



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 1 de 63

Departamento

Municipio

Fecha **16 DIC. 2020** Hora: **1. Código único de la investigación:**

11	001	60	00102	2020	00092
Dpto.	Municipio	Entidad	Unidad Receptora	Año	Consecutivo

2. Delito:

Delito	Artículo
1. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS	410
2. INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS	409
3. PECULADO POR APROPIACIÓN	397

3. Indique la causal por la cual se ordena el archivo:

ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA

4. * Datos de la Víctima: Compulsa de copias**5. Fundamento de la orden (Relacione hechos, problema jurídico, actuación procesal y fundamento jurídico)****5.1. Hechos jurídicamente relevantes:**

Mediante Decreto 323 de 24 de marzo de 2020 la Gobernación de Tolima declaró la calamidad pública y la urgencia manifiesta en dicho territorio, ante los efectos económicos, sociales y de salubridad ocasionados por la pandemia del Covid-19.

Teniendo en cuenta la necesidad descrita en el referido acto administrativo, el 26 de marzo de 2020 la Gobernación de Tolima celebró el contrato de prestación de servicios 493/2020 con la Empresa León Gráfica, que tenía por objeto "contratar la prestación de servicios con una persona jurídica para ejecutar la estrategia de comunicación "plan de comunicación - emergencia COVID -19-2020 en el marco del estado de emergencia económica,, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con el fin de mitigar la expansión del COVID-19".



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 2 de 63

Con ocasión de dicho proceso contractual, de manera oficiosa las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, procedieron a compulsar copias en contra de **RICARDO OROZCO VALERO**, Gobernador del Tolima, por presuntas irregularidades en el trámite precontractual del referido negocio jurídico e igualmente sobrecostos en el valor del mismo.

5.2. Consideraciones de la Fiscalía:

5.2.1. Competencia:

Previo al ejercicio analítico sobre el fundamento material de la orden, es necesario precisar que esta indagación se adelanta en contra del doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, en su condición de Gobernador del Departamento del Tolima, razón por la que este Despacho es competente para conocer y resolver el presente asunto, atendiendo el fuero constitucional con el que cuenta el indiciado actualmente; adicional a ello, porque mediante Resolución No. 00537 del 30 de abril de 2020, el señor Fiscal General de la Nación, con fundamento en lo normado en el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Política y el numeral 9º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, **delegó** en esta Fiscalía la presente indagación.

5.2.2. Problema jurídico:

A partir de la información suministrada mediante Informe de Policía Judicial No. 20201600003565 del 24 de abril de 2020 y la documentación recaudada en la presente indagación, le corresponde a la Fiscalía examinar el comportamiento funcional del doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, en su calidad de Gobernador del Tolima, asociado con la celebración del Contrato No. 00493 de 2020 suscrito entre la referida entidad territorial y la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S, negocio jurídico del que se predica una presunta ilegalidad y a partir del cual se habría derivado un detrimento patrimonial para el Departamento.

5.2.3. Del Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 3 de 63

En el contexto fáctico esbozado, le corresponde a la Delegada evaluar si la conducta endilgada al doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, en su condición de Gobernador del Tolima objetivamente se adecua a la definición típica del delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales contenida en el artículo 410 del Código Penal, el cual se encuentra definido en los siguientes términos:

“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) meses a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses”

Desde la perspectiva dogmática, se trata de un injusto a propósito del cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentenció¹ que:

“4.3.1.1. El artículo 410 sanciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de tramitación, celebración y liquidación; por tanto, las irregularidades de la etapa de ejecución son atípicas (SP, feb. 9/2005, rad. 21547 y SP, mar. 23/2006, rad. 21780, reiterados en la SP712-2017, ene. 25, rad. 48250).

4.3.1.2 Las dos formas de comportamientos prohibidos son: (i) tramitar el contrato sin observar los requisitos legales esenciales, y (ii) celebrarlo o liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos (SP, feb. 9/2005, rad. 21547 y SP, mar. 23/2006, rad. 21780, reiterados en la SP712-2017, ene. 25, rad. 48250).

4.3.1.3 La tipicidad demanda la violación de un específico requisito legal del contrato bajo estudio, el cual se tendrá como «esencial» si, entre otros criterios, su desconocimiento menoscaba los principios de la contratación pública, como son los de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva, entre otros (SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037).

4.3.1.4 El ingrediente normativo «contrato estatal» incluye los que son regulados tanto por el Estatuto General de la Contratación Administrativa (Ley 80/1993),

¹ CSJ. SP 2552-2020 de 22 de julio de dos mil veinte (2020), Rad. 56609.



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 4 de 63

como por reglas especiales contempladas en otros instrumentos normativos. (SP712-2017, ene. 25, rad. 48250)”

Es decir, con fundamento en la jurisprudencia de la H. Corte acerca de la conducta penal investigada, a título de contrato sin cumplimiento de requisitos, le corresponde al operador judicial, una vez verificada la ocurrencia de la celebración de un contrato estatal, desde un punto de vista objetivo, determinar: (i) la fase del proceso contractual en la que se habría presentado el incumplimiento del o los requisitos y; (ii) si el o los requisitos inobservados resultaban esenciales. Veamos:

5.2.3.1. De la fase del proceso contractual en la que se habría presentado el incumplimiento:

Según informe de policía judicial No. 20201600003565 del 24 de abril de 2020 se conoció, a partir de consulta de medios abiertos, que la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación abrieron indagaciones preliminares a diferentes funcionarios de la Gobernación del Tolima por presuntas irregularidades en el trámite precontractual del Contrato No. 493 de 2020 y posibles sobrecostos en el mismo.

Verificada dicha información se determinó que por medio del Decreto No. 323 de 2020 el Gobernador del Tolima resolvió, en su artículo primero, *“DECLÁRESE la URGENCIA MANIFIESTA en el Departamento del Tolima, para conjurar la crisis que se ha presentado con ocasión de la afectación generada por el contagio del CORONAVIRUS COVID-19, conforme a las consideraciones anteriores, prevenir consecuencias que puedan desencadenar una mayor afectación de la población, proteger la salud, la salubridad y el interés público”*², el cual a la postre, fue sustento para establecer la necesidad de dar inicio a un proceso contractual que ejecutará el plan de medios estructurado para la prevención del Covid-19 en el departamento, generando finalmente la adjudicación y celebración del Contrato de prestación de servicios No. 493 de 2020 suscrito entre la entidad departamental y la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S.

² CD rotulado “Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima” – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 3-10



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 5 de 63

Bajo esos supuestos fácticos, la Fiscalía Décima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia elaboró programa metodológico con el fin de determinar si dentro de la etapa precontractual realizada por la entidad departamental se habrían vulnerado principios de la contratación pública, tales como selección objetiva, planeación y economía.

5.2.3.1.1. De la etapa precontractual:

En el marco de la mitigación de la pandemia por el Covid -19, la Secretaria de Salud del Departamento del Tolima presentó la necesidad de implementar un plan de comunicaciones para *“ejecutar acciones de producción, organización y difusión de datos o mensajes para orientar, advertir, anunciar o recomendar a los individuos, familias, comunidades, organizaciones y redes, así como evitar o reducir barreras de acceso a los servicios de salud, realiza el plan de comunicación del riesgo ante evento del CORONAVIRUS COVID-19 con el fin de mantener informada la comunidad, que identifique lenguajes y percepciones y actos de manera correcta ante la presencia de dicha enfermedad que ponga en riesgo la Salud Pública de nuestro territorio.”*, razón por la que, dicha dependencia procedió a la elaboración de los estudios previos³ y solicitó oferta económica a la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S⁴, determinando un valor estimado por la ejecución de cada uno de los cronogramas de actividades que desarrollaría el contratista y se estableció el monto del presupuesto.

Determinada la necesidad del objeto del contrato⁵, elaborado el análisis económico para la ejecución del mismo⁶ y verificada la idoneidad y capacidad del contratista, el día 26 de marzo de 2020 se suscribió el Contrato de Suministro No. 493 de 2020⁷ entre la Gobernación del Tolima y la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S, que tenía por objeto *“ejecutar la estrategia de comunicación ”plan de comunicación - emergencia COVID -*

³ CD rotulado “Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima” – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 27-66

⁴ CD rotulado “Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima” – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 73-80

⁵ CD rotulado “Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima” – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 27-66

⁶ CD rotulado “Procuraduría” Archivo zip. “COMISIÓN_EXPEDIENTE_COVID19-IUS-E-2020-202926_-_PARTE_8” Documento denominado “Documentos Precontractuales no cargados en Secop” Folio1-99

⁷ CD rotulado “Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima” – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 139-147



19-2020 en el marco del estado de emergencia económica,, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con el fin de mitigar la expansión del COVID-19", dándose inicio a su ejecución el día 27 de marzo de 2020, tal como se constata en el acta de inició⁸ suscrita entre el supervisor del contrato y el contratista.

De lo anterior, resulta claro que los reproches de las entidades de control tienen como sustento la presunta infracción de los requisitos legales esenciales durante la etapa precontractual llevados a cabo por la Gobernación del Tolima para la adjudicación del negocio jurídico 0493 de 2020.

5.2.3.2. De la inobservancia de requisitos esenciales:

En virtud del principio de estricta legalidad que rige la contratación pública, quienes intervienen en la contratación estatal están obligados a cumplir la totalidad de las exigencias normativas previstas para los diversos tipos de contratos, en la Constitución Política, la ley o el reglamento; requisitos que se verifican en la fase previa a la celebración del compromiso contractual y que en el asunto bajo examen fueron observados a plenitud, tal y como surge de los elementos de prueba recaudados, en virtud de los cuales es dable hacer las siguientes consideraciones:

5.2.3.2.1. En torno a la selección de la modalidad contractual:

Verificada la documentación obrante en la carpeta contractual se evidencia que el referido negocio jurídico se llevó a cabo bajo la modalidad de **CONTRATACIÓN DIRECTA**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, tal como puede observarse en los estudios previos elaborados por la Secretaría de Salud de la Gobernación del Tolima y en la que se hizo una relación sucinta de los decretos de carácter nacional y departamental en los que se declaró la urgencia manifiesta y calamidad pública para mitigar los efectos de la pandemia Covid-19.

