una valoración de las pruebas válidamente incorporadas al juicio, no constituyen actos de disposición de la acción penal, por cuanto ni el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 ni ninguna otra norma allí contenida concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación, como lo ha venido sosteniendo reiteradamente la Sala de Casación Penal⁸⁶.

Por tanto, el argumento consistente en que en este asunto se presentó un concurso aparente de tipos entre los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y las falsedades ideológicas debe ser considerado como una solicitud de la misma naturaleza que la impetrada por la defensa y demás intervinientes, que puede ser acogida o no por el juez de conocimiento quien, en todo caso, está en el deber de decidir

⁸⁶ Providencias SP6808 de 25 de mayo de 2016, rad. 43837; SP10585 de 3 de agosto de 2016, rad. 41905; SP15364 de 26 de octubre de 2016, rad. 45654; SP18449 de 8 de noviembre de 2017, rad. 47608; SP928 de 20 de mayo de 2020, rad. 49044 y AP1506-2024, de 15 de marzo de 2024, rad. 60381.

exclusivamente con fundamento en las pruebas aducidas en el juicio oral y atendiendo las normas que regulan el caso concreto.

2.2.2. En cuanto al sujeto activo de las conductas contra la fe pública, no hay duda de que para el año 2012 la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA fungía como gobernadora del Huila y de que estaba facultada por la Ley 14 de 1983, el Decreto Ley 1222 de 1986, las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 y la ordenanza 03 de 2010 de la asamblea departamental, por lo cual, en cumplimiento de sus funciones legales suscribió las resoluciones 039 de 7 de mayo de 2012 y 213 de 24 de la misma anualidad, en las cuales habría consignado hechos contrarios a la verdad.

2.2.3. Con ocasión de las dos falsedades ideológicas en documento público por las que se proferirá condena se afectó la credibilidad del conglomerado social, particularmente la de los ciudadanos del departamento del Huila, al menoscabar su confianza en los documentos oficiales expedidos por la procesada en desarrollo de la función pública que le fue atribuida constitucional y legalmente.

2.2.4. Demostración de la tipicidad objetiva de dos delitos de falsedad ideológica en documento público.

Se considera que en el presente asunto está demostrada la falsedad ideológica en las resoluciones 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto, ambas de 2012, rubricadas por la procesada, mediante las cuales se justificó la celebración de dos contratos diferentes (el 302 y el 537), en las que se consignó la misma afirmación que se considera contraria a la verdad y,

por ende, constitutiva de falsead ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo.

En este marco la Sala procede a realizar el análisis conjunto de los dos documentos, confrontándolos con los oficios mediante los cuales la acusada solicitó las cotizaciones a las licoreras de Cundinamarca, Caldas, Valle, Cauca y Antioquia, así:

En numeral 13 de ambos actos administrativos (por los cuales se realizó «la justificación de una Contratación Directa»), se consignó: *“Que el Departamento del Huila, en ejercicio del monopolio rentístico de licores, en el mes de enero y abril (sic) de 2012 cursó invitación a las cuatro licoreras oficiales más grandes y con mayor experiencia en producción de licores del país, como Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle, para que cotizaran para el Departamento del Huila a todo costo la maquila del Aguardiente Doble Anís, para lo cual el Departamento de Antioquia – Fábrica de Licores y Alkoholes de Antioquia cumple con las condiciones exigidas por el Departamento del Huila».*

En primer término, se advierte sin dificultad alguna que lo señalado en las referidas decisiones contradice abiertamente el texto de los oficios 32, 33, 34 y 35 de 26 de enero de 2012, emitidos por la procesada con destino a los gerentes de las licoreras de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca - respectivamente-, toda vez que, como lo manifestó la representante del órgano persecutor, las cotizaciones solicitadas mediante esas misivas lo fueron para un contrato diferente (que debía suscribirse en febrero de 2012) y no como insumo para la celebración de los pactos 302 y 537. El siguiente es el texto de los mencionados oficios:

Con el fin de iniciar un nuevo proceso para cubrir el mercado interno de nuestro producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS” a través de la figura de maquila, de manera atenta solicitamos la cotización de su Fábrica para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, la cual se recibirá hasta el día 31 de enero del presente año, hasta las 6:00 P.M.

En dicha cotización se requiere como un requisito (sic) indispensable que se nos garantice la producción antes del 15 de febrero de 2012, al igual que incluir el detalle del costo del producto puesto en la ciudad de Neiva-Huila, teniendo en cuenta las siguientes características generales de nuestro producto (...).

Por consiguiente, es más que evidente que las cotizaciones solicitadas el 26 de enero de 2012 a las industrias licoreras de Caldas, Valle, Antioquia y Cundinamarca, no tuvieron como propósito invitarlas a participar en el trámite que culminó con la celebración de los contratos 302 y 537, cuyo objeto fue, como lo adveró la fiscal delegada producir y comercializar, en su orden, 1.500.000 y 2.000.000 de unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml., contratos cuyo plazo, además, quedó pactado para el 31 de octubre y 31 de enero de 2013, respectivamente, sino para suscribir uno para la producción de 700.000 unidades que, además, debían estar listas y colocadas en la ciudad de Neiva a más tardar el 15 de febrero de 2012 (es decir, meses antes de la celebración de aquéllos), lo que acredita sin mayor dificultad que lo consignado en los actos administrativos sobre este aspecto no obedece a la realidad.

En segundo término, tampoco es cierto que en abril de 2012 la enjuiciada efectuó invitaciones a las licoreras de Cundinamarca, Cauca, Antioquia, Valle y Caldas para cotizar la producción, comercialización o distribución de 1.500.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375

ml., como tampoco para cotizar las 2.000.000 unidades de dicha bebida (que, se itera, era el objeto de los contratos de concesión 302 y 537), como pasa a demostrarse:

El 22 de marzo de 2012, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA emitió los oficios 106, 107, 108, 109 y 110, con destino a las licoreras de Cauca, Antioquia, Valle, Caldas y Cundinamarca, en los cuales les solicitó:

El Departamento del Huila está interesado en recibir cotización que nos conduzca a celebrar el contrato interadministrativo cuyo objeto es REALIZAR LA PRODUCCIÓN A TODO COSTO CON LA MAQUINARIA DEL CONTRATISTA, ASÍ COMO LA DISTRIBUCIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA DE TRES MILLONES QUINIENTAS MIL (3.500.000) UNIDADES DE AGUARDIENTE DOBLE AÑÍS DE 30° GRADOS (sic) ALCOHOLIMÉTRICOS Y PRODUCTOS DEL PORTAFOLIO DEL DEPARTAMENTO DEL HUILA SUPERIORES A 29 GRADOS ALCOHOLIMÉTRICOS, EN PRESENTACIÓN DE 375 C.C. O SU EQUIVALENTE EN CUALQUIER PRESENTACIÓN DURANTE UN TÉRMINO DE DIEZ (10) AÑOS; para tal fin anexo documento que contiene los requerimientos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos mínimos que deberá contener la cotización, la cual se recibirá hasta el día martes diez (10) de Abril del presente año.

No hay ninguna duda de que las mencionadas solicitudes no tenían ninguna relación con los contratos 302 y 537 de 2012, no solo por cuanto la cantidad de aguardiente doble anís que las licoreras debían cotizar era superior a la señalada en dichos pactos, sino porque el término del negocio jurídico que la administración departamental se proponía realizar era a diez años y además, incluía otros productos del portafolio del departamento, lo que devela que las cotizaciones se requerían para un contrato diferente, como lo argumentó la delegada del ente acusador.

En criterio de la Sala, con el hecho de consignar información mendaz como la analizada solo se pretendió crear una falsa apariencia para burlar la confianza que la colectividad del departamento del Huila tenía en las decisiones tomadas por la administración territorial, pues en ellas se dio a entender a la sociedad que antes de la firma de los contratos 302 y 537 la mandataria estuvo interesada en conocer las cotizaciones de diferentes licoreras, lo que constituye una distorsión de la realidad.

Ahora, adujo el testigo de la defensa Pino Ricci que en los referidos actos administrativos se consignó lo referente a las solicitudes enviadas en enero y abril de 2012 a diferentes licoreras oficiales para conocer los precios del mercado, porque presuntamente las respuestas por ellas ofrecidas habrían sido tenidas en cuenta al momento de tomar las decisiones, afirmación que no encuentra respaldo probatorio, toda vez que en enero de 2012 las fábricas de licores del Valle, Caldas y Cundinamarca no presentaron cotizaciones, luego mal puede aducirse que unos documentos inexistentes fueron valorados para efectos de justificar los contratos 302 y 537 celebrados con la FLA.

Así mismo, en las aludidas resoluciones de justificación no se hizo ninguna mención a las cotizaciones presentadas en abril por las industrias licoreras del Cauca, Caldas, Valle y Cundinamarca, sino solo a la de la FLA, como tampoco figura un estudio comparativo para determinar cuál era la mejor oferta, luego ninguna razón jurídica atendible se avizora para que en ellas se hubiese efectuado dicha manifestación, no siendo, por ende, creíble lo aseverado por el citado testigo.

Ahora bien, las referidas resoluciones, cuyos párrafos fueron tildados de inveraces por la acusadora, tienen aptitud probatoria, porque con su inclusión la gobernadora GONZÁLEZ VILLA permitió dar aspecto de legalidad a los contratos 302 y 537, al hacer pasar como cierto que antes de suscribirlos había invitado a varias empresas productoras de licor destilado a participar en dichos procesos contractuales, es decir, haciendo aparecer como un hecho histórico algo que ónticamente no sucedió (esto es, el proceso de selección objetiva como mecanismo más idóneo para la escogencia del contratista).

Así las cosas, le asiste razón a la fiscalía en su postura, por cuanto es incuestionable que la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA faltó a la verdad en las resoluciones 039 de 24 de mayo y 213 de 24 de agosto, al afirmar que con miras a celebrar los contratos 302 y 537, en enero y abril de 2012, solicitó cotizaciones a las cuatro fábricas más grandes y con mayor experiencia en la producción de licor destilado en el país, configurándose la tipicidad objetiva de los delitos de falsedad ideológica en documento público que le fueron imputados.

2.2. Tipicidad subjetiva.

Para la Sala, está demostrado que la procesada actuó con dolo, toda vez que tenía pleno conocimiento de que no era cierto que en los meses de enero y abril del mismo año, esto es, previo a la celebración de los contratos 302 y 537, solicitó cotizaciones a las licoreras públicas más grandes del país y aún así encaminó su voluntad para afirmar en las resoluciones 039 y 213 de 2012 que ello había ocurrido, pues su propósito era el

dar apariencia de verdad a esos trámites contractuales, lo que significa que al consignar hechos contrarios a la verdad actuó de manera consciente y voluntaria.

Así mismo, dada su formación profesional es claro que con su proceder estaba actualizando los elementos objetivos y normativos del tipo objetivo en estudio y pese a ello extendió los documentos con ese contenido.

2.3. Antijuridicidad

Además de típica objetiva y subjetivamente la conducta es antijurídica, porque lesionó el bien jurídico de la fe pública, en general la confianza o credibilidad que la comunidad del Huila tenía sobre la veracidad de los documentos expedidos por la administración departamental, ya que le hizo creer que con antelación a la formalización de los contratos en realidad había efectuado la solicitud de ofertas a varias fábricas de alcohol destilado, dando apariencia de que había adelantado la escogencia del contratista de manera objetiva y transparente. De este modo, en particular, puso en peligro los intereses de las demás personas o posibles contratistas interesados en prestarle sus servicios de maquila al departamento, a quienes se les privó del derecho de participar en el proceso de contratación en igualdad de condiciones que el seleccionado arbitraria y caprichosamente por la administración.

2.4. Culpabilidad

Acorde a los elementos de convicción obrantes en la actuación, es incontrovertible que CIELO GONZÁLEZ VILLA, al

realizar los hechos objeto de reproche se encontraba en uso de sus plenas capacidades cognitivas que le permitían conocer la ilicitud de sus actos y determinarse conforme con ese conocimiento, por ende, debe ser tenida como persona imputable.

La forma en que se desarrolló el *iter criminis*, esto es, la emisión de actos administrativos para justificar la suscripción de contratos en los cuales la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA tenía un indebido interés, permite suponer fundadamente a la Sala mayoritaria que estuvo siempre en capacidad de comprender la ilicitud consistente en consignar afirmaciones falaces y no obstante ese conocimiento, en lugar de ajustar su comportamiento a derecho, voluntariamente optó por consumarlo con las consecuencias de que da cuenta la actuación.

Como se dijo en precedencia, las condiciones personales y profesionales, además de su experiencia en el sector público, permiten inferir que la gobernadora sabía de la ilicitud de la conducta y, a pesar de ello quiso su realización, siéndole en consecuencia exigible una conducta ajustada a derecho porque conocía de su antijuridicidad y estaba en condiciones de determinarse libremente conforme a esa comprensión, y es aquí donde radica el juicio de culpabilidad, máxime que no obra en su favor una circunstancia que la excluya.

Atendiendo los argumentos expuestos por la fiscalía, la Sala declarará a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA como autora material del delito de falsedad ideológica en documento

público, en concurso homogéneo sucesivo, en lo que concierne a las resoluciones 039 y 213 de 2012.