En el marco normativo descrito, precisado en los estudios previos y en el Contrato de Suministro No. 00493 de 2020, se observa que existían argumentos jurídicos y fácticos

⁸ CD rotulado "Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima" – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 154-155



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión | 2015 | 09 | 15 | Versión: 01 | Página: 7 de 63

para que la Gobernación del Tolima procediera a contratar de manera directa la ejecución de *"la estrategia de comunicación "plan de comunicación - emergencia COVID -19-2020 en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con el fin de mitigar la expansión del COVID-19"*, en el Departamento del Tolima, tal como quedó plasmado en la Resolución No. 668 expedida por la Secretaria de Salud del Tolima, por medio de la cual se justifica la contratación bajo la modalidad directa, por las siguientes consideraciones:

- El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud profirió diferentes circulares y resoluciones en las que adoptaron medidas preventivas sanitarias en el país para evitar la propagación del virus COVID-19. En igual sentido, el Presidente de la República emitió los Decretos No. 417 de 2020, por medio del cual declaró la Emergencia Sanitaria en Salud, el Estado de Emergencia Económica, Social y Económica y el aislamiento preventivo en el territorio nacional.
- Durante los días 17, 18, 20, 24 y 30 de marzo de 2020⁹ se llevaron a cabo reuniones del Consejo de Gestión del Riesgo del Departamento del Tolima, el cual concluyó en consenso que el Gobernador del Departamento procediera a declarar la Calamidad Pública y la Urgencia Manifiesta en el referido departamento por la emergencia sanitaria suscitada por la llegada a ese territorio del virus COVID-19 y para garantizar una respuesta integral que mitigara los efectos, incluyendo la ejecución del plan de comunicaciones.
- Los días 17 y 24 de marzo de 2020 se profirieron los Decretos 293¹⁰ y 323¹¹ por medio de los cuales se declaraba la Calamidad Pública y la Urgencia Manifiesta en el Departamento del Tolima.
- El 26 de marzo de 2020 se celebró el Contrato de prestación de servicios No. 00493 de 2020¹² entre la Gobernación del Tolima y la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S.

⁹ Cd rotulado "Actas Gobernación Tolima 15/05/2020" Documentos denominados "Anexo 9"

¹⁰ Cd rotulado "Actas Gobernación Tolima 15/05/2020" Documento denominado "Anexo 8 DEC 0293 (1)"

¹¹ Cd rotulado "Actas Gobernación Tolima 15/05/2020" Documento denominado "Anexo 7 DEC 323 (1)"

¹² CD rotulado "Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima" – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 139-147



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 15 de 63

2007 y por lo tanto quedarían exentos de la obligatoriedad de que se deba presentar la libre concurrencia y pluralidad de oferentes.

En conclusión, la Gobernación del Tolima, en virtud de la declaratoria de calamidad pública y urgencia manifiesta, estaba facultada para contratar de manera directa los servicios que pretendieran atender en la emergencia ocasionada por el Covid-19, como lo fue precisamente el Contrato de Prestación de Servicios No. 00493 de 2020. Pero, adicionalmente, ha de resaltarse que en la carpeta contratual se evidencia documentación suficiente que da cuenta sobre la labor de la Gobernación del Tolima orientada a evaluar la capacidad del contratista quien: **(i)** tiene como parte de su objeto social la “desarrollar logística empresarial campañas publicitarias implementando la logística necesaria para el buen funcionamiento de ellas”; **(ii)** posee un músculo financiero que le permitía inferir a la entidad territorial que la empresa contratista contaba con el soporte económico suficiente para cumplir el contrato -activo total: \$6.380.387.545-; **(iii)** certificaciones laborales sobre su experiencia, en la que incluso se observa que fue contratista previamente de la Gobernación del Tolima y; **(iv)** se constituyó póliza de seguros, que aunque no era obligatoria en este tipo de contrato¹⁵, fueron exigidas por la Gobernación para la celebración del negocio jurídico como garantía del cumplimiento del mismo.

5.2.3.2.3. Del cumplimiento de los principios de planeación y economía:

El principio de economía se encuentra regulado en el artículo 25 del Estatuto de Contratación Estatal, bajo las siguientes premisas:

“En virtud de este principio:

3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

(...)

¹⁵ Artículo 2.2.1.2.1.4.5. del Decreto 1082 de 2015: En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 16 de 63

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

(...)

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

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.”

Respecto del principio de economía el Consejo de Estado ha señalado que *“Por lo tanto, el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato (...) significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generen situaciones contrarias a la ley (...)*¹⁶

Conforme dicha definición de los alcances del principio de economía, se observa como éste está íntimamente ligado al cumplimiento del principio de planeación, el cual en términos del Alto Tribunal es una *“herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección del contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10.439



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 17 de 63

como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado.”

Pues bien, a partir de la posición jurisprudencial debe concluirse que las entidades del Estado, en este caso en concreto la Gobernación del Tolima, tenían el deber funcional de realizar una serie de actividades con el propósito de determinar la conveniencia de la celebración de los negocios jurídicos y que los términos en los que se ejecutarían los contratos buscarían la obtención del mayor beneficio para la entidad estatal haciendo un uso eficiente de los recursos del erario público que se comprometieron. Por ello, si bien no se hacía necesaria la elaboración de estudios previos, ni contar con pluralidad de oferente, si debía elaborarse un análisis sobre la conveniencia de contratar a través de un operador externo la ejecución del plan de comunicaciones del Departamento del Tolima, situación que fuere cuestionada en la compulsas de copias y por las entidades de control, al considerar que era viable que la entidad territorial procediera de manera directa a desarrollar las actividades que fueron contratadas.

Con el propósito de determinar la capacidad de la Gobernación del Tolima para llevar a cabo la ejecución de manera directa del objeto contractual, este Despacho deberá hacer un análisis sobre los siguientes criterios: (i) necesidad del contrato y; (ii) actividades desarrolladas por el contratista en la ejecución del objeto contractual. Veamos:

(i) De la necesidad del objeto contractual:

Conforme dichas apreciaciones y en relación al caso que nos ocupa, la Fiscalía encuentra que el objeto del Contrato de Prestación de Servicios No. 493 de 2020, tenía como finalidad principal el llevar a cabo un plan de comunicaciones para difundir información relevante acerca de temas concernientes a la propagación del virus Covid-19, sosteniendo que *“la Gobernación del Tolima tiene la sentida necesidad de contar*



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 18 de 63

con un operador idóneo que permita no solo la prestación de servicios publicitarios, sino que tenga la experiencia en puesta en marcha en planes de medios de comunicación que tengan un mayor impacto en los diferentes municipios de la Región, por tanto es necesario contar con una empresa que cuente con la experiencia en la región en cuanto a los canales propios de enlace para una eficiente consecución de espacios publicitarios tanto en radio, prensa, televisión y medios digitales lo cual permitirá de manera integral llegar a cada hogar tolimense y con ello lograr un eficiente desarrollo de procesos y una adecuada utilización de los recursos.”

Al respecto, la Fiscalía encuentra adecuado el sustento elaborado por la entidad territorial para establecer que se hacía necesario llevar a cabo un plan de comunicaciones para la difusión de información relevante sobre el virus Covid-19 pues, incluso en el documento se advierte como la OMS¹⁷ ha indicado la importancia de la difusión de información para la toma de medidas de protección para la vida y la salud en el territorio nacional y, por lo tanto, no hay lugar a reproche jurídico penal sobre la determinación de la necesidad que justificó la celebración del contrato.

(ii) Actividades previstas en desarrollo del contrato:

En primer lugar, es preciso indicar que efectivamente, como lo señalan los entes de control, la Gobernación del Tolima suscribió un negocio jurídico en el que el objeto principal de éste era la intermediación del contratista con los diferentes medios de comunicación, para que la empresa LEÓN GRÁFICAS se encargara de hacer todos los trámites contractuales y comerciales correspondientes para que dichas empresas procedieran a la difusión de información y publicidad acerca del Covid-19 en el territorio departamental.

¹⁷ “Una de las principales medidas, recomendadas por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y aislamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección de la vida y la salud de los Colombianos”



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

Del análisis de los informes de supervisión y de avance presentados por el contratista, así como de sus documentos anexos, se observa que la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S, en el marco del cumplimiento de sus obligaciones contractuales debía celebrar negocios jurídicos con diferentes medios de comunicación localizados en los diferentes municipios del Departamento del Tolima para que éstos desarrollaran las siguientes actividades:

PERIODICO	DIGITAL	TELEVISIÓN	RADIO
P1 Media página en medio de comunicación impreso (periódico) de circulación regional diaria.	D1 Reportaje multimedia actualizable activo durante la pandemia en medio de comunicación digital regional.	T1 Informativo de un minuto antes de comenzar su emisión de noticias en medio local de televisión regional de alto impacto.	R1 Informativo de un minuto antes de comenzar su primera emisión de noticias en medio radial regional de alto impacto.
P2 Publicación de banner en Home (digital) en periódico regional.	D2 Artículo en la web, con pauta en facebook que tenga alcance y segmentación de audiencia en el sitio web de medio de comunicación digital regional.	T2 Publicación de video con pauta en facebook que garantice alcance y segmentación de audiencia en medio de televisión.	R2 Cuña en medio radial, máximo 30 segundos, de alcance regional y local en el Departamento del Tolima.
P3 Artículo publicado en la web en medio de comunicación impreso regional.	D3 Pieza en stories de instagram y facebook en medio de comunicación digital regional.	T3 Pieza en stories de instagram facebook en medio de comunicación de televisión regional.	R3 Publicación en redes sociales en medio radial de alcance regional y local en el Departamento del Tolima.
P4 Pieza en stories de instagram y facebook en medio de comunicación impreso regional.	D4 Transmisión en vivo dando el balance del día y/o algún tipo de información relacionada con el COVID-19 en medio digital regional de alto impacto.	T4 Promoción en el noticiero, directo y/o diferido, en medio televisivo regional.	
	D5 Informativo de un minuto antes de comenzar su emisión de noticias en medio digital regional de alto impacto.		
	D6 publicación de video con pauta en facebook que garantice alcance y segmentación de audiencia en medio digital.		
	D7 Promoción en transmisión digital.		