2.5. Conductas falsarias que la Corte no encontró probadas.

2.5.1. Según la acusación, la presunta falsedad de la afirmación contenida en el formato de estudios previos número 095, en la resolución 03 de 14 de febrero y en los contratos 069 y 537, documentos expedidos en 2012, consistente en que las licoreras de Cundinamarca, Antioquia, Valle y Caldas manifestaron no poder cumplir con las condiciones establecidas y no cotizaron la maquila, toda vez que industrias de Cundinamarca y Caldas *“en ningún momento manifestaron ‘no poder cumplir nuestras condiciones y no cotizaron la maquila’, pues lo que pidieron fue ampliación del plazo para presentar la propuesta que solo fue de tres (3) días, de manera que si no cotizaron la maquila sus cotizaciones, lo que no pudieron hacer porque no se les dio oportunidad”*

La hipótesis fáctica que soporta la acusación no encontró asidero probatorio en este juicio, como pasa a demostrarse a partir del aparte tachado de inveraz por la fiscalía, en el cual la primera mandataria del departamento consignó textualmente:

“Que con el fin de conocer los precios en el mercado de la maquila de nuestra marca, la administración cursó invitación a cotizar a las cuatro licoreras más grandes y con mayor experiencia en el país: Cundinamarca, Antioquia, Valle y Caldas, de las cuales tan solo la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia manifestó su interés para la producción de 700.000 unidades de Aguardiente Doble Anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el departamento del Huila, cotizando la maquila del producto puesto en Neiva (...). Las tres licoreras restantes manifestaron no poder cumplir nuestras condiciones y no cotizaron la maquila” (literal d) del capítulo de “DEFINICIÓN DE LA FORMA DE SOLVENTAR LA NECESIDAD”.

Por su parte, en los oficios números 32, 33, 34 y 35, librados el 26 de enero de 2012 por la entonces gobernadora del Huila con destino a las licoreras del Valle, Antioquia, Cundinamarca y Caldas, solicitó⁸⁷:

“Con el fin de iniciar un nuevo proceso para cubrir el mercado interno de nuestro producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS” a través de la figura de maquila, de manera atenta solicitamos la cotización de su Fábrica para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml, la cual se recibirá hasta el día 31 de enero del presente año, hasta las 6:00 P.M.

En dicha cotización se requiere como un requisito (sic) indispensable que se nos garantice la producción antes del 15 de febrero de 2012, al igual que incluir el detalle del costo del producto puesto en la ciudad de Neiva-Huila, teniendo en cuenta las siguientes características generales de nuestro producto (...).”

Como se puede observar, en tales misivas la gobernante hizo dos solicitudes a las licoreras oficiales:

(i). Una cotización para la producción, a todo costo, de 700.000 unidades de aguardiente doble anís en presentación de 375 ml., así como el detalle del costo del producto puesto en Neiva, respuesta que debía darse a más tardar el 31 de enero de 2012, a las 6 de la tarde.

(ii). La garantía de que la producción de las 700.000 unidades de aguardiente doble anís se haría antes del 15 de febrero de 2012, requisito que fue considerado por la gobernadora como “*indispensable*”.

⁸⁷ El texto es idéntico para todas.

La representante del ente acusador no demostró que las afirmaciones consignadas en los referidos documentos precontractuales fueran falsas. Veamos:

(i). En cuanto al oficio presuntamente suscrito por Alejandro Escobar Valencia el 31 de enero de 2012, en su calidad de subgerente técnico de la licorera de Cundinamarca, al que se alude en la acusación, no fue solicitado como prueba por la fiscalía, por lo cual no se decretó su aducción al proceso y, por ende, no fue introducido al juicio oral, ni su contenido fue objeto de estipulación probatoria, de modo que este hecho no fue probado.

Solo se cuenta con la afirmación que se hace en los estudios previos 095, según la cual *“las tres licoreras restantes, manifestaron no poder cumplir nuestras condiciones y no cotizaron la maquila”*,⁸⁸ siendo una ellas la de Cundinamarca, pero nada se dijo en el sentido que esta compañía pidió ampliar el plazo para dar respuesta, por lo cual la fiscalía tenía la carga procesal de introducir el respectivo oficio al proceso pero, se itera, no lo hizo.

(ii) En cuanto a las licoreras del Valle⁸⁹ y de Caldas, es cierto que contestaron el requerimiento de la gobernación, en los siguientes términos:

La primera manifestó: *“En respuesta a la solicitud de presentar cotización para la producción a todo costo de 700.000 unidades en presentación de 375 ml del AGUARDIENTE DOBLE ANÍS, que usted nos hizo llegar el pasado 26 de Enero, (sic) debo manifestarle que por la*

⁸⁸ Cuaderno de pruebas de la Fiscalía, folio 26

⁸⁹ No mencionada en la acusación, pese a lo cual la respuesta por ella suministrada se valora, por cuanto su contenido fue objeto de estipulación entre las partes (fl. 85 de dicha carpeta).

brevedad del término en que usted necesita el producto terminado, la Industria Licorera del Valle no podrá cumplir con ese objetivo.

Sea esta la oportunidad para ofrecer nuestros servicios de Maquilas (sic), pues contamos con la experiencia necesaria, no solamente en la producción de nuestras marcas propias, sino también de los productos de otros departamentos”⁹⁰.

Acorde con dicho medio de persuasión, la industria licorera del Valle no solicitó ampliación del término para presentar la cotización que le fue solicitada, en cambio sí manifestó no estar en condiciones de cumplir el requerimiento de la gobernación del Huila (al decir que “no podrá cumplir con ese objetivo”), consistente en que se le garantizara la “producción” de la bebida embriagante antes del 15 de febrero de 2012, como lo afirmó en su oportunidad la hoy procesada en el documento que la fiscalía califica de falso.

Otro tanto ocurre con la licorera de Caldas, entidad pública que mediante oficio ILC-282, de 31 de enero de 2012, sí solicitó ampliación del plazo para presentar la propuesta, pero al mismo tiempo manifestó su “imposibilidad” de cumplir los requerimientos del ente territorial, por cuanto necesitaba 28 días calendario para tramitar ante las autoridades competentes el registro y la aprobación de las etiquetas y 75 días calendario para que le fueran despachadas las esencias. El siguiente es el texto del oficio:

“Dando alcance a su comunicación DG 032 del 26 de enero de 2012, en la cual nos solicita cotizar la maquila de su producto “AGUARDIENTE DOBLE AÑÍS”, (...) nos permitimos realizar las siguientes consideraciones:

1. Que su comunicación fue recibida en las instalaciones de la Industria Licorera de Caldas solo hasta el pasado viernes 27 de enero de

⁹⁰ Oficio sin número, de 30 de enero de 2012, suscrito por Juan Carlos Ramírez Delgado en su calidad de secretario general y jurídico de la industria licorera del Valle

2.012 y otorga un plazo máximo de respuesta hasta el 31 de enero de 2.012. Dada la importancia que reviste para nuestra empresa dar una respuesta oportuna y ajustada a las realidades del mercado, es necesario que amplíe el plazo para presentar nuestra propuesta, en virtud de que es necesario validar los insumos que participan en la producción del producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS”, donde desconocemos aspectos relevantes como las esencias, materiales de las etiquetas, calibre de sus cajas de embalaje y referencia del envase en vidrio los cuales es necesario conocer para determinar un eventual costo de materias primas y demás.

2. Que su comunicación exige que se garantice la producción para antes del 15 de febrero de 2.012. La Industria Licorera de Caldas podrá comprometerse antes del 15 de febrero de 2.012 con un cronograma de entregas para los meses siguientes del citado producto, sin embargo, es necesario que se aclare si con la expresión “garantizar la producción antes del 15 de febrero de 2012” exige que las 700.000 unidades se encuentren ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012, caso en el cual sería imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas, tardarían cerca de 28 días calendario (...).

Es necesario aclarar que en el mercado de las esencias, los tiempos de entrega se encuentran estimados en 75 días calendario.

Reiteramos el elevado interés que le asiste la Industria (sic) Licorera de Caldas en realizar el envasado de un producto tan prestigioso y de tan amplia trayectoria y reconocimiento como es su producto “AGUARDIENTE DOBLE ANÍS”, pero es indispensable contar con la información solicitada y la extensión de al menos dos semanas de plazo a fin de preparar una cotización ajustada”.

La comunicación en cita no conduce a concluir la falsedad ideológica alegada por la fiscalía. Ello por cuanto si bien la licorera de Caldas manifestó que podía “comprometerse” antes del 15 de febrero, lo cierto es que al mismo tiempo indicó que solo “con un cronograma de entregas para los meses siguientes” podía entregar el “producto”, concretando, en todo caso, que si las 700.000 unidades del aguardiente debían estar “ya envasadas antes del 15 de febrero de 2.012” le sería “imposible cumplir con dicho compromiso, puesto que solo los trámites ante las autoridades competentes de registro y aprobación de etiquetas, tardarían cerca de 28 días

calendario” (...), agregando que también requería de 75 días calendario para que le fueran “*entregadas las esencias*”, sin las cuales, obviamente, no podría elaborar antes de ese plazo -75 días-, el aguardiente doble anís.

En consecuencia, la afirmación consistente en que tres de las licoreras invitadas a cotizar manifestaron que les era “*imposible cumplir las condiciones exigidas por la gobernación del Huila*” es concordante con la realidad⁹¹, como también lo es la referente a que no cotizaron la maquila, pues lo cierto es que solo la FLA presentó la cotización requerida por la gobernación.

Al no encontrar tipificada objetivamente la conducta de falsedad ideológica en el formato de estudios previos número 095, en la resolución 03 de 14 de febrero y en los contratos 069 y 537, en los términos de la acusación, la Corte debe absolver a la acusada de este cargo.

2.5.2. En lo que concierne a la falsedad ideológica presuntamente contenida en el contrato 302 numeral 14.5 del escrito de acusación, correspondiente al numeral 13.5 de la formulación oral), cimentada en que en tales documentos públicos “*se afirmó que solamente la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia manifestó su interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el Departamento del Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas a las que se había hecho invitación*”, se advierte que la fiscal delegada no atribuyó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA ninguna

⁹¹ No se demostró en el proceso que lo afirmado por la encausada, en el sentido que también la licorera de Cundinamarca le informó a la gobernación del Huila que no podía cumplir las condiciones por ella exigidas, es contrario a la verdad. Ello máxime cuando por tratarse de documentos públicos se presume su veracidad, y si bien es una presunción iuris tantum, lo cierto es que la fiscalía tenía el deber de desvirtuarla, pero, se itera, no lo hizo.

conducta punible, limitándose a invocar lo consignado por esta última en los referidos acto administrativo y negocios jurídicos.

No obstante, teniendo en cuenta que en el numeral 14 del escrito de acusación la fiscalía señaló que *“en los procesos contractuales (...) 302 y (...) de 2012, en la ciudad de Neiva fueron elaborados documentos públicos en los cuales se afirmaron hechos que no corresponden a la verdad”*, podría entender la Sala que en el referido numeral estaba haciendo referencia al delito de falsedad ideológica en documentos públicos.

Pese a la anterior premisa, por expreso mandato de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, bajo cuya égida se adelanta este proceso, el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que la fiscalía debe hacer *“una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”*. Al respecto, ha sido pacífica la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal al señalar que la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera⁹². En otros términos, los hechos jurídicamente relevantes se identifican con los presupuestos fácticos que

⁹² Sentencia SP3168-2017, de 8 de marzo, rad. 44599

encajan o pueden subsumirse en el supuesto jurídico previsto por el legislador en el estatuto sancionador, es decir, la relevancia jurídica del hecho se supedita a su correspondencia con la norma penal⁹³.

Así las cosas, si el ente acusador omitió poner en conocimiento de la Corte los hechos jurídicamente relevantes que, a su juicio, caracterizarían objetivamente el delito de falsedad ideológica en el contrato 302, sumado a que al hacer la transcripción de lo allí consignado por la aforada (que fue de lo único que se ocupó la delegada al elaborar la acusación y exponerla en su intervención ante la Sala), no hizo siquiera una remisión al menos tácita al ítem 14.1., (en el que, luego de reproducir un párrafo del formato de estudios previos 095 de 7 de febrero de 2012, expuso los hechos que considera contrarios a la realidad), no es posible entender que la imputación fáctica allí efectuada se extiende también a lo consignado en el contrato 302 de 2012, sin que, por lo demás, le sea dable a la Sala adicionar la acusación.

No sobra señalar que al no haberse hecho la imputación fáctica con la descripción clara y sustentada de los hechos jurídicamente relevantes, no es posible condenar por este hecho, pues ello entrañaría la vulneración del principio de congruencia y de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, al no darle a la aforada la oportunidad de defenderse respecto de este cargo.

⁹³ AP887-2024, de 28 de febrero, rad. 64354. En el mismo sentido Cf. Sentencia SP2024-2019, de 5 de junio, rad. 51007; SP372-2021, 17 de febrero, rad. 55532 y SP4524-2021, de 6 de octubre, rad. 56204, entre otras.

En consecuencia, no queda otro remedio a la Sala que absolver a la doctora GONZÁLEZ VILLA de la presunta conducta delictiva que habría cometido al signar el contrato 302 de 2012.

2.5.3. La fiscal delegada atribuye a la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA la comisión de los delitos de falsedad ideológica, arguyendo que en los estudios previos 0095 suscritos por ella y en los elaborados por orden suya (esto es, el 498 y el 791), con el propósito de *“justificar la contratación directa con la Fábrica de Licores y Alkoholes de Antioquia”*, se afirmó *“que la marca aguardiente doble anís ‘venía recuperando posicionamiento en el mercado interno’”*, lo cual no correspondía a la verdad.

Para sustentar la acusación la fiscal delegada invoca como hechos jurídicamente relevantes lo consignado en los estudios previos 095, 498 y 791 de 23 de agosto de 2012, aseverando que, en su criterio, lo allí consignado se contrapone *“al estudio de Contraloría Departamental remitido en el oficio 368 (sic) del 5 de junio de 2012 a la Gobernadora Cielo González, luego de dar cuenta del comportamiento de las ventas de aguardiente doble anís en el periodo comprendido entre 1998 a (sic) 2011, destacó el decrecimiento durante los años 2009, 2010, 2011, en comparación con los años 2000 a 2007, fenómeno que incidió en los ingresos que debía percibir el departamento por la explotación del monopolio de licores”*.