De igual forma, del estudio de la prueba documental y de las declaraciones juramentadas recepcionadas a los señores CAMILO VALENCIA AGUDELO, Supervisor del contrato y, EDISON SANTIAGO ROMERO ESCALANTE, representante legal de la empresa LEÓN GRAFICA S.A.S, se logró determinar que el objeto contractual no implicaba ningún tipo de actividad creativa, ni de diseño de las pautas publicitarias, pues éstas estaban a cargo del señor VALENCIA AGUDELO y el equipo de trabajo de



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 20 de 63

la Gobernación asignado para dicho fin, producto que era entregado a ROMERO ESCALANTE para que éste lo allegara a los diferentes medios de comunicación.

Así las cosas, le asiste razón a la Procuraduría General de la Nación al indicar en el auto de apertura de la investigación disciplinaria que la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. actuó como un tercero intermediario entre la Gobernación del Tolima y las diferentes empresas contratadas para cumplir con los fines del plan de comunicaciones elaborado por el ente territorial.

Bajo esos supuestos, la Fiscalía General de la Nación deberá determinar dos puntos esenciales para establecer si existió algún tipo de transgresión del Estatuto de Contratación Pública con relevancia penal: **(i)** Los contratos de intermediación o tercerización se encuentran legalmente prohibidos o no, en el marco de la contratación pública; **(ii)** la Gobernación del Tolima estaba en la capacidad operacional para ejecutar de manera directa el objeto contractual del negocio jurídico 0493 de 2020 y; **(iii)** la administración de recursos por parte de LEÓN GRÁFICAS S.A.S implicó para el contratista una utilidad injustificada. Veamos:

(i) Los contratos de intermediación o tercerización se encuentran legalmente prohibidos o no, en el marco de la contratación pública:

En primer lugar, es preciso señalar que el actuar de todos los ciudadanos colombianos, incluidos los servidores públicos, está delimitado por las prohibiciones establecidas en la ley, tal como se encuentra regulado en el artículo 60 de la Constitución Política:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”

De otro lado, adentrándonos en el caso en concreto, es preciso señalar que el negocio jurídico objeto del presunto ilícito se celebró bajo la figura de contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S desarrollaría actividades propias de la administración pública, en este caso la contratación de



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

terceros para la ejecución del plan de comunicaciones de la Gobernación del Tolima como mecanismo para la mitigación del Covid-19.

Bajo esos supuestos fácticos, se hace necesario proceder a analizar el régimen de esta modalidad contractual que se encuentra regulado en el Estatuto de Contratación Estatal por el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.1.4.9 el cual define los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, en los siguientes términos:

“Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.”

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

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.”

Por su parte, el Consejo de Estado ha definido el contrato de prestación de servicios de la siguiente manera:

“El contrato de prestación de servicios tiene por finalidad realizar actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones; su carácter es temporal; el contratista goza de autonomía e independencia para la ejecución de las prestaciones y puede celebrarse tanto con personas jurídicas como naturales, en este último caso, siempre y cuando las actividades contratadas no pueden



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 22 de 63

cumplirse con personal de planta o cuando las labores requeridas exigen conocimientos especializados de los que no disponen los servidores de la entidad.”¹⁸

Es decir, en un principio la ley y la jurisprudencia habilitaba a la Gobernación del Tolima para encomendar a un tercero, en este caso la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S., la realización *actividades relacionadas con la administración de la entidad o el cumplimiento de sus funciones* de una manera temporal, como aquí ocurrió.

Sin embargo, el reproche de la entidad de control se fundamentó en la intermediación o tercerización que habría hecho la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S., situación que de igual forma no se reputa per se ilegal pues verificado el Estatuto de Contratación Estatal y la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se observa prohibición respecto de la celebración de contratos de intermediación o tercerización que tengan por objeto el desarrollo de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios con el propósito de ejecutar pautas publicitarias, pues de la lectura de las decisiones del Alto Tribunal respecto de este tipo de contratos solo existe una prohibición legal y es la intermediación laboral a través de Cooperativas de Trabajadores, situación que aquí no se presentó.

En suma, del análisis objetivo de la naturaleza del contrato no encuentra el ente de acusador reproche alguno al actuar de la Gobernación del Tolima, en cabeza del doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, pues no existe restricción legal o jurisprudencial que le impidiera contratar con la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. actividades propias de una tercerización o intermediación.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sección Tercera, sentencia del 23 de noviembre de 2005, Exp. 1693



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 23 de 63

- (ii) La Gobernación del Tolima estaba en la capacidad operacional para ejecutar de manera directa el objeto contractual del negocio jurídico 0493 de 2020.

Del análisis de los reproches que suscitaron la presente indagación se encuentra la capacidad operacional que tenía la Gobernación del Tolima para ejecutar de manera directa el objeto del Contrato 0493 de 2020, situación que fundamenta una presunta falta de planeación del ente territorial que derivó en el detrimento patrimonial de ésta, pues no se hizo un estudio de conveniencia del contrato y se pagaron unos montos de administración a un tercero, la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S., sin que esto fuera necesario. Con el propósito de determinar si habría existido la referida falta de planeación por parte de la Gobernación del Tolima, este Despacho procedió, en principio, a realizar labores investigativas para establecer la capacidad de recurso humano con el que cuenta la entidad pública para desarrollar las actividades encomendadas a LEÓN GRÁFICAS, lo cual permitió establecer las siguientes circunstancias:

- (a) Se determinó que no existe en la planta de personal una *oficina de prensa*, encargada de todos los asuntos de telecomunicaciones del ente territorial, sino que la Gobernación del Tolima cuenta con 3 funcionarios de planta y 6 contratistas adscritos al Despacho del Gobernador con profesiones afines a las telecomunicaciones y, adicional a ello, 16 contratistas con este mismo perfil profesional asignados en las diferentes Secretarías Departamentales para desarrollar este tipo de actividades.¹⁹
- (b) A la Secretaría de Salud le fue asignado un asesor jurídico²⁰ para que apoyara a la doctora ADRIANA ALEXANDRA MARQUEZ RAMIREZ, en la suscripción de

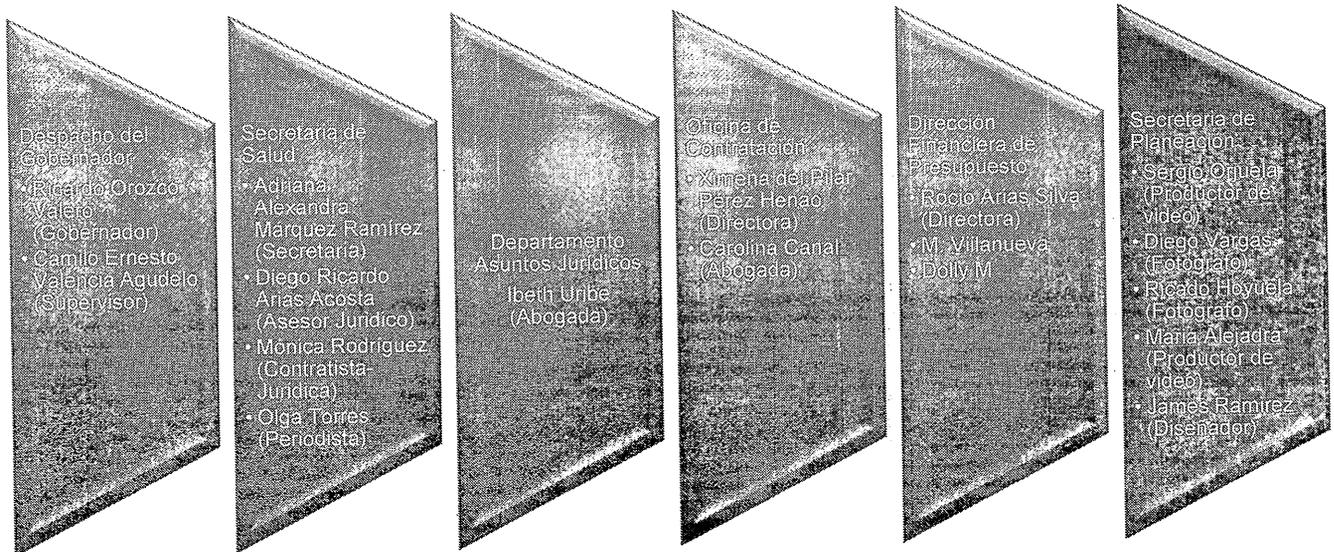
¹⁹ Folio 48 Cuaderno principal No. 2

²⁰ Declaración ADRIANA ALEXANDRA MARQUEZ RAMIREZ
Interrogatorio RICARDO OROZCO VALERO
Minuta del Contrato 0493 de 2020

todos los contratos que se derivaran de esta dependencia con ocasión del Covid-19.

- (c) La Oficina de Contratación cuenta con 6 funcionarios de planta y 21 contratistas, sin embargo, solo 10 de ellos tienen como función la realización de los procesos precontractuales y hacen seguimiento a la ejecución de los contratos.²¹

En el marco de dicha estructura organizacional, la Gobernación del Tolima dispuso la participación de los siguientes funcionarios para la ejecución de las etapas precontractuales y contractuales del Contrato No. 0493 de 2020:



- *Despacho del Gobernador:*

- ✓ El doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, Gobernador del Departamento del Tolima, suscribió los Decretos de Urgencia Manifiesta y Calamidad Pública que sustentaron la aplicación del artículo 42 de la Ley 80 de 1993 que habilitó a contratar de manera directa bajo los parámetros de la urgencia manifiesta.

²¹ Folio 48 Cuaderno principal No. 2





- ✓ El comunicador social CAMILO ERNESTO VALENCIA AGUDELO, tenía a su cargo la supervisión del contrato, pero adicional a ello, se le encomendó apoyar a la doctora ADRIANA ALEXANDRA MÁRQUEZ en la elaboración de los estudios previos y la verificación del cumplimiento de la capacidad operacional del contratista para ejecutar el contrato. De igual forma, era la persona que lideraba la estructuración del plan de comunicaciones a través de la elaboración de los cronogramas y las pautas publicitarias con apoyo de los funcionarios adscritos a la Secretaria de Planeación.

- *Secretaria de Salud:*
 - ✓ La doctora ADRIANA ALEXANDRA MÁRQUEZ RAMÍREZ, Secretaría de Salud, fue la persona delegada como ordenadora del gasto y quien suscribió los contratos. También se determinó que fue quien estuvo a cargo de exponer ante el Comité de Gestión del Riesgo la necesidad del plan de comunicaciones para la mitigación del Covid-19, en igual sentido y, como líder de la Secretaria de Salud tuvo a cargo la suscripción de los siguientes documentos: **(a)** acta de justificación de la modalidad contractual aplicable; **(b)** estudios previos y; **(c)** minuta del contrato.
 - ✓ El doctor DIEGO RICARDO ARIAS OROZCO, Asesor Jurídico de la Gobernación, tuvo a su cargo apoyar a la doctora ALEXANDRA MÁRQUEZ, en la elaboración y verificación del cumplimiento de los requisitos legales del Contrato No. 0493 de 2020, pues como pudo establecerse en las diligencias de declaración de la doctora MÁRQUEZ RAMÍREZ y el interrogatorio del doctor RICARDO OROZCO, la Secretaria de Salud Departamental es profesional en odontología y carecía de conocimientos jurídicos para que de manera directa y sin apoyo pudiera revisar la documentación contractual y llegar a la conclusión que se cumplieran con los requisitos legales de la contratación pública.
 - ✓ La doctora MÓNICA RODRÍGUEZ, contratista en temas jurídicos, elaboró el acta de justificación de la modalidad contractual aplicable al Contrato 0493 de 2020.
 - ✓ La periodista OLGA PIEDAD TORRES SIERRA, tenía a su cargo apoyar al señor CAMILO VALENCIA AGUDELO en la elaboración de las pautas publicitarias.

- *Departamento de Asuntos Jurídicos:*



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

- ✓ La doctora IBETH URIBE, contratista del Departamento de Asuntos Jurídicos, tuvo a su cargo la revisión de los estudios previos del contrato.

- *Oficina de Contratación:*

- ✓ La doctora XIMENA DEL PILAR PÉREZ HENAO, Directora de la Oficina de Contratación, en ejercicio de sus funciones aprobó los estudios previos y la minuta del contrato.
- ✓ La doctora CAROLINA CANAL, abogada de la Dirección de Contratación, revisó los estudios previos y elaboró la minuta del contrato 0493 de 2020.

- *Dirección de Presupuesto:*

- ✓ La doctora ROCIO ARIAS SILVA, Directora de la Oficina de Presupuesto, suscribió el certificado de disponibilidad presupuestal y el registro de disponibilidad presupuestal
- ✓ La funcionaria identificada en los documentos como M. Villanueva, tuvo a su cargo la emisión del Certificado de Disponibilidad Presupuestal
- ✓ La funcionaria identificada en los documentos como Dolly M. expidió el Registro de Disponibilidad Presupuestal.

- *Secretaría de Planeación:*

Los funcionarios Sergio Orjuela -Productor de video-, Diego Vargas -Fotógrafo-, Ricardo Hoyuela -Fotógrafo-, Maria Alejandra -Productor de video- y James Ramírez -Diseñador-, fueron asignados como apoyo al señor CAMILO VALENCIA AGUDELO para la elaboración de las pautas publicitarias del plan de comunicaciones.

Es decir, en el marco del trámite de la etapa precontractual del negocio jurídico No. 493 de 2020, se encuentra demostrado que la Gobernación del Tolima dispuso de 15 funcionarios para el cumplimiento de todas las actividades y requisitos legales para la adjudicación del referido contrato y la puesta en marcha del plan de comunicaciones para la mitigación del Covid-19.



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 27 de 63

Por otra parte y, con el propósito de determinar la capacidad de la Gobernación del Tolima para llevar a cabo de manera directa la totalidad de las actividades del plan de comunicaciones, la Fiscalía procedió a llevar a cabo labores investigativas para determinar cuáles fueron materialmente las actividades desarrolladas por la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S para ejecutar cada uno de los cronogramas del referido plan:

- **Primer cronograma:**

- ✓ El 26 de marzo de 2020 se suscribió el contrato entre la Gobernación del Tolima y la empresa León Gráficas.
- ✓ El 31 de marzo de 2020 el supervisor del contrato CAMILO VALENCIA AGUDELO, entregó al contratista el primer cronograma de actividades a realizar y las pautas publicitarias que se allegarían a los medios de comunicación
- ✓ Entre el 31 de marzo y el 5 de abril de 2020 mediante llamadas telefónicas y mensajes de Whatsapp la empresa LEÓN GRÁFICAS logró contratar con 72 medios de comunicación los cuales se comprometieron a ejecutar las actividades, que posteriormente se legalizaron a través de la suscripción de órdenes de trabajo y el pago del 50% del valor de lo negociado.
- ✓ Entre el 2 y el 4 de abril realizó 4 contratos con empresas de comunicaciones (RCN y Olímpica) para dar inicio a la ejecución de las actividades el 6 de abril de 2020.
- ✓ El 6 de abril de 2020 los medios de comunicación inician la ejecución de la orden de prestación de los servicios contratados.
- ✓ El 22 de abril la empresa León Gráficas elaboró las órdenes de prestación de los medios de comunicación que fueron contratados verbalmente con fecha de inicio del 6 de abril de 2020.
- ✓ En total la empresa León Gráficas celebró 76 órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios con los diferentes medios de comunicación, para la ejecución de las actividades contratadas con la Gobernación del Tolima:

PERIÓDICO	1	EL NUEVO DÍA	IBAGUÉ
	2	QHUBO	IBAGUÉ



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 28 de 63

RADIO	1	OLIMPICA	IBAGUÉ
	2	LA VOZ DEL TOLIMA	IBAGUÉ
	3	LA VOZ DE MURILLO	IBAGUÉ
	4	CANICA	IBAGUÉ
	5	CARACOL RADIO	IBAGUÉ
	6	COLOSAL	IBAGUÉ
	7	CONEXIÓN SÁBADO	IBAGUÉ
	8	ECOS	IBAGUÉ
	9	GUASCA	IBAGUÉ
	10	LA VOZ DEL PUEBLO	IBAGUÉ
	11	ONDAS	IBAGUÉ
	12	OPINIÓN INDEPENDIENTE	IBAGUÉ
	13	TOLIMA EN GRANDE	IBAGUÉ
	14	ZONA DE IMPACTO	IBAGUÉ
	15	RCN	IBAGUÉ
	17	ALBORADA REGIONAL	ESPINAL
	18	AMBEIMA ESTEREO	CHAPARRAL
	19	ARMERO ESTEREO	ARMERO
	20	CLICK RADIO	GUAMO
	21	IMPACTO REGIONAL	ESPINAL
	22	INFORMES CON ALBEIRO	FLANDES – ESPINAL
	23	MUSICALIA ESTEREO	PLANADAS
	24	NOTICIERO POPULAR	ESPINAL
	25	PANORAMA REGIONAL	ESPINAL
	26	RADIO AVENIDA	ESPINAL
	27	RCN RADIO - HERNANDO MORALES	ESPINAL
	28	TOCA ESTEREO	MARIQUITA
	29	VOCES Y NOTICIAS	ESPINAL
	30	OLIMPICA ESPINAL	ESPINAL
	31	RADIO CIUDAD DE FLANDES	FLANDES
	32	CLICK RADIO- HILDEBRANDO	FRESNO – CHAPARRAL
	33	MAGACIN ESPINAL	ESPINAL
	34	LAVETERANA	LIBANO
	35	TOLIMA FM STEREO	IBAGUÉ
	TV	1	ANGELES TV
2		PYC	IBAGUÉ
3		FUTBOL EN VINO	IBAGUÉ
4		TV DIARIO	IBAGUÉ
5		SIN CAMARA	IBAGUÉ
6		CANAL 3 MULTIVISIÓN	SAN ANTONIO
7		CANAL 9 TV	CHAPARRAL
8		HONDA TV	HONDA
9		BUNDE TOLIMA	ESPINAL
10		CANAL 36	ARMERO
11		TV W	ESPINAL
DIGITAL	1	CANICA	IBAGUÉ



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión | 2015 | 09 | 15 | Versión: 01 | Página: 29 de 63

2	A LA LUZ PUBLICA	IBAGUÉ
3	A SU SERVICIO	IBAGUÉ
4	CAMBIO IN	IBAGUÉ
5	CERO X3	IBAGUÉ
6	CONFESIONARIO	IBAGUÉ
7	CRONISTA	IBAGUÉ
8	EL IRREVERENTE	IBAGUÉ
9	GMP EL VENTILADOR	IBAGUÉ
10	LA CABRILLA	IBAGUÉ
11	LA RED	IBAGUÉ
12	LE CONTAMOS	IBAGUÉ
13	MAS NOTICIAS	IBAGUÉ
14	PAPARAZZI	IBAGUÉ
15	SIN EDITAR	IBAGUÉ
16	DON TAMALIO	IBAGUÉ
17	PRESS	IBAGUÉ
18	PARADISE	IBAGUÉ
19	EL TORTUGAZO	IBAGUÉ
20	EL OLFATO	IBAGUÉ
21	PERIODISMO AL DIA	IBAGUÉ
22	SHOFAR NOTICIAS	ESPINAL
23	PERIODISTA INDISCRETO	MARIQUITA
24	TU KANAL DIGITAL	ESPINAL
25	JW STUDIO	ESPINAL
26	PERIODICO HOY	ESPINAL
27	LA DESPENSA	CAJAMARCA
28	ENTRETENIMIENTO TOLIMA	IBAGUE
29	CENTAURO	IBAGUE
30	ENFOQUE	IBAGUE

- ✓ El 30 de abril de 2020 cada uno de los medios de comunicación presentó un informe de ejecución a León Gráficas.
 - ✓ Verificados los informes de ejecución y el cumplimiento de lo pactado, León Gráficas procedió hacer el pago del 50% del valor de los servicios contratados a cada operador.
 - ✓ León Gráficas consolidó la información y presentó un informe parcial de ejecución al supervisor de la Gobernación.
- Segundo, tercer y cuarto cronograma:



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 30 de 63

- ✓ El 1 de mayo de 2020 los medios de comunicación continuaron la ejecución de las órdenes de prestación de los servicios contratados.
- ✓ La ejecución del contrato sufrió una suspensión por solicitud de la Procuraduría General de la Nación a partir del 20 de marzo de 2020, razón por la cual, los medios de comunicación llevaron a cabo actividades hasta la referida fecha, sin embargo, el contratista debía realizar las siguientes actividades en caso de que el contrato siguiera su curso normal:
- ✓ Recibir los 76 informes de ejecución presentados por cada uno de los medios de comunicación.
- ✓ Verificados los informes de ejecución León Gráficas debía hacer el pago restante del 50% del valor de los servicios contratados y efectivamente ejecutados.
- ✓ León Gráficas consolidaría la información y presentaría un informe final de ejecución al supervisor de la Gobernación.