La Corte debe precisar, en primer término, que si bien la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no suscribió los estudios previos 498 y 791 de 2012, pues lo hicieron los doctores Carlos Eduardo Trujillo González, como responsable técnico, y José Nelson Polanía Tamayo, en su condición de director del departamento administrativo de contratación de la

gobernación del Huila, su contenido puede serle atribuido, pues con el testimonio de dichos funcionarios y el de Jorge Pino Ricci, Fernanda Guevara Cadena y Héctor Galindo Yustres, se demostró que estuvo al frente del proceso contractual y en tal sentido direccionó de manera especial la etapa precontractual; pues recuérdese que desde el inicio de su gestión quiso favorecer a la FLA con la celebración de los contratos de concesión para la producción del aguardiente doble anís, luego no hay duda de que en el documento examinado se plasmó la voluntad con relevancia jurídica de la entonces gobernante del Huila. Ratifica este aserto que los estudios previos 498 y 791 son casi un calco del 095 (rubricado por la ex funcionaria, con las modificaciones pertinentes, según cada situación fáctica).

Esta postura ha sido adoptada de antaño por la Sala de Casación Penal:

“Esta tesis se aviene a las necesidades actuales de una sociedad como la nuestra, en la que por virtud de la gran cantidad y variedad de funciones, en este caso, atribuidas a los servidores públicos con capacidad de documentar, en procura de economizar tiempo y satisfacer prontamente las necesidades públicas los documentos no siempre se elaboran por ellos. Esto ocurre con las secretarias, digitadores y subalternos que los crean para sus jefes.

En consecuencia, se viene distinguiendo entre el autor y quien firma el documento: Autor es quien en el documento plasma su voluntad con relevancia jurídica. Firma es el signo material, objetivo y externo que tiene como finalidad acreditar la autoría del documento.

De no ser signado el documento por su autor, ello no significa que carezca de él, pues como ya se vio, lo trascendente es que lo tenga y que sea determinado o determinable.

No necesariamente quien crea el documento es su autor, porque en muchas ocasiones la voluntad expresada en él no es la suya, como ocurre con las secretarías que escriben un documento falso dictado por su jefe.⁹⁴

Como se aduce en la acusación, en el título de “ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN” de los referidos formatos de estudios previos se afirma que *“... con base en la información que posee la Secretaría de Hacienda Departamental permite establecer que con este modelo de contratación interadministrativa con el Departamento de Antioquia – Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, desde mayo de 2009, nuestra marca “Aguardiente Doble Anís” ha venido recuperando el posicionamiento en el mercado interno, que había perdido frente a marcas nacionales y extranjeras, de tal modo que al cierre de la vigencia 2011 se registraron ventas que superaron los 3.500.000 de unidades de Aguardiente Doble Anís en presentación de 375 c.c, cifra esta (sic) que desbordó nuestras proyecciones, basadas en los consumos de los últimos cinco años, que no superaban los 2.600.000 unidades de 375 ml...”*. Según se infiere de la acusación, para la fiscalía el aserto subrayado es el que no corresponde a la verdad, por las razones indicadas en el numeral 14.10 (reproducidas en un párrafo anterior).

La posición de la fiscalía en estos eventos tampoco encontró asidero en el proceso, pues además de que no cumplió con la carga probatoria que le corresponde en su rol de acusadora, en la medida en que no introdujo ningún medio suasorio que desvirtúe lo afirmado por la gobernación del Huila en los aludidos documentos (en el sentido que a partir de 2009 el aguardiente marca doble anís estaba “recuperando” su “posicionamiento en el mercado”), partió de un criterio errado al equiparar esta figura con la de ventas de un producto, lo cual no es acertado, aunado a que omitió hacer el respectivo análisis

⁹⁴ Auto AP de 28 de mayo de 2008, rad. 22019, postura reiterada en sentencia de 12 de diciembre de 2012 AP1660-2016, de 28 de marzo, rad. 32645.

del oficio de la contraloría departamental que cita como soporte de la acusación (esto es, el 378 y no el 368, como allí se afirma).

En primer término, no obra en el proceso ningún estudio, análisis u otro documento emitido por la contraloría u otra entidad pública o privada, como tampoco el testimonio de un nutrido grupo de comprobados consumidores de aguardiente doble anís del departamento del Huila o el de personas que participaban en los canales de distribución o comercialización del mismo, con base en los cuales pueda afirmarse válidamente que es falso que a partir de 2009 dicha bebida estaba “recuperando su posicionamiento en el mercado”, de modo que en este aspecto la acusación quedó huérfana de respaldo probatorio.

En segundo término, el vocablo “*posicionamiento de una marca*” no es equivalente sí y solo sí al número de unidades vendidas en un periodo de tiempo y en un lugar determinados, como lo asumió sin fundamento alguno la representante del ente acusador. En efecto, dicha voz, al igual que el verbo “*recuperar*”, no tienen definición en el ordenamiento jurídico positivo colombiano, lo que no significa que no se pueda desentrañar su alcance con base en las herramientas de hermenéutica jurídica vigentes en el país.

Así, la palabra “*recuperar*”, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁹⁵ significa: “1. Volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía. 2. Volver a poner en servicio lo que ya estaba. 3. Trabajar un determinado tiempo para compensar lo que no se había hecho por algún motivo. 4. Volver en sí”. Por su parte, según

⁹⁵ Artículo 28 del Código Civil: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

la misma obra, “posicionamiento” es la *«acción y efecto de posicionar»*, en tanto que posicionar significa *“tomar una posición respecto de algo o de alguien”*. En el comercio nacional e internacional posicionamiento se entiende como *“el lugar o la importancia que ocupa un producto o servicio en la mente de los consumidores respecto a la competencia, es decir, sustenta la razón del porqué una persona piensa en una marca determinada en lugar de la de su competencia”*⁹⁶. De esta definición se infiere que el posicionamiento de una marca equivale al estatus de notoriedad, cuyos factores para determinarlo fueron dispuestos en el artículo 228 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina⁹⁷, en los siguientes términos:

“a) El grado de su conocimiento entre los miembros del sector pertinente dentro de cualquier País Miembro; b) la duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización, dentro o fuera de cualquier País Miembro; c) la duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción, dentro o fuera de cualquier País Miembro, incluyendo la publicidad y la presentación en ferias, exposiciones u otros eventos de los productos o servicios, del establecimiento o de la actividad a los que se aplique; d) el valor de toda inversión efectuada para promoverlo, o para promover el establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique; e) las cifras de ventas y de ingresos de la empresa titular en lo que respecta al signo cuya notoriedad se alega, tanto en el plano internacional como en el del País Miembro en el que se pretende la protección; f) el grado de distintividad inherente o adquirida del signo; g) el valor contable del signo como activo empresarial; h) el volumen de pedidos de personas interesadas en obtener una franquicia o licencia del signo en determinado territorio; o, i) la existencia de actividades significativas de fabricación, compras o almacenamiento por el titular del signo en el País Miembro en que se busca protección; j) los aspectos del comercio internacional; o, k) La existencia y antigüedad de cualquier registro o solicitud de registro del signo distintivo en el País Miembro o en el extranjero”.

Por su parte el artículo 230 del mismo ordenamiento dispone que se consideran como sectores pertinentes de

⁹⁶ <https://www.questionpro.com/blog/es/posicionamiento-de-marca/>

⁹⁷ Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante la Ley

referencia para determinar la notoriedad, entre otros, los siguientes:

“a) Los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios a los que se aplique; b) las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplique; o, c) los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo de establecimiento, actividad, productos o servicios a los que se aplique. Para efectos de reconocer la notoriedad de un signo bastará que sea conocido dentro de cualquiera de los sectores referidos en los literales anteriores”.

Acorde con lo anterior, el posicionamiento o la notoriedad de una marca lo componen varios factores, tales como el conocimiento y la imagen que de la misma tengan tanto los habituales consumidores del producto o servicio en un mercado determinado (en este caso el departamento del Huila, que es donde se mercadea el aguardiente doble anís), así como las personas que participan en su comercialización, distribución y venta, lo que traduce en su reconocimiento público; la duración de su publicidad; los volúmenes de producción y de ventas, entre otros, es decir, no se contrae a este último factor, como lo consideró la fiscalía.

Ahora, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que la notoriedad de una marca *“puede variar con el tiempo, es decir, un signo que hoy se repute notoriamente conocido puede perder dicho estatus si su titular no realiza acciones conducentes a conservarlo: calidad, difusión, volumen de ventas, publicidad, entre otros”*⁹⁸, es decir que una marca bien posicionada en el mercado puede perder su notoriedad en el mercado, pero así mismo con las estrategias adecuadas puede *“recuperarla”*.

⁹⁸ Organismo consultivo supra nacional. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 22 de agosto de 2021 dentro del proceso 54-IP-2020 Warner Bros. Entertainment INC Vs. Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- de la República de Colombia.

En el asunto debatido, se tiene que no hay ningún medio suasorio que desvirtúe lo consignado en los estudios previos 095, 498 y 791 de 2012, en el sentido que en los años 2007 y 2008 el aguardiente doble anís había perdido posicionamiento en el mercado con respecto a otras marcas de licores destilados, y que fue a partir de 2009, cuando inició su producción por parte de la FLA, que empezó a tener de nuevo la notoriedad que había tenido entre 1997 y 2000 cuando la bebida era elaborada por la empresa particular Licorsa, con la cual la gobernación del Huila había celebrado un contrato para la producción de 2.000.000 anuales de unidades. Es decir, no hay ninguna evidencia de la falsedad pregonada en la acusación.

Ahora, aceptando en gracia de discusión que la notoriedad o posicionamiento de una marca se asienta únicamente en el volumen de ventas, la afirmación tachada de falsa no es contraria a lo asegurado en el estudio 378 de 5 de junio de 2012 (emitido por la contraloría departamental en respuesta a una solicitud de acompañamiento preventivo que la gobernación le reclamó en su calidad de ente de control, la cual fue negativa), habida cuenta que, por un lado, allí se afirmó que *“a partir del 2009, el comportamiento de unidades declaradas ha mejorado paulatinamente hasta el año 2011, que registra una declaración de venta de 1,6 millones de unidades de aguardiente Doble Anís de 750 c.c; en todo caso sin superarlas cuantías que se registraban durante la ejecución de la concesión que termina con una cantidad de 1.700.000 unidades”*.

Y por el otro, en el documento analizado la contraloría hizo un juicioso estudio a partir de las ventas de aguardiente doble anís (sin tener en cuenta el volumen de unidades contratado por el departamento del Huila, que es otro de los indicadores del posicionamiento de cualquier marca), en el cual señaló que en el contrato de concesión 01 de 1997, suscrito entre dicho ente territorial y Licorsa para ser ejecutado en el término de 10 años, *“inicialmente se determina una cuota mínima de ventas de 2.0 millones de unidades de 750 c.c. de Doble Anís, la cual se sostiene hasta 2004”, pues a partir de 2005 “la cuota pactada inicialmente se reduce mediante Otrosí de diciembre 28 de 2005, a 1.700.000 unidades de AGUARDIENTE DOBLE ANÍS, equivalente a un 15% menos (300.000). Así mismo cita el estudio de la firma Zarama y Consultores Asociados, elaborado en cumplimiento de un contrato celebrado con ésta por la gobernación del Huila con el objeto de hacer “el diagnóstico del mercado de los licores anisados en el departamento y en el territorio nacional, con el fin de determinar la contratación que más conviniera para la explotación del monopolio”, en el que se concluyó que en el año 2007 (cuando estaba vigente el contrato con Licorsa, “la cuota de venta real disminuyó durante la concesión por la falta de pactar y consolidar una estrategia de promoción y publicidad con el Concesionario”.*

En la misma fuente se aduce que según información de la secretaría de hacienda departamental *“en el año 2007 quedó un saldo de botellas por vender en las bodegas del comercializador, con las que se cubriría la demanda del año 2008”.* Afirmó así mismo la contraloría que en 2008 se presentó *“el mayor bajón en las ventas declaradas del aguardiente del Aguardiente Doble Anís en los últimos 15 años, con una cantidad de 400.000 unidades”,* dentro de los 5 años anteriores como se consignó en los estudios previos para los contratos 0069, 0302 y 0537; en tanto que en 2009 se

negociaron 1.100.000; en 2010 la cantidad de 1.500.000 y en 2011 un volumen de 1.650.000.

Igualmente, en el informe de la contraloría departamental del Huila, de octubre de 2016, denominado “*EVALUACIÓN COMPORTAMIENTO DE VENTAS DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA, VIGENCIA 2000-2015*”⁹⁹, se indica que en el año 2008 se presentó “*el mayor bajón en las ventas declaradas del aguardiente Doble Anís en los últimos 15 años, con una cantidad de 400.000 unidades*” y a “*partir de 2009, el comportamiento de las unidades declaradas ha mejorado paulatinamente hasta el año 2013, que registra una declaración de venta de 2.0 millones de unidades de Aguardiente Doble Anís de 750 c.c. (...)*”. Se advierte así mismo en este documento, que “*es a partir del vencimiento del contrato de concesión en diciembre de 2007, cuando se reducen de manera considerable las finanzas departamentales por este concepto, debido a que en vigencia de 2008, se presenta una reducción del ingreso total de \$8.279.1 millones al pasar de \$13.404.5 millones recibidos en el 2007 a recibir la suma de \$5.014,8 millones en el año 2008, equivalente al 62%. A partir del año 2009 empieza a subir el total recibido por el Departamento hasta llegar a una suma de \$24.496.8 millones en el año 2015*”.