Ahora bien, de conformidad con la legislación en materia de contratación pública, para asumir de manera directa la ejecución de las actividades contempladas en el Contrato No. 00493 de 2020, la Gobernación del Tolima estaba sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos insoslayables para la puesta en marcha del plan de comunicaciones que requería la celebración de 76 negocios jurídicos como se desarrollará a continuación:

- ✓ Decreto por medio del cual se declarará la urgencia manifiesta – Decreto 323 de 2020.
- ✓ Acta de justificación para llevar a cabo la contratación directa de los 76 contratos de prestación de servicios.
- ✓ Elaboración de al menos: estudios mínimos sobre el sector de las telecomunicaciones, establecer la existencia de los medios de comunicación en los 47 municipios, recepción de cotizaciones, análisis de la necesidad de contratar con cada uno de los tipos de medios de comunicación. Lo anterior, teniendo en cuenta que aunque en este tipo de contratación se prescinde de los estudios previos, debido a la complejidad de las actividades del objeto



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

contractual, por lo menos se hacía necesario determinar con quienes y en qué valor se contrataría con cada medio de comunicación según las directrices establecidas por la Contraloría General de la República.

- ✓ La expedición de los documentos presupuestales para cada contrato, que aunque si bien se podía elaborar un solo certificado de disponibilidad presupuestal, se hacía necesario la emisión de 76 registros presupuestales.
- ✓ Se debía proceder a la elaboración de 76 minutas contractuales, una por cada medio de comunicación y tipo de servicio que iba a prestar dependiendo de las características de las pautas publicitarias.
- ✓ Se hacía necesaria la elaboración por parte del supervisor y de cada uno de los contratistas de actas de inicio individual.
- ✓ Tendrían que elaborarse 152 cronogramas de trabajo con sus respectivas pautas publicitarias, pues debía entregarse dos cronogramas a cada uno de los contratistas.
- ✓ Cada contratista debía entregar un informe parcial de ejecución el 30 de abril de 2020, es decir, el supervisor del contrato recibiría 76 informes parciales de ejecución.
- ✓ El supervisor debía realizar un informe por cada contratista para proceder al primer pago parcial, lo que implicaría la expedición de 76 informes parciales de supervisión.
- ✓ La oficina de tesorería debía proceder a la realización de 76 órdenes de pago parcial de acuerdo a la forma de pago convenida.
- ✓ Realizado dicho proceso de pago, se debía entregar otros 152 cronogramas de trabajo, dos por cada contratista, con sus respectivas pautas publicitarias.
- ✓ Cada contratista debía entregar un informe final de ejecución el 26 de mayo de 2020, por ende, el supervisor de los contratos recibiría 76 informes finales de ejecución.
- ✓ El supervisor debía realizar un informe por cada contratista para proceder al segundo pago parcial, es decir, 76 informes finales de supervisión.
- ✓ La oficina de tesorería debía proceder a la realización de 76 órdenes de pago del monto restante de acuerdo a la forma de pago convenida.
- ✓ La Oficina de Contratación debía proceder a la verificación del cumplimiento de los 76 contratos a partir de los documentos entregados por el supervisor y la



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 32 de 63

tesorería para la elaboración de un acta de liquidación por contratista, esto quiere decir, 76 actas de liquidación.

En síntesis, el ente acusador concluye que la entidad departamental no contaba con la capacidad operativa para desarrollar en ese período de tiempo el trámite precontractual, la celebración de los contratos, el seguimiento de la ejecución de los mismos y su liquidación, cuando se: **(i)** verifica la información de la planta de personal de la gobernación; **(ii)** se establece las personas realmente asignadas para llevar a cabo los trámites de la etapa precontractual del Contrato 0493 de 2020; **(iii)** se determina las actividades materialmente desarrolladas por la empresa LEÓN GRÁFICAS y; **(iv)** se identifica las labores que implicaba para la Gobernación del Tolima asumir directamente la ejecución de la totalidad del plan de comunicaciones. La anterior afirmación, soportada en los elementos materiales probatorios incorporados, se explica en los siguientes términos:

(a) Despacho del Gobernador:

- ✓ El comunicador social CAMILO VALENCIA AGUDELO, como líder del plan de comunicaciones, debía de manera directa o con el apoyo de alguno de los 2 funcionarios con conocimientos en telecomunicaciones, OLGA PIEDAD TORRES SIERRA y DORA MARIA MENDOZA PORTILLO, asumir la supervisión de los 76 contratos de prestación de servicios que debían suscribirse con cada uno de los medios de comunicación en los 47 municipios del Departamento del Tolima, con las implicaciones logísticas que eso representaría, teniendo en cuenta la estructura geográfica del referido territorio, situación que desbordaría la capacidad del funcionario VALENCIA AGUDELO y sus dos compañeras pues, como ya se dijo, tendría que llevar a cabo el estudio de 152 informes de ejecución (76 parciales y 76 finales) y la elaboración de 152 informes de supervisión (76 parciales y 76 finales); sin que pueda este Despacho pasar por alto que los referidos funcionarios debían desarrollar adicionalmente las funciones propias de su cargo y adelantar la elaboración de las pautas publicitarias del plan de comunicaciones.

(b) Secretaria de Salud:



- ✓ La doctora ALEXANDRA MÁRQUEZ RAMÍREZ como ordenadora del gasto debía proceder, con apoyo de un solo asesor jurídico, llevar a cabo el desarrollo de las siguientes actividades necesarias para el cumplimiento de los requisitos legales, tanto en la etapa precontractual como en la ejecución de los contratos:
- a. Estudios mínimos para establecer con quien se contrataría cada uno de los contratos así como el presupuesto para cada uno de ellos.
 - b. Elaborar las actas o el acta de justificación de la modalidad contractual.
 - c. Suscripción de las minutas contractuales, situación que implica la verificación del cumplimiento de todos los requisitos de la contratación pública desarrollada por las demás dependencias de la Gobernación, en cada uno de los 76 contratos.
 - d. Tener un control y vigilancia de la ejecución de cada uno de los contratos con el supervisor de éstos.

Bajos esos presupuestos, es claro para este Despacho la falta de eficiencia que implicaría para la entidad territorial desarrollar el objeto contractual del Contrato No. 493 de 2020 de manera directa; de igual forma, no puede el ente acusador desconocer la falta de capacidad de la ordenadora del gasto para controlar la ejecución del plan de comunicaciones, pues implicaría el desarrollo de una serie de labores que a simple vista desbordaría la capacidad de la Secretaría de Salud, más cuando este Despacho no puede olvidar que fue esa cartera la que asumió la contratación de todos los objetos contractuales que tuvieran como finalidad la mitigación de los efectos del Covid-19 en el Departamento del Tolima, por lo que la doctora MÁRQUEZ RAMÍREZ hubiese tenido que asumir la vigilancia y control de un número considerable de contratos que superaría los 80 contratos estatales, si se tiene en cuenta que solo en este caso en específico debía suscribir un total de 76 negocios jurídicos.

- ✓ Se hacía necesario que se asignara o contrataran más asesores jurídicos para que apoyaran a la doctora ALEXANDRA MÁRQUEZ RAMÍREZ, en la



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 34 de 63

elaboración de los estudios previos, la revisión y proyección de los documentos necesarios a cargo de la Secretaria de Salud dentro de la etapa precontractual para que la Oficina de Contratación aprobará la necesidad de los 76 contratos y procediera a elaborar las 76 minutas contractuales, pues como se ha sostenido, no era posible desarrollar un correcto trámite precontractual con el apoyo de solo dos asesores jurídicos, en este caso los doctores DIEGO RICARDO ARIAS y MÓNICA RODRÍGUEZ, como se presentó en este caso, más cuando quien fuere asignada como ordenadora del gasto no tenía conocimientos jurídicos que le permitieran desarrollar las revisiones y verificaciones de manera personal y directa. Por lo que, respecto del desarrollo de estas actividades este Despacho tampoco encuentra eficiente que se hiciera una asignación de personal indiscriminada para el asesoramiento de la Secretaría de Salud, pues la emergencia sanitaria implicaba que todas las entidades territoriales buscaran mecanismos eficaces para suplir las necesidades que se estaban presentando.

(c) *Oficina de Contratación:*

- ✓ En este caso en concreto, la Oficina de Contratación sería la dependencia encargada de elaborar las 76 minutas contractuales, de igual forma, cada funcionario o contratista a cargo del trámite contractual debía hacer el seguimiento de la ejecución del contrato con el apoyo de la ordenadora del gasto y el supervisor de los contratos, actividades que concluirían en la expedición de las 76 actas de liquidación de los negocios jurídicos previo a la verificación del cumplimiento por parte de los 76 contratistas de las obligaciones contractuales a su cargo, así como la revisión de los documentos contables que den cuenta a su vez de la situación presupuestal del contrato, para así proceder a determinar si persisten o no obligaciones por parte de la entidad territorial o de los contratistas.
- ✓ Ahora bien, con el fin de hacer un análisis de la capacidad de la Oficina de Contratación para el cumplimiento de estos fines, es preciso señalar, que dicha dependencia cuenta con 10 contratistas para la realización de las referidas funciones, quienes en promedio tenían a su cargo de 10 a 12 procesos contractuales mensuales, tal como lo mencionó la Directora de dicha cartera,



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

XIMENA PÉREZ HENAO²², lo cual le permite a este Despacho concluir que en caso que la Gobernación hubiese asumido la contratación con cada uno de los medios de comunicación necesarios para la consecución de los fines del plan de comunicaciones; cada funcionario de la Oficina de Contratación debía desarrollar la revisión en promedio de un total de 7,6 contratos, es decir, se hubiese casi duplicado el trabajo de dichos contratistas, lo cual podría disminuir la capacidad de cada uno de ellos de llevar a cabo un control eficiente de los contratos, con las complejidades jurídicas y operacionales que éstos tuvieran, por lo cual, en este caso tampoco resulta conveniente concluir que representaba un beneficio operacional para la entidad el asumir de manera directa la ejecución del objeto contractual del Contrato 0493 de 2020.