Entonces, si desde la perspectiva de la fiscalía (posicionamiento de marca = a volumen de ventas), sería indiscutible que desde 2005 la marca aguardiente doble anís empezó a perder notoriedad en el mercado, situación que se prolongó hasta 2008, de modo que si a partir de 2009, cuando la FLA empezó a producir la bebida, las ventas casi se triplicaron con respecto al año anterior, ello significa que el posicionamiento de la marca se estaba “*recuperando*”, como se consignó en los documentos que la fiscalía estima espurios.

⁹⁹ Visible a folios 649 a 661 del cuaderno 4 de pruebas de la defensa.

Ahora, la defensa aportó el reporte completo de auditoría para las vigencias 2008-2012, que fuera presentado o elaborado en diciembre de 2012, al que precisamente se refiere el ciudadano Anselmo Perdomo Leiva en su testimonio¹⁰⁰ En dicho informe se hacen afirmaciones difíciles de comprender, pues, se tornan contradictorias, de una parte dice:

«Dentro de la revisión y análisis a la documentación pertinente, no se evidencia la existencia de estudios técnicos ni estudios de mercado que permitan determinar el consumo de Aguardiente Doble Anís en el Departamento, y sustente la cantidad necesaria del producto que debe ser producida para evitar el desabastecimiento en el mercado, por tanto, mal podría decir el Departamento en sus estudios previos que la suscripción de un contrato con determinada firma genera al ente territorial mayores ingresos, y la oportunidad y calidad en la producción de nuestra marca» (se subraya).

Y, de otra, luego de citar textualmente las razones que de la gobernación, afirma:

“En este sentido, a pesar de aceptarse la existencia de estudios que determinen la cantidad del producto a producir (sic), se sigue sin entender las razones por las cuales la Entidad establece que mediante un contrato Interadministrativo con la Fábrica de Licores de Antioquia. Y aunque se aduce un incremento en las ventas a partir del momento desde el cual se inició a contratar con la FLA...”

Adicionalmente, la defensa aportó una evaluación al comportamiento de venta del aguardiente doble anís dentro del rango 2000 a 2015 y allí aparece nuevamente como uno de sus autores el testigo de la fiscalía Anselmo Perdomo Leiva. En lo que interesa a este criterio del ente acusador para considerar uno de los delitos de falsedad ideológica, el informe señala:

¹⁰⁰ Cuaderno 4 prueba documental de la defensa, folio 604.

“A partir del 2009, el comportamiento de las unidades declarados ha mejorado paulatinamente hasta el año 2013, que registró una declaración de venta de 2.0 millones de unidades de Aguardiente Doble Anís de 750 c.c.”¹⁰¹

Así las cosas, la contraloría sí hace referencia a un decrecimiento en las ventas del licor, consecuentemente en los ingresos del departamento, pero se refiere a años anteriores a 2009:

“Esta reducción en los Ingresos por este concepto se acrecienta en el año 2008 donde su ingreso solo alcanza los \$591.9 millones, durante el 2009 y hasta el 2011 presenta un comportamiento oscilante al posar de \$1.847,3 millones en el 2009 o \$3.070, 8 millones en 2010, luego en lo vigencia 2011 este valor se disminuye en \$302.5 millones respecto al valor obtenido en lo vigencia anterior (2010) y a partir de lo vigencia 2012, este ingreso comienza la tendencia hacia el alza, encontrando grandes incrementos...”¹⁰².

Se observa entonces que la fiscalía interpretó de manera inadecuada el informe de la contraloría departamental del Huila, pues, contrario a la pretensión acusadora, a partir del tiempo en que la FLA se encargó de producir y comercializar el aguardiente doble anís para el departamento del Huila, el ente de control halló un mejoramiento paulatino en las ventas del mismo y esto, necesariamente repercutió en el posicionamiento de la marca en el mercado, por manera que, de la misma prueba del ente acusador queda ausente la afirmación que se hace respecto del delito de falsedad ideológica en documento público.

Así las cosas, la Sala impartirá fallo absolutorio en lo que concierne a las presuntas falsedades ideológicas consignadas en los formatos de estudios previos 095, 498 y 271 de 2012.

¹⁰¹ Cuaderno 4 prueba documental de la defensa, folio 657

¹⁰² Id. Folio 661

2.5.2. En lo que concierne a la falsedad ideológica presuntamente contenidas en el contrato 302 numeral 14.5 del escrito de acusación, correspondiente al numeral 13.5 de la formulación oral), cimentada en que en tales documentos públicos «*se afirmó que solamente la Fábrica de Licores y Alkoholes de Antioquia manifestó su interés para la producción de aguardiente doble anís bajo las condiciones de oportunidad requeridas por el Departamento del Huila, lo que no hicieron las licoreras de Cundinamarca, Antioquia (sic), Valle y Caldas a las que se había hecho invitación*», se advierte que la fiscal delegada no atribuyó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA ninguna conducta punible, limitándose a invocar lo consignado por esta última en los referidos acto administrativo y negocios jurídicos.

No obstante, teniendo en cuenta que en el numeral 14 del escrito de acusación la fiscalía señaló que «*en los procesos contractuales (...) 302 y (...) de 2012, en la ciudad de Neiva fueron elaborados documentos públicos en los cuales se afirmaron hechos que no corresponden a la verdad*», podría entender la Sala que en el referido numeral estaba haciendo alusión al delito de falsedad ideológica en documentos públicos.

Pese a la anterior premisa, por expreso mandato de los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, bajo cuya égida se adelanta este proceso, el contenido de la imputación y de la acusación, respectivamente, disponen que la fiscalía debe hacer «*una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes*». Al respecto, ha sido pacífica la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal al señalar que la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de

conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. También es claro que la determinación de los hechos definidos en abstracto por el legislador, como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, está supeditada a la adecuada interpretación de la norma penal, para lo que el analista debe utilizar, entre otras herramientas, los criterios de interpretación normativa, la doctrina, la jurisprudencia, etcétera¹⁰³. En otros términos, los hechos jurídicamente relevantes se identifican con los presupuestos fácticos que encajan o pueden subsumirse en el supuesto jurídico previsto por el legislador en el estatuto sancionador, es decir, la relevancia jurídica del hecho se supedita a su correspondencia con la norma penal¹⁰⁴.

Así las cosas, si el ente acusador omitió poner en conocimiento de la Corte los hechos jurídicamente relevantes que, a su juicio, caracterizarían objetivamente el delito de falsedad ideológica en el contrato 302, sumado a que al hacer la transcripción de lo allí consignado por la aforada (que fue de lo único que se ocupó la delegada al elaborar la acusación y exponerla en su intervención ante la Sala), no hizo siquiera una remisión al menos tácita al ítem 15.1., (en el que, luego de reproducir un párrafo del formato de estudios previos 095 de 7 de febrero de 2012, expuso los hechos que considera contrarios a la realidad), no es posible entender que la imputación fáctica allí efectuada se extiende también a lo consignado en el contrato

¹⁰³ Sentencia SP3168-2017, de 8 de marzo, rad. 44599

¹⁰⁴ AP887-2024, de 28 de febrero, rad. 64354. En el mismo sentido Cf. Sentencia SP2024-2019, de 5 de junio, rad. 51007; SP372-2021, 17 de febrero, rad. 55532 y SP4524-2021, de 6 de octubre, rad. 56204, entre otras.

302 de 2012, sin que, por lo demás, le sea dable a la Sala adicionar la acusación.

No sobra señalar que al no haberse hecho la imputación fáctica con la descripción clara y sustentada de los hechos jurídicamente relevantes no es posible condenar por este hecho, pues ello entrañaría la vulneración del principio de congruencia y de los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso, al no darle a la aforada la oportunidad de defenderse respecto de este cargo.

En consecuencia, no queda otro remedio a la Sala que absolver a la doctora GONZÁLEZ VILLA de la presunta conducta delictiva que habría cometido al signar el contrato 302 de 2012.

2.5.3. La fiscal delegada atribuye a la procesada CIELO GONZÁLEZ VILLA la comisión de los delitos de falsedad ideológica, arguyendo que en los estudios previos 0095 suscritos por ella y en los elaborados por orden suya (esto es, el 498 y el 791), con el propósito de *«justificar la contratación directa con la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia»*, se afirmó *«que la marca aguardiente doble anís ‘venía recuperando posicionamiento en el mercado interno’*, lo cual no correspondía a la verdad.

Para sustentar la acusación la fiscal delegada invoca como hechos jurídicamente relevantes lo consignado en los estudios previos 095, 498 y 791 de 23 de agosto de 2012, aseverando que, en su criterio, lo allí consignado se contrapone *«al estudio de Contraloría Departamental remitido en el oficio 368 (sic) del 5 de junio de 2012 a la Gobernadora Cielo González, luego de dar cuenta*

del comportamiento de las ventas de aguardiente doble anís en el periodo comprendido entre 1998 a (sic) 2011), destacó el decrecimiento durante los años 2009, 2010, 2011, en comparación con los años 2000 a 2007, fenómeno que incidió en los ingresos que debía percibir el departamento por la explotación del monopolio de licores».

La Corte debe precisar, en primer término, que si bien la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA no suscribió los estudios previos 498 y 791 de 2012, pues lo hicieron los doctores Carlos Eduardo Trujillo González, como responsable técnico, y José Nelson Polanía Tamayo, en su condición de director del departamento administrativo de contratación de la gobernación del Huila, su contenido puede serle atribuido, pues con el testimonio de dichos funcionarios y el de Jorge Pino Ricci, Fernanda Guevara Cadena y Héctor Galindo Yustres, se demostró que estuvo al frente del proceso contractual y en tal sentido direccionó de manera especial la etapa precontractual; pues recuérdese que desde el inicio de su gestión quiso favorecer a la FLA con la celebración de los contratos de concesión para la producción del aguardiente doble anís, luego no hay duda de que en el documento examinado se plasmó la voluntad con relevancia jurídica de la entonces gobernante del Huila. Ratifica este aserto que los estudios previos 498 y 791 son casi un calco del 095 (rubricado por la ex funcionaria, con las modificaciones pertinentes, según cada situación fáctica), postura adoptada de antaño por la Sala de Casación Penal.¹⁰⁵

Como se aduce en la acusación, en el título de «ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN» de los referidos formatos de estudios previos se afirma que *«... con base en la información que*

¹⁰⁵ Auto AP de 28 de mayo de 2008, rad. 22019, postura reiterada en sentencia de 12 de diciembre de 2012 AP1660-2016, de 28 de marzo, rad. 32645.

posee la Secretaría de Hacienda Departamental permite establecer que con este modelo de contratación interadministrativa con el Departamento de Antioquia – Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, desde mayo de 2009, nuestra marca “Aguardiente Doble Anís” ha venido recuperando el posicionamiento en el mercado interno, que había perdido frente a marcas nacionales y extranjeras, de tal modo que al cierre de la vigencia 2011 se registraron ventas que superaron los 3.500.000 de unidades de Aguardiente Doble Anís en presentación de 375 c.c, cifra esta (sic) que desbordó nuestras proyecciones, basadas en los consumos de los últimos cinco años, que no superaban los 2.600.000 unidades de 375 ml...». Según se infiere de la acusación, el aserto subrayado es el que no corresponde a la verdad, por las razones indicadas en el numeral 14.10 (reproducidas en un párrafo anterior).

La posición de la fiscalía en estos eventos tampoco encontró asidero en el proceso, pues además de que no cumplió con la carga probatoria que le corresponde en su rol de acusadora, en la medida en que no introdujo ningún medio suasorio que desvirtúe lo afirmado por la gobernación del Huila en los aludidos documentos (en el sentido que a partir de 2009 el aguardiente marca doble anís estaba «recuperando» su «posicionamiento en el mercado»), partió de un criterio errado al equiparar esta figura con la de ventas de un producto, lo cual no es acertado, aunado a que omitió hacer el respectivo análisis del oficio de la contraloría departamental que cita como soporte de la acusación.

En primer término, no obra en el proceso ningún estudio, análisis u otro documento emitido por la contraloría u otra entidad pública o privada, como tampoco el testimonio de un nutrido grupo de comprobados consumidores de aguardiente doble anís del departamento del Huila o el de personas que

participaban en los canales de distribución o comercialización del mismo, con base en los cuales pueda afirmarse válidamente que es falso que a partir de 2009 dicha bebida estaba «recuperando su posicionamiento en el mercado», de modo que en este aspecto la acusación quedó huérfana de respaldo probatorio.

En segundo término, el vocablo «posicionamiento de una marca» no es equivalente sí y solo sí al número de unidades vendidas en un periodo de tiempo y en un lugar determinados, como lo asumió sin fundamento alguno la representante del ente acusador. En efecto, dicha voz, al igual que el verbo «recuperar», no tienen definición en el ordenamiento jurídico positivo colombiano, lo que no significa que no se pueda desentrañar su alcance con base en las herramientas de hermenéutica jurídica vigentes en el país.

Así, la palabra «recuperar», según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁰⁶ significa: «1. Volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía. 2. Volver a poner en servicio lo que ya estaba. 3. Trabajar un determinado tiempo para compensar lo que no se había hecho por algún motivo. 4. Volver en sí». Por su parte, según la misma obra, «posicionamiento» es la «acción y efecto de posicionar», en tanto que posicionar significa «tomar una posición respecto de algo o de alguien». En el comercio nacional e internacional posicionamiento se entiende como «el lugar o la importancia que ocupa un producto o servicio en la mente de los consumidores respecto a la competencia, es decir, sustenta la razón del porqué una persona piensa en una marca determinada en lugar de la de su competencia»¹⁰⁷. De esta definición se infiere que el posicionamiento de una marca

¹⁰⁶ Artículo 28 del Código Civil: «Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal».

¹⁰⁷ <https://www.questionpro.com/blog/es/posicionamiento-de-marca/>

equivale al estatus de notoriedad, cuyos factores para determinarlo fueron dispuestos en los artículos 228 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, según los cuales el posicionamiento o la notoriedad de una marca lo componen varios factores, tales como el conocimiento y la imagen que de la misma tengan tanto los habituales consumidores del producto o servicio en un mercado determinado (en este caso el departamento del Huila, que es donde se mercadea el aguardiente doble anís), así como las personas que participan en su comercialización, distribución y venta, lo que traduce en su reconocimiento público; la duración de su publicidad; los volúmenes de producción y de ventas, entre otros, es decir, no se contrae a este último factor, como lo consideró la fiscalía.

Ahora, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que la notoriedad de una marca puede variar con el tiempo, es decir, un signo que hoy se reputa notoriamente conocido puede perder dicho estatus si su titular no realiza acciones conducentes a conservarlo: calidad, difusión, volumen de ventas, publicidad, entre otros¹⁰⁸, es decir que una marca bien posicionada en el mercado puede perder su notoriedad en el mercado, pero así mismo con las estrategias adecuadas puede «recuperarla».

En el asunto debatido, se tiene que no hay ningún medio suasorio que desvirtúe lo consignado en los estudios previos 095, 498 y 791 de 2012, en el sentido que en los años 2007 y 2008 el aguardiente doble anís había perdido posicionamiento

¹⁰⁸ Organismo consultivo supra nacional. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 22 de agosto de 2021 dentro del proceso 54-IP-2020 Warner Bros. Entertainment INC Vs. Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- de la República de Colombia.

en el mercado con respecto a otras marcas de licores destilados, y que fue a partir de 2009, cuando inició su producción por parte de la FLA, que empezó a tener de nuevo la notoriedad que había tenido entre 1997 y 2000 cuando la bebida era elaborada por la empresa particular Licorsa, con la cual la gobernación del Huila había celebrado un contrato para la producción de 2.000.000 anuales de unidades. Es decir, no hay ninguna evidencia de la falsedad pregonada en la acusación.

Ahora, aceptando en gracia de discusión que la notoriedad o posicionamiento de una marca se asienta únicamente en el volumen de ventas, la afirmación tachada de falsa no es contraria a lo asegurado en el estudio 378 de 5 de junio de 2012 por la contraloría departamental, habida cuenta que, por un lado, allí se afirmó que *“a partir del 2009, el comportamiento de unidades declaradas ha mejorado paulatinamente hasta el año 2011, que registra una declaración de venta de 1,6 millones de unidades de aguardiente Doble Anís de 750 c.c; en todo caso sin superarlas cuantías que se registraban durante la ejecución de la concesión que termina con una cantidad de 1.700.000 unidades”*.

Y, por el otro, en el documento analizado la contraloría hizo un juicioso estudio a partir de las ventas de aguardiente doble anís (sin tener en cuenta el volumen de unidades contratado por el departamento del Huila, que es otro de los indicadores del posicionamiento de cualquier marca), en el cual señaló que en el contrato de concesión 01 de 1997, suscrito entre dicho ente territorial y Licorsa para ser ejecutado en el término de 10 años, *«inicialmente se determina una cuota mínima de ventas de 2.0 millones de unidades de 750 c.c. de Doble Anís, la cual se sostiene hasta 2004»*, pues a partir de 2005 *«la cuota pactada*

inicialmente se reduce mediante Otrosí de diciembre 28 de 2005, a 1.700.000 unidades de AGUARDIENTE DOBLE ANÍS, equivalente a un 15% menos (300.000)». Así mismo cita el estudio de la firma Zarama y Consultores Asociados, elaborado en cumplimiento de un contrato celebrado con ésta por la gobernación del Huila con el objeto de hacer «el diagnóstico del mercado de los licores anisados en el departamento y en el territorio nacional, con el fin de determinar la contratación que más conviniera para la explotación del monopolio», en el que se concluyó que en el año 2007 (cuando estaba vigente el contrato con Licorsa, «la cuota de venta real disminuyó durante la concesión por la falta de pactar y consolidar una estrategia de promoción y publicidad con el Concesionario».

En la misma fuente se aduce que según información de la secretaría de hacienda departamental «en el año 2007 quedó un saldo de botellas por vender en las bodegas del comercializador, con las que se cubriría la demanda del año 2008». Afirmó así mismo la contraloría que en 2008 se presentó «el mayor bajón en las ventas declaradas del aguardiente del Aguardiente Doble Anís en los últimos 15 años, con una cantidad de 400.000 unidades», dentro de los 5 años anteriores como se consignó en los estudios previos para los contratos 0069, 0302 y 0537; en tanto que en 2009 se negociaron 1.100.000; en 2010 la cantidad de 1.500.000 y en 2011 un volumen de 1.650.000.

Igualmente, en el informe de la contraloría departamental del Huila, de octubre de 2016, denominado «EVALUACIÓN COMPORTAMIENTO DE VENTAS DE AGUARDIENTE DOBLE ANÍS EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA, VIGENCIA 2000-2015»¹⁰⁹, se indica que en el año 2008 se presentó «el mayor bajón en las ventas declaradas del aguardiente Doble Anís en los últimos 15 años, con una cantidad de

¹⁰⁹ Visible a folios 649 a 661 del cuaderno 4 de pruebas de la defensa.

400.000 unidades» y a «partir de 2009, el comportamiento de las unidades declaradas ha mejorado paulatinamente hasta el año 2013, que registra una declaración de venta de 2.0 millones de unidades de Aguardiente Doble Anís de 750 c.c. (...). Se aduce igualmente en este documento, que «es a partir del vencimiento del contrato de concesión en diciembre de 2007, cuando se reducen de manera considerable las finanzas departamentales por este concepto, debido a que en vigencia de 2008, se presenta una reducción del ingreso total de \$8.279.1 millones al pasar de \$13.404.5 millones recibidos en el 2007 a recibir la suma de \$5.014,8 millones en el año 2008, equivalente al 62%. A partir del año 2009 empieza a subir el total recibido por el Departamento hasta llegar a una suma de \$24.496.8 millones en el año 2015».

Entonces, desde la perspectiva de la fiscalía (posicionamiento de marca = a volumen de ventas), sería indiscutible que desde 2005 la marca aguardiente doble anís perdió notoriedad en el mercado, situación que se prolongó durante el año 2008, de modo que si desde 2009 las ventas casi se triplicaron con respecto al año anterior, ello significa que el posicionamiento de la marca se estaba «recuperando», como se consignó en el documento que la fiscalía estima contrario a la verdad.

En esta medida, es claro que la fiscalía no desvirtuó la afirmación que aduce como falaz, pues si su pretensión iba dirigida a rebatir la «recuperación» del «posicionamiento de la marca» a partir del año 2009, cuando la FLA empezó a elaborar el aguardiente doble anís para el departamento del Huila, debió ocuparse de demostrar que, contrario a lo afirmado por la gobernación, a partir de ese año la marca no logró recuperar la notoriedad que tenía entre 2000 y 2005.

Así las cosas, la Sala mayoritaria impartirá fallo absolutorio en lo que concierne a la presunta falsedad consignada en los formatos de estudios previos 095, 498 y 271 de 2012.

3. PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

3.1. Tipificación

Este delito encuentra su descripción típica en el artículo 397 del Código Penal, en los siguientes términos:

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 noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, 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 el 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 (...) (con el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004).

3.2. El caso concreto

En el pliego de cargos se imputó a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA el delito de peculado por apropiación a favor de terceros (esto es, la gobernación de Antioquia-fábrica de licores y alcoholes, entidad que, según la fiscal delegada, se

habría apropiado de la suma de \$211.191.895. Sustentan la acusación los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

En los contratos 069 y 537 de 2012, la ex funcionaria acusada habría omitido verificar que la secretaría de hacienda del departamento hiciera la debida supervisión de las obligaciones del contratista, específicamente la concerniente a *“invertir un porcentaje como aporte publicitario, el cual se estableció en un 4% del precio oficial de venta”*, así:

En el contrato 069 de 2012 se pactó la producción de 700.000 unidades de aguardiente doble anís, por ende, la inversión del 4% ascendía a \$269.500.000; a ello añade la fiscalía que las unidades vendidas¹¹⁰ fueron 705.360 por tanto, en su criterio, el valor a invertir ascendía a \$271.563.600 de los cuales solo se ejecutaron \$196.751.235, quedando pendiente un saldo de \$72.748.765 que habría sido apropiado por la FLA, lo que habría sido permitido por la entonces gobernadora GONZÁLEZ VILLA.

A su turno, en el contrato 537 de 2012 la referida obligación tampoco se habría cumplido en su totalidad por la FLA, toda vez que se había pactado la producción, distribución y venta de 2.000.000 de unidades de aguardiente doble anís, por lo que la inversión en publicidad debió ser de \$770.000.000; no obstante, a pesar de que se registró la venta de las unidades pactadas, la FLA invirtió en publicidad \$631.556.870, quedando por ejecutar la suma de \$138.443.30.

¹¹⁰ No indicó en qué periodo se realizaron las ventas, ni precisó la razón de la diferencia entre las que se produjeron por la FLA en cumplimiento del contrato 069 de 2012 y las que se vendieron - esto es, 5360-, aspecto que tampoco se dilucidó en el debate oral.

Arguyó la representante del órgano persecutor que como gobernadora del Huila, la aforada tenía la posición de garante respecto de la “correcta ejecución” (sic), de modo que “*al no ejercer vigilancia ni control sobre la debida ejecución **de los contratos interadministrativos 069 de 14 de febrero de 2012, (sic) y 0537 del 24 de agosto de 2012, permitió que la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia se apropiara de \$72.748.765, (sic) y \$138’443.130, respectivamente***” (negritas textuales).

Añadió que los recursos apropiados eran de carácter público, pues de conformidad con la Ley 14 de 1.983, artículo 61, la producción en el territorio colombiano de licores destilados fue declarada monopolio estatal, “*como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el radicado 1458*” (sic), pues los recursos fueron sacados por la FLA de la esfera de custodia de la gobernación del Huila, que era su titular, de modo que los delitos de peculado por apropiación fueron cometidos en concurso homogéneo y sucesivo y se consumaron.

Consideró finalmente la fiscalía que como el salario mínimo para 2012 era de \$566.700, “*para efectos de la tipicidad objetiva, el monto de lo apropiado en ejecución del **contrato 0069 fue de 128.37 SMLMV**, por lo que para él es aplicable la pena prevista en el **inciso (sic) 1° del artículo 397 CP**. Mientras que frente al **contrato N° 0537 fue de 244,29 SMLMV**, al cual es aplicable el **inciso 2° del del artículo 397 CP**, pues lo apropiado supera 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

Como quiera que el núcleo central de la acusación consiste en que la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia se habría apropiado de la suma de \$271.563.600, por cuanto en

los contratos 069 y 537 no habría hecho la totalidad de la inversión en publicidad, correspondiente al 4% del precio oficial de venta del aguardiente doble anís, es necesario determinar, en primer término, la naturaleza jurídica de dicha industria, para establecer si en verdad, como lo sostiene la fiscalía tiene la condición de tercero (particular), o si se trata de una entidad estatal.

Si bien la fiscalía no introdujo al proceso algún documento para acreditar la naturaleza jurídica de la FLA, como era su deber¹¹¹, lo cierto es que en las resoluciones de justificación números 003, 039 y 213 de 2012 expedidas por la gobernación del Huila, entre otros muchos documentos que obran en el proceso, se indica expresamente que la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia *“es una dependencia más dentro de la Estructura orgánica de la Gobernación de Antioquia, adscrita a la Secretaría de Hacienda del Departamento (...)”*, razón por la cual los contratos 069, 302 y 537 de 2012 fueron suscritos por el señor Fernando Restrepo Restrepo en nombre y representación del departamento de Antioquia, dada su condición de delegado del gobernador, como se indica en el texto de los mismos.

Por lo demás, la delegada del ente acusador tampoco introdujo al proceso alguna prueba que infirme lo consignado en los referidos actos administrativos, en los contratos y en los distintos documentos introducidos en el juicio, luego la verdad procesal revela que la fábrica de licores y alcoholes de Antioquia no es una persona a jurídica de derecho privado - como al parecer lo percibió la fiscalía-, sino una dependencia

¹¹¹ Omisión que pudo haber obedecido a que se trata de un hecho notorio, por lo cual, en los términos del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, no requería ser acreditado con prueba documental.

de la gobernación de Antioquia, que a su vez es una entidad pública del nivel territorial.

En consecuencia, aún en el evento en que se hubiese demostrado en este proceso que la FLA se apropió de la suma a la que se alude en la acusación, la conducta sería objetivamente atípica, pues desde la óptica de la fiscalía el presunto despojo no se habría dado a favor de un tercero particular sino de otra entidad pública, de modo que los recursos no habrían salido de la esfera de dominio del Estado. Lo anterior, máxime cuando la fiscalía no hizo el menor esfuerzo por demostrar que los dineros que presuntamente se habrían dejado de invertir en publicidad no se habrían utilizado para satisfacer las necesidades de la comunidad del departamento de Antioquia, pasando a manos de particulares (como terceros beneficiados, como lo exige el artículo 397 del Código Penal para que se configure el delito de peculado por apropiación a favor de terceros).