(d) *Dirección de Presupuesto:*

- ✓ En el marco de las actividades que debía asumir la Dirección de Presupuesto, en caso de que se hubiesen llevado a cabo por parte de la Gobernación del Departamento del Tolima la contratación de los 76 contratos para la ejecución del plan de comunicación, se encuentran: (a) expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal; (b) emisión de 76 registros de disponibilidad presupuestal; (c) elaboración de 76 facturas de cobro de estampilla de timbre, lo que implica la ejecución de labores contables por el ingreso de activos a las arcas de la gobernación; (d) 152 órdenes de pago (76 por pago parcial y 76 por pago final) y; (e) expedición de 152 comprobantes de egreso.
- ✓ Es en esta dependencia en donde más se percibe la falta de eficiencia que implicaba para la gobernación la ejecución de manera directa del objeto contractual del negocio jurídico 493 de 2020, pues requería del desarrollo de una serie de labores innecesarias de tipo contable y financiero para la entidad, pues la expedición de los referidos documentos no tienen únicamente una alcance meramente formal, sino que ellos constituyen el análisis, verificación y registro de información presupuestal y contable de la entidad territorial que derivaría que se aumentara 75 veces el trabajo de los funcionarios de dicha dependencia, lo cual es evidencia nuevamente de la conveniencia del Contrato 0493 de 2020.

²² Minuto 21:55



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 36 de 63

En este sentido, la estricta regulación de la actividad contractual de las entidades públicas obligaba a la Gobernación del Tolima a emprender una inmensa carga de actividades para el desarrollo de los procesos contractuales contrarias a los principios de economía y eficiencia, más cuando, no puede desconocerse que la contratación pública bajo examen tenía sustento en la declaración de una urgencia manifiesta que exigía de los funcionarios estatales actuaciones céleres, asegurando en todo momento mecanismos expeditos para el cumplimiento de la finalidad de mitigación de la situación apremiante.

Por ello, esta Delegada concluye que la Gobernación del Tolima en cabeza del doctor **OROZCO VALERO** actuó con sujeción a los principios planeación, economía, eficiencia y eficacia pues:

- En primer lugar, no debe olvidarse que el plan de comunicaciones tenía una única finalidad y era poner en marcha políticas que permitieran llevar la información necesaria para la prevención y manejo de los efectos del Covid-19 en los 47 municipios de dicho departamento, situación que no podía requerir un prolongado lapso de tiempo ni tampoco el despliegue de un número significativo de recurso humano de la entidad territorial, como se hubiese presentado en caso de haber asumido de manera directa la ejecución del objeto contractual del negocio jurídico 0493 de 2020.
- En segundo lugar, se observa que el análisis realizado por la Secretaria de Salud con apoyo del funcionario Camilo Valencia Agudelo, sobre la necesidad de contratar con un operador especializado en medios para la puesta en marcha del plan de comunicaciones no puede considerarse desacertado o irracional pues, tal como fue explicado por la doctora ALEXANDRA MÁRQUEZ RAMÍREZ y el funcionario VALENCIA AGUDELO, existía la premura de dar inicio a la difusión de la información en los 47 municipios, con las complejidades geográficas del departamento, adicional a ello, existía el desconocimiento incluso de los funcionarios de la entidad, sobre cómo actuar operativamente para transmitir dicha información y con cuales medios de comunicación se podría hacer en todo el territorio departamental, lo cual implicaría unos estudios del sector mucho más



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 37 de 63

robustos, complejos y conllevaría a un mayor tiempo del que se requirió para la etapa precontractual del Contrato 0493 de 2020.

Sobre este punto en particular, este Despacho no puede desconocer que una de las características que cumplía el contratista y que permite afirmar sobre la conveniencia del contrato, es la experiencia y conocimiento que tiene la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. en el sector que permitió a la Gobernación del Tolima actuar con inmediatez y poner en marcha el plan de comunicaciones en un tiempo inferior a una semana, situación que no hubiese sido viable en caso de asumir directamente las contrataciones pues implicaría una serie de análisis y cumplimiento de formalismos propios de la contratación pública que hacen que este tipo de actividades se desarrollen en un tiempo superior al que es requerido por los particulares al momento de celebrar negocios jurídicos, ejemplo de ello, es la manera informal en la que LEÓN GRÁFICAS S.A.S, solicitó a los medios de comunicación la prestación de servicios, a través de llamadas telefónicas y mensajes de Whatsapp, procediendo a elaborar las ordenes de prestación de servicios cuando ya llevaban 16 días ejecutando y sin requerir anticipos o el pago de sumas de dinero, las cuales solo fueron canceladas una vez se cumplió con un porcentaje de las obligaciones asumidas por éstos.

- En tercer lugar, los elementos materiales probatorios dan cuenta de la inmediatez y eficiencia con la que el contratista efectivamente actuó lo que es prueba de que el análisis realizado por la Gobernación fue acertado pues la información a los ciudadanos fue difundida oportunamente, en los tiempos antes mencionados.

(iii) La administración de recursos por parte de LEÓN GRÁFICAS S.A.S implicó para el contratista una utilidad injustificada:

Sobre el particular, debe traerse a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado en la que ha indicado que *“el principio de economía en cuya esencia se encuentra el deber de planeación del contrato (...) significa que el Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que protejan los recursos públicos fiscales, con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera que es cuestionable todo*



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 38 de 63

acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generen situaciones contrarias a la ley (...)"²³

Bajo estos preceptos legales, teniendo en cuenta que esta Delegada encontró conveniente en términos operativos la necesidad de celebrar el Contrato No. 0493 de 2020, deberá ahora establecerse si la Gobernación del Tolima durante la etapa precontractual para la adjudicación del referido negocio jurídico omitió el cumplimiento de las obligaciones descritas en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al haber procedido a celebrar el referido contrato sin haber elaborado un estudio económico del mismo lo cual presuntamente generó que la empresa LEÓN GRAFICAS S.A.S. se haya apropiado de una utilidad injustificada por la administración de recursos de la entidad territorial, lo que a la postre habría generado un detrimento patrimonial en las arcas departamentales.

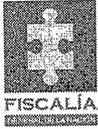
Con el propósito de establecer si se presentó la referida apropiación injustificada este Despacho dispuso realizar análisis contable y financiero para determinar si se habría presentado un posible sobrecosto en el valor efectivamente cancelado a la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. como contraprestación de las obligaciones adquiridas con la Gobernación del Tolima dentro del Contrato No. 0493 de 2020. Así pues, en cumplimiento a dicho requerimiento el ST OSCAR EDUARDO SÁNCHEZ FRANCO, Contador e Investigador Criminal de la DIJIN de la Policía, elaboró informe pericial en el cual concluyó:

"RESULTADOS DE LA ACTIVIDAD INVESTIGATIVA.

CONCLUSIONES:

- PERIODICO: En este medio se cuenta con dos diarios que pertenecen a una misma editorial de acuerdo con la cotización de los investigadores; para el contratista de acuerdo a su estudio de mercado el más rentable es el diario Q'Hubo, donde la rentabilidad varía de acuerdo a la publicación va desde el 17% hasta el 33%. Según lo ejecutado hasta el momento de la suspensión del contrato la rentabilidad obtenida en este medio es del 9% para el

²³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10.439



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 39 de 63

contratista. De acuerdo a las cotizaciones de los investigadores en todos los casos sería más económico haber realizado la contratación directamente con la empresa editorial.

- DIGITAL: En este medio el contratista presentó en su estudio de mercados 4 empresas, siendo la más rentable LA DESPENSA con un 42% y la menos rentable el TORTUGAZO con un -2%, De acuerdo a lo ejecutado hasta la suspensión del contrato en esas 4 empresas, la rentabilidad para el contratista fue del 7%. Según las cotizaciones realizadas por los investigadores en 2 de los 6 servicios analizados sería más económico para la gobernación contratar directamente y no con el contratista.
- TELEVISIÓN: El contratista presenta en su análisis de mercado cotizaciones de 3 empresas, siendo la más rentable HONDA TV con un 46% y la menos rentable P&C con un -2%. De acuerdo a la ejecución en estas 3 empresas hasta la suspensión del contrato la rentabilidad para el contratista fue de 6%. De acuerdo a las cotizaciones de los investigadores en todos los casos es más económica la propuesta del contratista.
- RADIO: El contratista presenta en su análisis de mercado 6 empresas, siendo AMBEIMA ESTEREO CHAPARRAL la más rentable con 444% seguido de OLIMPICA con el 161%, la empresa de radio menos rentable para el contratista sería CARACOL con -5%, De acuerdo a la ejecución con estas 6 empresas hasta el momento de suspensión del contrato la rentabilidad del contratista fue del 28%. De acuerdo con las cotizaciones de los investigadores en todos los casos sería más económico contratar directamente con la empresa de radio para la gobernación.
- PERIFONEO: Este servicio no se ejecutó por parte del contratista y no se cuenta con cotizaciones.
- **La rentabilidad general para el contratista, hasta la fecha de suspensión del contrato, con las empresas prestadoras de los servicios analizadas es del 15%."**

Ahora bien, de la lectura de los resultados presentados por el perito se observa como éste manifiesta que en la mayoría de los servicios se hacía más económico que de manera directa la Gobernación contratara los servicios, lo cual es lógico teniendo en cuenta que LEÓN GRÁFICAS S.A.S debía cobrar los valores propios de sus costos de



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

Teniendo en cuenta el análisis desarrollado por esta Delegada, concluye el ente acusador que verificada la actuación de la Gobernación del Tolima para la suscripción del Contrato de Suministro 493 de 2020, no se encuentran sustentos fácticos o jurídicos para considerar la posible comisión del delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales por parte del doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, pues como se advierte, el ente territorial actuó de manera legítima, facultado por el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, lo cual puede constatarse por las siguientes circunstancias:

- (a) Estaba facultado para contratar de manera directa el objeto del negocio jurídico investigado, es decir el Contrato de Suministro 0493 de 2020, pues las actividades a ejecutar estaban relacionadas con los efectos de la emergencia sanitaria.
- (b) Previo a la suscripción del contrato se había declarado la urgencia manifiesta y calamidad pública mediante actos administrativos motivados (Decreto 293 y 323 de 2020).
- (c) Pese a no requerirlo realizó estudios técnicos donde se observa un análisis del sector detallado y solicitó al contratista la constitución de pólizas de seguros que permiten inferir razonablemente que la entidad territorial ejecutó una serie de actividades que le permitieran garantizar los principios de la contratación pública durante el trámite de celebración del negocio jurídico señalado.
- (d) Existió inmediatez entre la suscripción del contrato y el inicio de la ejecución del mismo (un día).
- (e) Se observa documentación allegada por el contratista, LEÓN GRÁFICAS S.A.S, para que fuese valorada su experiencia e idoneidad.
- (f) La Gobernación del Tolima no se encontraba en la capacidad operativa para ejecutar de manera directa el objeto del contrato, pues no contaba con el recurso humano suficiente para poner en marcha el plan de comunicaciones del Covid-19, dentro de los cronogramas que le fueron exigibles al contratista ni con la celeridad que debía actuarse teniendo en cuenta la premura que existía en el territorio nacional de difundir información para la prevención y control de la propagación del referido virus.
- (g) Previo informe elaborado por un perito de la DIJIN de la Policía se pudo establecer que los precios contratados por la entidad territorial se ajustaban a los porcentajes razonables de utilidad y, por ende, no se vislumbra algún tipo de indebida



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 42 de 63

planeación por parte de la gobernación que hubiese generado una afectación a los intereses del Departamento del Tolima.

Así las cosas, deviene claro que no se encuentran acreditados los elementos objetivos del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por cuanto ningún principio de la contratación pública fue vulnerado, como se acreditó a través de los elementos materiales probatorios allegados a esta indagación.

5.2.4. Del interés indebido en la celebración del contrato:

El artículo 409 del Código Penal define el delito de interés indebido en la celebración de contratos en los términos que a continuación se señalan, y deberán ser estos, los tenidos en cuenta para establecer si la conducta desplegada por el doctor **RICARDO OROZCO VALERO** se adecua típicamente:

El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Por su parte, en sentencia de fecha 18 de enero de 2017, proferida dentro del Radicado 47100, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia preciso:

“Es por lo anterior que la Sala ha precisado en anteriores oportunidades frente a estos delitos, que la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a tales principios que se hallan implícitos en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal, generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados, acotándose que:

De allí que tiene absoluta vigente frente a la Carta Política de 1991, el análisis que la Corte hizo sobre el delito de interés ilícito en la celebración de contratos en la sentencia de junio 8 de 1982, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, sobre cuyos aspectos principales se destaca lo siguiente:

... la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 43 de 63

indignamente por obra de ese apremio. Lo más posible, en estas circunstancias es que se produzca lo que los autores llaman un “desdoblamiento de la personalidad del funcionario”, quien actuará dentro de la esfera oficial, con exigencias propias al servidor público, pero orientado por logros personales. Se busca, pues, preservar la ética administrativa apoyo obligado de esa importantísima gestión.

... Ese interés personal, de provecho particular, traduce la conducta censurable, ya que el Código Penal la recoge, por sí, como actividad incompatible con la función pública. El Código Penal vigente, en parte (artículo 145), corresponde a este mismo régimen, el cual cambia en el artículo 144, que exige como elemento típico el quebranto de una incompatibilidad o de una inhabilidad. En otros términos debe advertirse que cuando se olvida una de estas prohibiciones, el delito se da aunque el funcionario sea ajeno a conveniencias personales. Y, al contrario, si se 'interesa' de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado.

Es más, si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios “prohibidos” sino disconformes con el ejercicio de la función pública.²⁵”

Es decir, sobre la tipicidad de esta conducta, conforme a la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal²⁶, se requiere: **(i)** un sujeto calificado que interviene en los hechos en calidad de servidor público; **(ii)** una operación contractual a nombre de cualquier entidad estatal y; **(iii)** un interés particular por el agente estatal diferente al de los fines de la función pública.

Además, habría que agregarse que, conforme el análisis de constitucionalidad realizado por la Honorable Corte Constitucional²⁷, lo que se reprocha en esta conducta es “un interés externamente manifestado, contrario a la transparencia que debe regir la contratación estatal y, por lo mismo, idóneo para lesionar el bien jurídico administración pública”.

5.2.4.1. Del caso concreto:

Ciertamente, se encuentra acreditado que el doctor **RICARDO OROZCO VALERO** funge como gobernador del Departamento del Tolima y que, en virtud de las facultades

²⁵ CSJ SP, 18 abr. 2002, rad. 12658

²⁶ CSPJ SP, 05 jun. 2013 rad. 39015

²⁷ Sentencia C-128 de febrero de 2013.



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 44 de 63

otorgadas por la ley, delegó²⁸ en la Secretaria Salud, ADRIANA ALEXANDRA MÁRQUEZ RAMÍREZ, la suscripción del Contrato 0493 de 2020 con la empresa LEÓN GRÁFICAS SAS.

Ahora bien, en tratándose del presunto interés indebido que pudo haberse presentado en el trámite de adjudicación y celebración del Contrato No. 0493 de 2020 con la empresa LEÓN GRÁFICAS SAS, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 regula las causales de inhabilidades para celebrar contratos estatales, las cuales, en términos de la Corte Constitucional “constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a **criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.**”

Por su parte, la Ley 1474 de 2011 adicionó el literal k del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, en la que se establece:

“Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.”

²⁸ Decreto 000252 del 11 de febrero de 2016



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 45 de 63

Bajo esos supuestos normativos y jurisprudenciales, la Fiscalía procedió a realizar una verificación del reporte de donantes, aportantes, créditos y contratistas²⁹ a la campaña del doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, documentación que fue contrastada con la Cámara de Comercio de la Empresa **LEÓN GRÁFICAS SAS**³⁰, con el propósito de determinar un posible vínculo previo entre la referida persona jurídica, su representante legal, el señor **EDINSON SANTIAGO ROMERO ESCALANTE** y el Gobernador del Tolima, en igual sentido a través de declaración juramentada se le cuestionó a **ROMERO ESCALANTE** sobre su posible parentesco con las personas aportantes a la campaña de **OROZCO VALERO** sin que mencionará vínculo alguno. Por ende, no se pudo determinar algún tipo de coincidencia o relación previa, que permitiera a este Despacho concluir que en el actuar del doctor **OROZCO VALERO** mediaba un interés apartado de su deber de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

Por otra parte, como ya fuere planteado en el módulo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, del trámite precontractual realizado por la Gobernación de Tolima se concluye que la selección del contratista si bien se llevó a cabo con un margen de discrecionalidad por parte de la entidad territorial, facultada por el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, de allí no puede inferir este Despacho que el ejercicio de la referida potestad sea el producto del interés de adjudicarle un contrato a la empresa **LEÓN GRÁFICAS SAS**, sino que, por el contrario, la entidad hizo una valoración de la experiencia y conocimiento del sector por parte del contratista para la ejecución del negocio jurídico y, adicional a ello, requirió a la persona jurídica constituir pólizas de seguros³¹ aun cuando esto no era un requisito esencial para la celebración de este tipo de negocios jurídicos, por lo que del actuar de la administración departamental, lo que se percibe es su voluntad para poner en marcha el plan de comunicaciones Covid-19 con prontitud, con el propósito que de manera oportuna se procediera a la difusión de información para la prevención y control de la propagación del referido virus, lo que enmarca el actuar del ente territorial dentro de los principios de la contratación pública, en especial los principios de eficiencia y eficacia, los cuales tienen como núcleo central la prevalencia del interés general y la búsqueda de mecanismos eficaces para obtener el mayor beneficio para, en este caso, los pobladores del Tolima.

²⁹ CP2-Folios 58-82

³⁰ CP1-Folio 198-204

³¹ CD rotulado "Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima" – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 152



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 46 de 63

En suma, el ente acusador no encuentra mérito probatorio ni jurídico para considerar que en el marco del proceso precontractual que se adelantó por la Gobernación del Tolima para la adjudicación y celebración del Contrato 0493 de 2020, existió un interés particular por parte del Gobernador **RICARDO OROZCO VALERO** para que se escogiera y adjudicará a la empresa LEÓN GRÁFICAS SAS el referido negocio jurídico, tampoco existe inferencia sobre la posible injerencia del indiciado para que se menoscabara el principio de imparcialidad dentro del proceso contractual. De lo anterior se puede concluir, que la contratación de la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. no encuentra acreditación en propósitos diferentes al legítimo interés de la administración departamental para la consecución del fin previsto por el Comité de Gestión del Riesgo, como era la mitigación del contagio de la población, de lo que se colige, no se configuran los elementos objetivos del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos y, por ende, esta Delegada dispone no seguir adelantando indagación en contra del doctor **OROZCO VALERO** por la conducta delictiva descrita.

5.2.5. Del Peculado por Apropiación:

La conducta típica de Peculado por apropiación se encuentra descrita en el artículo 397 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, 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) meses 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 un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180)



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 47 de 63

meses e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”

Los elementos que configuran el tipo penal referido, han sido precisados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos³²:

- “i) Un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público,*
- ii) El abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga 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,*
- iii) La tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones.”*

Pues bien, a propósito de tales características dogmáticas del delito de peculado por apropiación, las indagaciones han permitido determinar lo siguiente:

5.2.5.1. Sujeto activo calificado:

Sobre la calidad de servidor público y, por ende, la relación funcional del indiciado con los recursos, la Fiscalía tiene establecido que el doctor **RICARDO OROZCO VALERO** se posesionó³³ como Gobernador del Departamento del Tolima el 9 de diciembre de 2019, cargo que ejerce actualmente desde el 1 de enero de 2020.

5.2.5.2. De la tenencia o custodia de los bienes:

Respecto de este elemento normativo la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

*“El tipo básico de peculado por apropiación, consagrado tanto en el artículo 133 del Código Penal anterior como en el artículo 397 del actual, contiene un ingrediente normativo, conocido comúnmente como el requisito de la **relación funcional**, que se refiere a la apropiación de bienes por parte del sujeto activo de la conducta “cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”.*

Es decir, para la realización de este delito, no basta que un servidor público, o una

³² CSJ SP, 12 de diciembre de 2012, radicado 38289, SP, 9 de septiembre de 2015, radicado 12042

³³ CP1- Folio 119



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 48 de 63

persona que ejerza funciones como tal, se apropie de bienes del Estado, o de bienes o fondos parafiscales, o incluso de bienes particulares, sino que además se necesita que quien lleva a cabo la conducta haya tenido, en razón de su condición de funcionario, la administración, tenencia o custodia del objeto material de la misma.

*Desde la sentencia de fecha 3 de agosto de 1976, la Sala ha sostenido una línea jurisprudencial en lo que a la configuración de este elemento respecta, en el sentido de que la relación funcional no se desprende de manera necesaria de las funciones expresamente previstas en una ley, resolución, acuerdo, cláusula o reglamento, sino que también puede derivarse en aquellos casos en los cuales la **disponibilidad** del bien haya surgido en virtud de los deberes funcionales que le asisten al agente en una situación determinada.”³⁴*

El artículo 305 de la Constitución Política, regula las atribuciones de los gobernadores, indicando particularmente en su numeral segundo que deberán *“Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes.”*

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“el concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado – limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto...”³⁵*

En el marco de dichos fundamentos jurídicos es claro para esta Delegada que el doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, en su calidad de Gobernador del Tolima, tiene la tenencia y custodia de los bienes de la entidad territorial, en el caso en particular el presupuesto departamental, por lo que aun cuando haya delegado a la doctora **ADRIANA ALEXANDRA MÁRQUEZ RAMÍREZ**, Secretaria de Salud, para la suscripción del Contrato No. 0493 de 2020, esto no lo hace menos responsable al doctor **OROZCO VALERO** sobre la guarda de los recursos a su cargo, pues en virtud del principio de coordinación administrativa la delegación para contratar es una

³⁴ CSJ SP, 23 abr. 2008, rad. 23228

³⁵ C-086 de 1995



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 49 de 63

potestad de los jefes y representantes estatales prevista en el artículo 12 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, con el fin de *“dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política”*, esta es una actividad discrecional reglada.

En efecto, el artículo 10 de la Ley 489 de 1998 regula los requisitos de la delegación y precisa que el delegante *“deberá informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”*, quien conforme a lo previsto en el artículo 12 puede *“en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario”*, y *“en todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad civil y penal al agente principal”*.

Ello significa, en virtud del principio de coordinación administrativa, que *“la autoridad jerárquicamente superior será siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos, función de la que no se desprende el delegante”*.

En este sentido, que la actividad contractual del departamento estuviese a cargo de la doctora ADRIANA ALEXANDRA MÁRQUEZ RAMÍREZ, Secretaria de Salud, a través de un acto de delegación y en tal virtud hubiese celebrado el contrato por el que aquí se procede, no exime de responsabilidad al gobernador por las irregularidades en que se hubiese podido incurrir durante su trámite y celebración pues, ciertamente, el mandatario departamental no solo estaba obligado a impartir orientaciones sobre el ejercicio de la función delegada, sino que, debía mantener una vigilancia permanente de los procesos contractuales y verificar el cumplimiento de los principios esenciales de dicha actividad, que como ya se ha manifestado es reglada.

5.2.5.3. El abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado:



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 50 de 63

Ahora bien, teniendo en cuenta que esta Delegada ha expuesto la facultad constitucional y legal que tiene el doctor **RICARDO OROZCO VALERO** como Gobernador del Tolima, tenedor y guardia de los recursos asignados a dicha entidad territorial, debe el ente acusador hacer un análisis sobre la fuente de los recursos utilizados y comprometidos para la ejecución del Contrato No. 0493 de 2020 y si en el marco de la apropiación de éstos se habría presentado algún tipo de irregularidad o ilicitud relevante para la justicia penal. Veamos:

(i) Sobre la disponibilidad de los recursos y trámites presupuestales.

De la documentación recolectada en la Gobernación del Tolima, la Fiscalía logró establecer que la Oficina de Presupuesto de la Secretaria de Hacienda Departamental expidió los siguientes documentos con el fin de realizar las partidas presupuestales para la celebración del Contrato No. 0493 de 2020:

	CDP	Valor	RP	Valor
Contrato 0493 de 2020	1244	\$1.020.000.000	1409	\$1.020.000.000

Es decir, el ente territorial, representado por el doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, ciertamente comprometió recursos del Departamento del Tolima para el pago del Contrato No. 0493 de 2020.

(iii) Sobre la apropiación efectiva de los recursos:

Ahora bien, con el fin de establecer si los recursos habían sido desembolsados al contratista y, por ende, habría una apropiación efectiva de recursos del Estado por parte de un tercero, el ente acusador obtuvo los documentos³⁶ que dan cuenta que el 27 de marzo de 2020 se habría realizado pago a la empresa LEÓN GRÁFICAS por la ejecución del objeto del Contrato No. 0493 de 2020 por un monto de quinientos diez

³⁶ CP1, Folios 247-249



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 51 de 63

millones de pesos (\$510.000.000) por concepto de pago anticipado correspondiente al 50% del valor total del contrato.

De igual forma, en el expediente obra acta de suspensión³⁷ del Contrato No. 0493 de 2020, elaborada el 22 de mayo de 2020 por el supervisor del contrato, CAMILO VALENCIA AGUDELO y EDISON SANTIAGO ROMERO ESCALANTE, Representante legal de la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S y certificación del señor VALENCIA AGUDELO³⁸, que da cuenta que solo fueron cancelados los montos por el pago anticipado, pues la liquidación del contrato se encuentra suspendida por solicitud de la Procuraduría General de la Nación.

En esos términos se concluye que, ciertamente, la Gobernación del Tolima, hizo entrega material a la empresa LEÓN GRÁFICAS de un total de quinientos diez millones de pesos (\$510.000.000), correspondientes a recursos del Departamento del Tolima³⁹, lo cual permite determinar que la apropiación de los recursos se encuentra probada por este Despacho y, por ende, dentro del marco de las competencias asignadas a esta Delegada, se deberá establecer si dicha apropiación se produjo de manera ilícita y violentando la normatividad penal, o, por el contrario, tuvo origen en las relaciones comerciales legalmente adquiridas por la entidad territorial.

(iv) Sobre la apropiación ilegal de los recursos por sobrecostos en el valor del contrato:

En esta materia, es preciso tener en cuenta que el Contrato No. 0493 de 2020⁴⁰ tenía por objeto *"contratar la prestación de servicios con una persona jurídica para ejecutar la estrategia de comunicación "plan de comunicación - emergencia COVID -19-2020 en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con el fin de mitigar la expansión del COVID-19"*, por un precio unitario de cada una de las cantidades ejecutadas por el contratista de siete millones

³⁷ CP1, folios 245-246

³⁸ CP1, folios 247-249

³⁹ Presupuesto de inversión 03-3-1111-8020 Descripción: Fondo de mitigación de emergencia del Departamento del Tolima-FOMET

⁴⁰ CD rotulado "Contrato 0493 de 2020 Inspección Gobernación Tolima" – Archivo PDF Contrato 043-2020-Inspección Gobernación del Tolima, folios 139-147



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 52 de 63

ochenta mil quinientos pesos (7.080.500), monto que fue determinado de la siguiente manera:

	MEDIO	DESCRIPCIÓN NECESIDAD	Unidad	Cantidad	V/R unitario antes de IVA	V/R unitario IVA incluido
1	Pauta digital	Publicación pauta en redes sociales (Facebook Ads) desde la Gobernación y servicio de planning de pauta digital	Unidad	1	350.000	416.500
2	Perifoneo	Perifoneo mínimo durante 3 horas diarias en un municipio del Departamento del Tolima	Unidad	1	200.000	238.000
		Perifoneo mínimo durante 3 horas diarias en una comuna del municipio de Ibagué	Unidad	1	200.000	238.000
3	Periódico	Media página en medio de comunicación impreso (periódico) de circulación regional diaria	Unidad	1	3.000.000	3.570.000
		Publicación de banner en Home (digital) en periódico regional	Unidad	1	160.000	190.400
		Artículo publicado en la web en medio de comunicación impreso regional	Unidad	1	350.000	416.500
		Pieza en stories de instagram y Facebook en medio de comunicación impreso regional	Unidad	1	60.000	71.400
4	Digital	Reportaje multimedia actualizable activo durante la pandemia en medio de comunicación digital regional	Unidad	1	300.000	357.000
		Artículo en la web, con pauta en Facebook que tenga alcance y segmentación de audiencia en el sitio web de medio de comunicación digital regional	Unidad	1	150.000	178.500
		Pieza en stories de instagram y Facebook en medio de comunicación digital regional	Unidad	1	60.000	71.400
		Transmisión en vivo dando el balance del día y/o algún tipo de información relacionado con el COVID-19 en medio digital regional de alto impacto	Unidad	1	60.000	71.400
		Informativo de un minuto antes de comenzar su emisión de noticias en medio digital regional de alto impacto	Unidad	1	60.000	71.400
		Publicación de video con pauta en Facebook que garantice alcance y segmentación de audiencia en medio digital	Unidad	1	160.000	190.400
		Promoción en transmisión digital	Unidad	1	40.000	47.600
5	Televisión	Informativo de un minuto antes de comenzar su emisión de noticias en medio local de televisión regional de alto impacto	Unidad	1	160.000	190.400



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 53 de 63

		Publicación de video con pauta en Facebook que garantice alcance y segmentación de audiencia en medio de televisión	Unidad	1	160.000	190.400
		Pieza en stories de instagram y Facebook en medio de comunicación de televisión regional	Unidad	1	60.000	71.400
		Promoción en el noticiero, directo y/o diferido, en medio televisivo regional	Unidad	1	160.000	190.400
6	Radio	Informativo de un minutos antes de comenzar su primera emisión de noticias en medio radial regional de alto impacto	Unidad	1	60.000	71.400
		Cuña en medio radial, máximo 30 segundos, de alcance regional y local en el Departamento del Tolima	Unidad	1	40.000	47.600
		Publicación en redes sociales en medio radial de alcance regional y local en el Departamento del Tolima	Unidad	1	160.000	190.400
TOTAL						7.080.500

Precisado el contenido