No obstante lo anterior, valoradas las pruebas aducidas al debate oral en relación con la inversión del 4% por cada botella vendida, que de acuerdo con los contratos debía realizarse en publicidad, se colige sin dificultad alguna que en este caso no hubo apropiación de recursos públicos ni por parte de la FLA ni por la empresa privada que tenía a su cargo la obligación de hacer la respectiva inversión, luego la fiscalía no demostró la tipicidad objetiva de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros endilgados a la doctora GONZÁLEZ VILLA. Los siguientes son los medios suasorios que soportan este aserto:

(i). Contratos 069, 302 y 537 de 2012, suscritos por la entonces mandataria departamental, en cuyos numerales 11 de las cláusulas sextas de los dos primeros y séptima del último, se pactó como una de las obligaciones a cargo de la FLA: “invertir un porcentaje como aporte publicitario, equivalente al cuatro por ciento (4%) sobre el precio oficial de venta, por cada botella de Aguardiente Doble Anís en presentación de 375 ml vendida; de acuerdo con lo establecido por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia en su instructivo de publicidad” (la Sala subraya).

De conformidad con lo acordado entre la gobernación del Huila y la de Antioquia, la inversión en publicidad debía realizarse no precisamente durante la etapa de producción y comercialización de la bebida alcohólica por parte de la FLA a la industria de licores Global -Licorsa¹¹²-, sino en el momento de la venta de las unidades elaboradas y teniendo en cuenta el instructivo de publicidad de la FLA, de acuerdo con el cual el comercializador escogido era el encargado de aplicar el porcentaje del 4% en publicidad, de modo que, por obvias razones, la obligación no podía ser cumplida el día del fenecimiento de cada uno de los pactos sino en las fases subsiguientes, de acuerdo con las instrucciones impartidas en el manual de la FLA.

(ii). Manual de publicidad de la FLA¹¹³, en el cual se indica, entre otras cosas, que la inversión en publicidad correspondía a un 4% sobre el valor de las compras totales de licor que efectuara la comercializadora a la FLA, monto que debía ser invertido por aquélla de acuerdo a las necesidades de la zona.

¹¹² Se itera, comercializadora escogida por la gobernación de Antioquia para que, por su intermedio, se llevara a cabo la distribución y venta del producto a mayoristas y minoristas.

¹¹³ Folios 448 a 454 del cuaderno 3 de pruebas de la defensa.

A continuación, se detallaron los tipos de inversión publicitaria, promocional y otros que podían ser admitidos o aceptados por la FLA con ocasión de la realización de dicha inversión en zona (en eventos, concursos, material impreso, patrocinios, material P.O.P., publicidad exterior, medios masivos, actividades de mercadeo y promocionales en cadenas, supermercados, hipermercados, superetes (sic) por considerar que éstos son una excelente vitrina para exhibir y vender las maquilas producidas por la FLA, incentivos, concursos a clientes, aportes a reinas e investigación de mercados). Todas estas modalidades de inversión en publicidad ponen en evidencia que la misma no podía llevarse a cabo el mismo día en que la comercializadora le comprara el licor a la FLA, sino a medida que el mismo se fuera vendiendo entre distribuidores minoristas.

A lo anterior se añade que, según el documento examinado, el comercializador debía presentar a la FLA con sus respectivos soportes, dentro de los 35 días calendario siguientes al cierre del mes del que se estaba rindiendo la respectiva cuenta, es decir que el reporte de los gastos efectuados no llegaba a la FLA de manera inmediata a su realización.

Cabe recordar que en este caso la empresa elegida por la FLA para comercializar el aguardiente doble anís fue la industria de licores global S.A. -Licorsa-, con la cual venía celebrando contratos desde 2009¹¹⁴, siendo, por ende, la responsable de hacer las respectivas inversiones y reportarlas

¹¹⁴ Cfr. Folios 363 a 400 del cuaderno 2 de pruebas de la defensa.

a la FLA en los términos previstos en el manual de publicidad antes mencionado.

(iii) El peritaje elaborado por los funcionarios del CTI Yenny Rocío Martínez Castaño¹¹⁵ y Ángel Humberto Aguilar Álvarez, quienes realizaron un análisis contable a los tres contratos al término del cual arribaron a las siguientes cifras invertidas en publicidad:

a. Para el contrato 0069 un faltante por ejecutar de \$72.748.765.00 de acuerdo con la siguiente gráfica:

PERIODO	UNIDADES CONTRATADAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN CONTRATO	UNIDADES VENDIDAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN EJECUCIÓN	INVERSIÓN FLA	SALDO INVERTIDO FLA	DIFERENCIA INVERSIÓN POR EJECUTAR
FEBRERO 2012			274.920	105.844.200	30.065.350	30.065.350	
MARZO 2012			430.440	165.719.400	116.001.722	116.001.722	
ABRIL 2012					50.684.163	50.684.163	
TOTAL	700.000	269.500.000	705.360	271.563.600	196.751.235	196.751.235	72.748.765

b. En el contrato 0302 se obtuvo un mayor valor de aplicación por publicidad de \$304.595.713.00. Se graficó así:

CONTRATO	PERIODO	UNIDADES CONTRATADAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN CONTRATO	UNIDADES VENDIDAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN EJECUCIÓN	INVERSIÓN FLA	SALDO INVERTIDO FLA	DIFERENCIA INVERSIÓN POR EJECUTAR
No. 302 10/05/2012	MAYO 2012			712.680	274.381.800	126.266.480	126.266.480	
	JUNIO 2012			258.900	99.676.500	471.652.669	471.652.669	
	JULIO 2012			218.400	84.084.000	233.307.997	232.441.997	
	AGOSTO 2012			299.250	115.211.250	49.508.117	47.953.117	
TOTAL CONTRATO		1.500.000	577.500.000	1.489.230	573.353.550	880.735.263	877.949.263	304.595.713

¹¹⁵ Cuaderno 1, prueba pericial de la fiscalía, por ella introducido al juicio al momento de declarar.

“Por tanto se revisó la documentación aportada donde se puede apreciar la inversión según el contrato por valor de (\$577.500.000.oo), así como la inversión realizada por la FLA por valor de (\$880.735.263.oo), observándose un mayor valor en la inversión de (\$304.595.713.oo).

c. Por último, en el contrato 0537 halló un faltante por invertir en publicidad de \$138.443.130.00. Véase la gráfica:

CONTRATO	PERIODO	UNIDADES CONTRATADAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN CONTRATO	UNIDADES VENDIDAS	INVERSIÓN 4% SEGÚN EJECUCIÓN	INVERSIÓN FLA	SALDO INVERTIDO FLA	DIFERENCIA INVERSIÓN POR EJECUTAR
No. 537 24/08/2012	SEPTIEMBRE 2012			109.200	42.042.000	47.726.487	47.726.487	
	OCTUBRE 2012			327.600	126.126.000	92.774.985	92.774.985	
	NOVIEMBRE 2012			327.600	126.126.000	55.467.075	55.467.075	
	DICIEMBRE 2012			709.800	273.273.000	359.927.696	359.927.696	
	ENERO 2013			525.800	202.433.000	75.660.627	75.660.627	
TOTAL CONTRATO		2.000.000	770.000.000	2.000.000	770.000.000	631.556.870	631.556.870	138.443.132

Concluyeron los peritos en su informe contable que la FLA dejó de invertir en publicidad la suma de \$211.191.895, pese a que allí mismo reconocen que en los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2012 la inversión efectuada en publicidad superó en \$304.595.713.oo la que correspondía hacer en desarrollo del contrato 302 de 2012. Es decir, conciliando el mayor valor invertido con ocasión de la ejecución de dicho negocio jurídico con los presuntos faltantes de los contratos 069 y 537, es inconcuso que la contratista invirtió \$93.403.818.00 más de lo que le correspondía ejecutar respecto del total general.

(iv). Testimonio de la perita del CTI, Yenny Rocío Martínez Castaño, convocada al juicio por la fiscalía, quien manifestó que según lo estipulado en el contrato 069 de 2012 y 13

facturas de venta emitidas por la FLA, se contrataron 700.000 unidades por lo que el monto de la inversión en publicidad debía ser de \$269.500.000. A ello se añade que las unidades vendidas fueron 705.360, de modo que el valor de la inversión ascendía a \$271.563.000 pero solo se gastaron por ese concepto \$196.751.235, para una diferencia de \$72.748.765, suma que quedó pendiente por ejecutar.

Respecto del contrato 537, señaló que la FLA aportó 37 facturas por un total de 2.000.000 de unidades vendidas (cantidad que coincide con la contratada), por lo cual el valor a invertir en publicidad correspondía a \$770.000.000 y la FLA solo invirtió \$631.556.870, arrojando una diferencia por ejecutar de \$138.443.130.

Finalmente acotó que en el contrato 302 la FLA cumplió con lo ejecutado, es decir, que las unidades contratadas y el aporte publicitario se realizó conforme a lo estipulado en el contrato.

Al ser auscultada por la defensa sobre las fechas de corte tenidas en cuenta para emitir la experticia, contestó la experta que fue *“el periodo de ejecución de cada contrato (...) y sobre ese valor de estas unidades vendidas teníamos que hacer una (sic), la fábrica de licores tenía que hacer un aporte publicitario, que fue lo que se verificó, ese era el motivo del análisis (...) del aporte publicitario”*.

De acuerdo con el testimonio de la perita y su informe base, los valores para calcular el 4% de inversión de publicidad fueron obtenidos de las facturas de venta reportadas por la FLA respecto de cada contrato y si bien no se mostró extrañada por

encontrar un mayor valor invertido en publicidad respecto del contrato 306, explica que el cálculo lo hizo independientemente en cada contrato.

Ligado a la anterior reflexión, es claro que la funcionaria de policía judicial tuvo acceso al contenido de los contratos, luego, necesariamente debía haber advertido la cláusula que dejaba en manos de la FLA la ejecución de la publicidad de acuerdo con su instructivo. Esto, para resaltar que de haberse generado inquietud por las inconsistencias, seguramente hubiese accedido al instructivo y de allí habría establecido que quien cumplía la carga de aplicar el porcentaje para publicidad era la empresa comercializadora del licor (no la FLA) y, una vez identificada, pudo acceder a las facturas y datos de los proveedores de publicidad para de ese modo realizar un informe pericial más claro y no dejar simplemente a criterio de la parte acusadora la inferencia de la apropiación de los faltantes por parte de la FLA con la consecuente responsabilidad penal de la exgobernadora del Huila.

Ahora bien, la especialista contable concilió la documentación que se le entregó, entre ella la facturación de la venta del licor. Esas facturas tienen fecha de emisión dentro del periodo de cada contrato y no se especifica quién fue el comprador, mientras que los comprobantes de pago que se relacionan en el listado de proveedores de publicidad ingresado al proceso por la defensa corresponden a una época distinta, esto es, a la de la venta del aguardiente, siendo claro para la Corte que el compromiso de la inversión debía ser cumplido en esta última fase y no al momento de ejecución de los contratos por parte de la FLA.

En efecto, según la prueba pericial para el contrato 069 de 2012, se factura la venta del licor entre el 16 de febrero y el 8 de marzo de 2012, tiempo que corresponde al término de su vigencia, cuyo resultado fue un total de \$1.698.506.880., pero nunca se procedió a verificar más allá, es decir, aquello relacionado con la facturación física de la publicidad.

En últimas, si de lo que se trataba es que en ese año 2012 se realizaran campañas publicitarias para la marca con el producto de las ventas del licor y en los tres instrumentos jurídicos el contratista era el mismo, bastaba para determinar si en la sumatoria general podría establecerse una fuga de recursos luego del análisis independiente de los contratos y, de acuerdo con el mismo informe pericial se llegó a una conclusión distinta, esto es, que el valor invertido en publicidad fue superior en la suma de \$93.403.818.00, la cual habría salido de las arcas de Licorsa y no de alguna de las entidades públicas contratantes.

(v) El oficio 089 de 31 de enero de 2017¹¹⁶, emanado de la gobernación del Huila, en el cual se consignó sobre este tema:

“De acuerdo a los documentos entregados por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia, que soportarían la inversión realizada en publicidad, promoción y mercadeo, financiada con el 4% sobre el precio de venta al distribuidor minorista establecidos en los contratos 069, 302 y 537 de 2012, se pudo constatar que la inversión pactada en los contratos se realizó de acuerdo con las unidades producidas durante la ejecución de los mismos.

¹¹⁶ Folio 313 cuaderno 2 de la defensa

“Se hace claridad que para determinar el monto de la inversión, no se tuvo en cuenta el plazo pactado en el contrato, teniendo en cuenta que la comercialización es la etapa que requiere y necesita de la inversión, en todos los casos de los contratos suscritos por el Departamento de Antioquia-Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia desde el 2009 al 2013, esta etapa se prolongó por fuera del termino (sic) de duración de los contratos”. Anexa “la relación de la inversión, de acuerdo al consolidado realizado por la Secretaría de Hacienda, como se advirtió en el párrafo anterior, sin tener en cuenta el plazo de ejecución pactado en los contratos¹¹⁷”. Este oficio ingresó oportuna y legalmente al juicio oral y no hay prueba que lo desvirtúe o tache de falso.

(vi) El listado de la facturación por inversión en publicidad fue aportado por la defensa y hace parte de los anexos al oficio 0166 de 10 de febrero de 2017, es decir, fue expedido casi dos años después del análisis contable que realizó la perita. Allí se puede apreciar claramente la relación detallada de los comprobantes de pago, números de factura, los valores y los pagos a encargados de materializar la publicidad.

(vii) Declaración de Anselmo Perdomo Leyva, funcionario de la contraloría departamental del Huila que fungió como testigo de la fiscalía, quien ante la siguiente pregunta de la fiscalía: *“también se refirió usted al análisis que se hizo sobre el porcentaje destinado a publicidad ¿qué análisis hizo al respecto”, contestó: “se tomaron cada uno de los contratos y se evaluó la, los recursos ejecutados en la publicidad por cada uno, de acuerdo al valor de cada contrato, esta información no la dio la Fábrica de Licores de Antioquia. Se hizo una evaluación y se pudo evidenciar que pues siempre (...) unos remanentes de valor de publicidad, sin embargo, de acuerdo al instructivo que tiene la Fábrica de Licores de Antioquia se establece, que no es con la introducción del licor al departamento para la venta, sino con el proceso de*

¹¹⁷ Folios 339 a 361 del cuaderno 2 de la defensa.

la venta del comercializador. En consecuencia, pues habían unos, había un licor que aún se encontraba en el mercado y, pues si bien no se habían ejecutado todos los recursos y si bien los contratos se habían ya terminado, aún existía licor en el mercado y, por tanto, pues no podíamos hablar de que existieran detrimentos, pues porque como se manifestaba ya, quedaban remanentes de licor en el mercado. Entonces, solamente, ahí se sugirió, se hicieron dos cosas, una, se sugirió que el departamento requiriera al distribuidor para que ejecutará los recursos de publicidad y, dos, se consideró que había una posible falta o una posible falla en la supervisión del contrato, valga la redundancia, por parte del supervisor asignado y pues de eso también se remitió copia a la Procuraduría para que evaluará si efectivamente se había, se presentaban deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones del supervisor.

Tales afirmaciones dejan en claro que los recursos para publicidad, como lo preveían los contratos, surgían de la venta material del licor a los establecimientos de comercio, tenderos o consumidores, y que para cuando hizo el estudio constató que quedaba un remanente en el mercado, razón por la cual no podía hablarse de la existencia de un detrimento patrimonial.

(viii) Listado de la facturación por inversión en publicidad aportado por la defensa y hace parte de los anexos al oficio 0166 de 10 de febrero de 2017, es decir, expedido casi dos años después del análisis contable que realizó la experta Yenny Martínez. Allí se puede apreciar claramente la relación de los comprobantes de pago, números de factura, los valores y los pagos a encargados de materializar la publicidad.

En dicho listado, sumando los valores de las facturas y beneficiaros respecto del contrato 069, la cifra total de inversiones en publicidad realmente ejecutadas es la misma obtenida por los funcionarios del CTI y que registraron en su

informe, esto es \$271.563.600.00¹¹⁸; es decir que se habría ejecutado la totalidad de la inversión pactada. La diferencia entre este listado y el informe pericial consiste en que la funcionaria de policía judicial valoró solo la documentación aportada por la FLA y la secretaría de hacienda departamental en su momento, mas no reclamó el aporte de estas facturas de pago publicitario, las cuales tienen fecha de emisión anterior al año de elaboración del informe base de opinión pericial. De haberlas tenido a su alcance, muy seguramente el resultado final habría sido distinto al que ofreció, es decir, no hubiese encontrado ese faltante. Idéntica situación ocurre con el listado de facturas por pagos a proveedores de publicidad en lo referente al contrato 537, concuerda el total de la inversión con la cifra obtenida por la perita, sin que se determine ninguna clase de faltante.

Cabe señalar que este listado también ingresó oportuna y legalmente al juicio oral y, al igual que el oficio 089 de 31 de enero de 201, no fue tachado de falso ni obra en el acervo probatorio prueba que lo desvirtúe.

En este orden de ideas, las pruebas antes relacionadas, valoradas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica permiten concluir a la Sala que en el presente caso no se configuró el tipo objetivo de peculado por apropiación a favor de terceros, toda vez que se demostró que no hubo apoderamiento de recursos de la gobernación del Huila por parte de la FLA ni por Licorsa. Por el contrario, lo que se demostró más allá de toda duda es que en los meses de junio, julio y agosto de 2012 Licorsa, como empresa comercializadora

¹¹⁸ Cuaderno de prueba documental de la defensa, folio 354, página 155 del pdf

a cargo de la satisfacción de la aludida obligación¹¹⁹ invirtió una suma considerablemente mayor a la que le correspondía emplear en publicidad, en atención al número de unidades contratadas en el contrato 302, que era el que se encontraba en ejecución para ese periodo (esto es, 1.500.000), monto que sobrepasa el que presuntamente, según la fiscalía, se habría dejado de ejecutar (de \$211.191.895).

Téngase en cuenta, además, lo señalado por los testigos Héctor Galindo Yustres, María Fernanda Guevara Cadena, Carlos Eduardo Trujillo, Jorge López Pino, Fernando Restrepo, Luis Carlos Anaya Toro y Mauricio Ortiz, en el sentido que el negocio de los licores es estacional, es decir, tiene épocas de mayor consumo y otras de menor consumo y en el caso del aguardiente doble anís la época del año en la que más se consume y, por ende, se comercializa, es en los meses de junio y julio toda vez que en varios municipios del departamento del Huila se llevan a cabo las fiestas folklóricas de San Pedro, San Juan y otras regionales y patronales, por lo cual es en esta época en la que debe hacerse una mayor inversión en publicidad de la marca. Ello explica que Licorsa hubiera realizado una alta inversión en publicidad en el periodo comprendido entre mayo y agosto.

Corolario de lo expuesto, la Sala absolverá a la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA de los cargos formulados como probable autora de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, dada la atipicidad objetiva.

Situación de detención de la acusada

¹¹⁹ En cumplimiento de los contratos suscritos por ésta con la FLA.

En atención a que en contra de la procesada se pronunciará sentido de fallo de carácter condenatorio por encontrarla culpable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con falsedad ideológica en documento público, también en concurso homogéneo y sucesivo, compete analizar lo previsto en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 según el cual, el juez puede disponer que el condenado continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia, o si la detención es necesaria se ha de disponer de inmediato la orden de encarcelamiento.

La jurisprudencia viene sosteniendo¹²⁰ que el fallo condenatorio es un acto jurídico complejo que involucra dos momentos: el anuncio del sentido del fallo y el texto escrito de la sentencia. De este modo afirma que *«el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita»*.

Con fundamento en dicha premisa considera que el artículo 450 de la Ley 906 de 2004 contiene una regla general, un mandato que dispone la captura inmediata del acusado en contra de quien ha sido anunciado el sentido condenatorio del fallo, *“para que empiece a descontar la sanción impuesta”*; además, que la privación de la libertad es imperativa cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas y que si se quiere impugnar la orden de detención con acceso a la segunda

¹²⁰ CSJ sep. 17 de 2007. Rad. 27336. En el mismo sentido: CSJ ene. 30 de 2008, rad. 28918 CSJ sep. 23 de 2015, rad. 40694.

instancia debe proponerse el recurso de apelación una vez sea expedido el texto definitivo de la sentencia, pues conforme lo establece el inciso final del artículo 447 *ibidem*, el juez con el anuncio del fallo y el encarcelamiento, “señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia (...)”.

En consecuencia, el juez al anunciar el sentido del fallo según el artículo 450 *ibidem* cuando el acusado declarado culpable no se halla detenido, puede disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar el fallo correspondiente, caso en el cual debe ofrecer de manera clara las razones por las cuales no hace efectiva la captura inmediatamente, pero la libertad solamente se mantendrá hasta el momento de dictar el fallo, en el cual debe analizar si se concede o no la suspensión de la ejecución de la pena.

En este evento, como consecuencia del presente sentido del fallo, la doctora CIELO GONZÁLEZ VILLA será condenada a una sanción privativa de la libertad, por ende, en principio no procede a su favor el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, empero asistió voluntariamente a la audiencia de formulación de imputación ante el juez de control de garantías, en su contra no se impuso medida de aseguramiento y en la etapa de juzgamiento concurrió al juicio oral, entendiéndose su compromiso de acatar las decisiones judiciales, además, se le reconocerá la circunstancia de menor punibilidad de ausencia de antecedentes penales.

En consecuencia, no se advierte necesario ordenar su captura en este acto procesal y, por lo tanto, se dispone que

continúe en libertad hasta la emisión de la sentencia, estado procesal en el cual se adoptará una decisión sobre el particular una vez la Sala establezca en concreto el monto de la pena de prisión y se pronuncie en definitiva sobre la necesidad o no de librar inmediatamente su captura.

Por lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, anuncia que emitirá sentencia de condena en contra de CIELO GONZÁLEZ VILLA, exgobernadora del Huila, como autora penalmente responsable de los delitos interés indebido en la celebración de tres contratos de concesión, en concurso homogéneo y sucesivo y dos falsedades ideológicas en documento público también en concurso homogéneo y sucesivo y absolutoria en relación con ocho falsedades ideológicas en documento público y dos delitos de peculado por apropiación a favor de terceros.

Contra esta decisión no proceden recursos.

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA

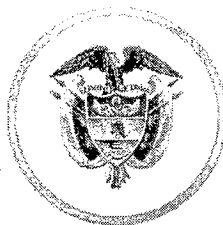
Magistrada

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario

ALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA



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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

Radicación N° 47179

ANUNCIO DE SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Luego del intenso y enriquecedor debate que originó mi ponencia inicial en este caso, desde luego, dentro de un marcado respeto entre los colegas por las posturas de cada uno y además haciendo gala del ejercicio democrático que inspira la función de la Sala, en vista que los argumentos de la decisión mayoritaria no logran persuadirme para adherir a ellos, pues, considero que mi propuesta de absolución integral es la más adecuada para la resolución definitiva del caso, procedo a exponer los argumentos que soportan mi desacuerdo:

De los delitos de interés indebido en la celebración de contratos:

La Sala Mayoritaria expone acerca de la imposibilidad de condenar por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque esto afectaría el principio de congruencia si se tiene en cuenta que la Fiscalía no presentó elementos fácticos que lo permitieran, además, los hechos jurídicamente relevantes contienen mayor riqueza descriptiva para adecuarlos en un interés indebido en la celebración de contratos.

La primera inquietud que me surge es:

¿Cuál la necesidad de hacer tal afirmación, si precisamente la acusación fue por la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos?

A pesar del esfuerzo de la Sala Mayoritaria por hacer notar el respeto que se debe al principio de congruencia, lo cierto es que se afectó al valorar el caso, en la medida que optó por estructurar la tipicidad en el delito acusado con argumentos propios de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, creando bases factuales que la Fiscalía no involucró en los hechos jurídicamente relevantes como la exigencia de una **licitación pública**.

La afectación a dicho principio se aprecia con mayor claridad cuando, en seis párrafos¹ del fallo de condena, se destruye la base fáctica que la Fiscalía expresó para realizar su juicio de adecuación típica en el delito de interés indebido en la celebración de contratos. Por su puesto que comparto el contenido de esos seis párrafos, por cuanto no solo se asemejan a mi tesis de absolución, sino que además la fortalecen.

No comparto es el distanciamiento de la base fáctica de la acusación para plantear una propia, como cimentar la tipicidad en la no realización de licitación pública para celebrar los tres contratos y un presunto fraccionamiento en los dos últimos.

Considero oportuno citar textualmente los mencionados párrafos:

“...Sin embargo, no comparte la Sala lo referente a que en los estudios previos no se hizo referencia al presupuesto para la contratación; ni a la cuantificación de los aportes de cada parte; ni a las condiciones que se exigirían al proponente; ni a los criterios de evaluación habilitantes que debieran ser

¹ Páginas 142 a 144 de la sentencia.

cumplidos por los oferentes frente a la necesidad que pretendía satisfacer la entidad, pese a haber suscrito contratos de concesión, como lo alega la fiscalía.

Lo anterior por cuanto en cada uno de los estudios previos números 0095, 498 y 791 (elaborados con el mismo formato y cuyo contenido en muchos aspectos es casi idéntico), desde el preámbulo y a lo largo de los mismos de manera clara y expresa la gobernación de Huila manifestó que no aplicaba el ítem de “presupuesto asignado”, “teniendo en cuenta que este proceso tiene por objeto la contratación para la producción, comercialización, distribución y venta a todo costo de (...) unidades de Aguardiente Doble Anís de 30 grados alcoholimétricos, en presentación de 375 ml, que no genera para el departamento erogación presupuestal alguna”, aserción que encuentra asiento en la realidad contractual, dado que el bien que habría de aportar el departamento del Huila a la fábrica contratista² a través de su experto, era la receta para la elaboración del aguardiente doble anís, junto con la autorización ante las autoridades competentes para el uso y la explotación de la marca, con el fin de obtener recursos que reportarían utilidades para ambas partes³.

Por lo demás, la fiscalía no introdujo al proceso el presupuesto del departamento del Huila para demostrar si el valor de este bien, en principio intangible, figura en alguno de sus rubros, como para que la endilgada tuviera la obligación de mencionarlo en los estudios analizados como parte del

² Cualquiera que fuese.

³ Recuérdesse que se trataba de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y sinalagmático, en los términos de los artículos 1496, 1497 y 1498 del Código Civil.

presupuesto a comprometer con la celebración de los contratos.

Otro tanto ocurre con la presunta ausencia de la cuantificación de los aportes -aspecto íntimamente relacionado con el anterior-, habida consideración que, como se señaló en el texto de los estudios previos, la producción, comercialización, distribución y venta del plurimencionado aguardiente no generaba para el departamento del Huila ninguna erogación presupuestal que debiera ser cuantificada -dada la naturaleza del bien a concesionar, esto es, el uso de una marca-, mientras que era la fábrica contratada la que debía asumir por su cuenta y riesgo todos los costos de producción y comercialización de la bebida alcohólica a cambio de percibir una utilidad, luego a ésta correspondía hacer sus propios análisis para determinar si la firma de los contratos le convenía o no, examen que, por ende, no debía figurar en los estudios previos de la gobernación del Huila sino en los de la gobernación de Antioquia.

*Tampoco acertó el ente persecutor al sostener que los estudios previos no contienen las condiciones que se exigirían al proponente, cuando allí se habla de las condiciones económicas del nuevo contrato, de la obligación de hacer un aporte publicitario del 4% sobre el valor del precio oficial y en el acápite denominado "CONDICIONES TÉCNICAS DEL OFERENTE" se dejó expresamente plasmado que la gobernación les demandaba contar con el "**REGISTRO SANITARIO**" vigente que lo autorice para la producción, distribución del Aguardiente Doble Anís, expedidas (sic) por el INVIMA, con una vigencia establecida igual o superior a la*

duración del contrato”; “contar con maquinaria propia para realizar la producción objeto del contrato” y “acreditar una experiencia igual o superior a cinco (5) años en la producción, distribución de Aguardientes, de mínimo dos millones de unidades convertidas a 375 cc”, entre otros requisitos.

Finalmente, en cuanto a los criterios de evaluación habilitantes que debían ser cumplidos por el contratista, la gobernación del Huila los señaló de manera expresa, al aludir a la capacidad financiera, la experiencia específica (la cual, acota la Sala, como lo indicó la contraloría departamental del Huila en el oficio 378 de 5 de junio de 2012⁴, puede establecerse a partir de la “experticia y el recorrido que el contratista demuestre en la ejecución de contratos con objeto idéntico o similar”), las condiciones económicas y contractuales y precisó que por tratarse de contratos “interadministrativos” en los cuales la contraparte era una entidad pública, no era necesario que la misma se encontrara inscrita en el registro único de proponentes -RUP-.”

En cuanto al fraccionamiento del contrato, se dice:

“...Ese fraccionamiento al que alude la fiscalía al relatar los hechos jurídicamente relevantes constituye una prueba irrefutable del manifiesto interés indebido que tenía la encausada para celebrar los contratos de concesión con la FLA...”

El fraccionamiento de contratos también corresponde a un argumento para sostener el delito de contrato sin cumplimiento

⁴ Folios 82 a 103 del cuaderno de pruebas de la fiscalía.

de requisitos legales que la Fiscalía jamás insinuó en los hechos de la acusación. Por manera que, este aserto surge de una interpretación personal de la Sala Mayoritaria respecto de los hechos que el ente acusador se comprometió a probar.

Otro aspecto que considero relevante hacer notar, consiste en que, así como la Corte ha sostenido que para el delito de peculado por apropiación a favor de terceros éstos deben ser particulares⁵, similar conclusión debe aplicarse en el análisis dogmático del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

En efecto, la Sala Mayoritaria concluye que no hay prueba que demuestre que la acusada obró en provecho propio, por lo que se ocupó solo en sostener que fue en favor de un tercero. Y ese tercero no es otro más que la FLA⁶, una empresa pública cuya finalidad, al igual que la de la acusada, es la de garantizar y proteger el interés general. Me pregunto:

¿es posible tener a la FLA como un **tercero**?

¿la FLA obtuvo **provecho** delictivo en la celebración de los contratos?

Mi respuesta es absolutamente negativa, pues, tanto la Gobernación de Antioquia como la del Huila, deben cumplir los fines del Estado, entre ellos, la garantía de preservar el interés general y la contratación llevaba consigo la materialización de sus deberes, que corresponden a obtener recursos para los Antioqueños y Huilense. Por lo tanto, no fue indebido el interés, de contera, la FLA no es un tercero favorecido y como tal, se trata de una entidad de derecho público que participó lícitamente en un negocio jurídico propio de su objeto social.

⁵ SP20262 de 2017 CSJ

⁶ Página 179 de la sentencia

A mi juicio los terceros favorecidos fueron los huilenses, quienes no vieron menoscabados los ingresos para sostener servicios de salud y de educación mediante el recaudo de dineros producto de los contratos en que se fundamenta el fallo de condena.

Así mismo, lo que en este caso ocurrió, es que se celebraron **contratos interadministrativos** y respecto de ellos, la ley y la jurisprudencia han sostenido que admiten la contratación directa que en el presente caso era jurídicamente viable para el momento de los hechos en vista que para ese entonces, aún no existía ley que regulara la contratación en materia de monopolio de licores.

En síntesis, la Sala Mayoritaria incurrió en una contradicción al indicar inicialmente que se afectaba el principio de congruencia si se llegara a condenar por el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales porque la Fiscalía no consideró fácticamente sus elementos estructurales, pero, en últimas, se condena a la acusada con argumentos propios de dicha conducta punible.

De los delitos de falsedad ideológica en documento público:

En lo que tiene que ver con la condena por los dos delitos de falsedad ideológica en documento público respecto de las resoluciones 039 de 7 de mayo y 213 de 24 de agosto de 2012, la Sala Mayoritaria afirma que la mendacidad en estos documentos corresponde a:

- i) Que en dichas resoluciones se dice haberse librado invitaciones para cotizar la producción del aguardiente en el mes de enero de 2012, lo cual es considerado falso porque las misivas de ese mes de enero se enviaron para

la creación del contrato 069, no para los numerados 302 y 537 que son los que se justifican con las aludidas resoluciones 039 y 213.

- ii) Que en las resoluciones 039 y 213 se indica haberse enviado invitaciones en abril, las cuales no existieron, solo aparecieron unas en el mes de marzo de 2012.

Nuevamente se afecta parcialmente el principio de congruencia, en lo que tiene que ver con lo dicho en el numeral i), si se tiene en cuenta que la Fiscalía jamás propuso como hipótesis fáctica de falsedad, que las invitaciones de enero constituirían un acto de falsedad ideológica por corresponder al contrato 069, se trata de una construcción oficiosa del fallo de condena.

En efecto, en cuanto a estas dos resoluciones (039 y 213), la Fiscalía propuso cuatro componentes fácticos en que se consideraba la existencia del delito de falsedad ideológica en documento público:

1. Se omitió hacer referencia en los referidos actos administrativos al presupuesto para la contratación.

Respecto de este punto la Sala Mayoritaria se refirió contra de la tesis de la Fiscalía en los seis párrafos que cité textualmente, pues, esto no era necesario en la medida que la FLA asumió a todo costo el objeto contractual, de donde queda desvirtuada cualquier mendacidad que se quiera atribuir en este aspecto.

2. Las condiciones que se exigían para el proponente.

Al respecto, no se dice nada en el fallo de condena pese a que en mi ponencia inicial hice referencia a que esta

exigencia es propia de un proceso licitatorio y no dentro de una contratación directa.

3. Se omitió explicar por qué no se continuó con la licitación iniciada en el año 2011.

Esta supuesta omisión la usó la Fiscalía también para estructurar falsedad ideológica en la Resolución 03 de 14 de febrero de 2012 que precedió el contrato 069 del mismo año para indicar que de ella derivaba igualmente una falsedad ideológica en documento público. Sin embargo, mi propuesta de absolución respecto de este acto administrativo fue aprobada unánimemente.

Se contradice entonces la Sala Mayoritaria al condenar en cuanto a las resoluciones 039 y 213, cuando estaban en las mismas condiciones que propuso la fiscalía para estructurar los delitos de falsedad ideológica en documento público. Dijo la Fiscalía:

*“...Las resoluciones **N° 003** del 14 de febrero, **0039** del 7 de mayo y **0213** del 24 de agosto de 2012, por medio de las cuales se justificó el haber acudido a la contratación directa para los contratos interadministrativos de concesión 0069, 0302 y 0537 de 2012, elaboradas en la ciudad de Neiva, suscritas por la entonces Gobernadora Cielo González, **no hicieron referencia al presupuesto para la contratación, ni a las condiciones que se exigirían al proponente**, tal como lo ordenaba el art. 77 del decreto 2474 de 2008, que regía la suscripción del contrato interadministrativo 0069, y el art. 3.4.1.1. del decreto 734 de 2012, que regulaba la materia frente a los contratos interadministrativos 0302 y 0537 de 2012.*

En las resoluciones N° 003 del 14 de febrero, 0039 del 7 de mayo y 0213 del 24 de agosto de 2012, por medio de las cuales se justificó el haber acudido a la contratación directa para los contratos interadministrativos de concesión 0069, 0302 y 0537 de 2012, elaboradas en la ciudad de Neiva, suscritas por la entonces Gobernadora Cielo González, se omitió hacer mención a los motivos por los cuales no se avanzó en el trámite de la licitación pública No. SHLPCO.015-2011 la cual se encontraba en etapa de pre pliegos desde el 7 de octubre de 2011...”

4. Se mencionó en las pluricitadas resoluciones 039 y 203 que en los meses de enero y abril se hicieron invitaciones para emitir cotizaciones en la producción del aguardiente a las licoreras de Caldas, Antioquia, Cundinamarca y Valle, pero la invitación de abril no existe.

Es en lo único que se diferencian las resoluciones 039 y 203 de la 003 y además lo que resulta parcialmente congruente entre la decisión mayoritaria y la postulación de la Fiscalía.

Parcialmente porque la acusada nunca pudo defenderse de lo que hoy propone la decisión mayoritaria, esto es, que se estructura el delito de falsedad ideológica en documento público en las resoluciones 039 y 213 por haberse mencionado en ellas las invitaciones a cotizar que se enviaron en febrero de 2012 por pertenecer a la resolución que dio origen al primer contrato y no a los dos últimos, lo cual no fue postulado en la acusación.

No obstante, como pasaré a explicar, disiento de la conclusión de condena por tales aspectos:

En efecto, de lo dicho en la sentencia de condena, en primer lugar, se admite que se emitieron invitaciones a cotizar la maquila del aguardiente Doble Anís en el mes de enero.

En segundo lugar, que esas invitaciones fueron enviadas a las cuatro licoreras más importantes del país (todas de derecho público).

En tercer lugar, que en el mes de marzo se enviaron invitaciones a las mismas licoreras para que cotizaran producción de Aguardiente Doble Anís por un período de 10 años.

Hasta aquí, la Sala Mayoritaria reconoce que no es mentira ninguno de tales asertos. La mendacidad la asume porque la invitación de enero fue para un contrato independiente del 302 y 537, lo cual, como lo precisé, desconoce el principio de congruencia, dado que esta no fue una de las hipótesis delictivas planteada por la Fiscalía. Corresponde a una conclusión del conocimiento privado de los falladores.

Si fuera admisible la valoración probatoria con íntima convicción, la lectura pausada de las dos resoluciones, puede llevar a conclusión distinta, como afirmar que el departamento del Huila lo que pretendía era mostrar que desde enero de 2012 se pidieron cotizaciones a las mismas cuatro compañías licoreras y que la FLA revelaba mejores condiciones para satisfacer la necesidad del ente territorial. Es decir, la invitación del mes de enero no fue fundamento de la contratación 302 y 537, se citó como antecedente para justificar las razones de escoger a la FLA.

El segundo aspecto que la Sala Mayoritaria considera mendaz, consiste en que no es cierto que se hayan enviado invitaciones en el mes de abril a las cuatro licoreras para realizar cotizaciones, pues, solo aparecen unas del mes de marzo

proponiendo una proyección de producción, comercialización y venta por 10 años del aguardiente Doble Anís, luego, para los falladores, estas cotizaciones no tenían el propósito de los contratos 302 y 537 que fueron por periodos cortos.

Es decir, en criterio de la mayoría, no existen las invitaciones de abril porque no fueron aportadas a la actuación, pues, recuérdese que la Fiscalía jamás cuestionó su existencia más allá de la interpretación que le dio al contenido de las resoluciones.

En mi ponencia inicial expliqué acerca de la existencia de misivas adicionales en el mes de abril de 2012 a partir de las respuestas a las solicitudes de cotización de marzo, que de haber ocurrido las cosas como lo comprendió la Sala Mayoritaria, éstas habrían sido extemporáneas frente al plazo que otorgó el departamento en las invitaciones del mes de marzo y, de otro lado, una de las respuestas que cité, la de la Licorera del Cauca, dejan en claro que en el mes de abril se hicieron unas adiciones a las solicitudes de marzo:

*«...en atención a su escrito **calendado 19 de abril de 2012**, con radicación DAC078 mediante el cual ustedes aclaran que la invitación a cotizar enviada en días pasados no se efectúa dentro de un procedimiento formal de contratación, sino que es requerida por ustedes para la elaboración de los estudios previos...»⁷*

Si la Fiscalía contaba con dicho documento, se encontraba en el deber de verificar qué contenía esa misiva del 19 de abril de 2012, auscultar por qué se mencionó invitación de ese mes, en fin; NO obstante haber omitido la verificación aludida, no reparó en realizar afirmaciones indefinidas como la inexistencia del documento del mes de abril simplemente porque no estaban en

⁷ Cuaderno soportes de estipulaciones, folio 113

su carpeta de investigación, generando una inversión en la carga de la prueba para que fuera la defensa quien la aportara. A pesar de esto, tal planteamiento de la Fiscalía hizo eco en la Sala Mayoritaria al punto que la llevó, en mi parecer, a construir aquello que se conoce como un falso juicio de existencia por suposición.

En ese orden de ideas, mantengo mi postura de absolución a favor de CIELO GONZÁLEZ VILLA por todos los cargos a ella atribuidos en este caso, en particular, respecto de las conclusiones de la Sala Mayoritaria en la medida que las resoluciones por las cuales se emite sentencia de condena, no contienen afirmaciones falsas y que los delitos de interés indebido en la celebración de contratos no fueron debidamente probados, por el contrario, es clara y diversa la prueba que demuestra la existencia de unos contratos interadministrativos que por su naturaleza, no era imperativa la licitación pública como medio para su creación.

Lo anterior constituye la base principal de mi oposición al fallo de condena, la cual profundizaré en el salvamento parcial de voto definitivo que acompañará la sentencia e igualmente, me reservo el derecho de adicionar, para entonces, los argumentos que puedan surgir para fortalecer los ya expuestos.

Fecha ut supra

JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado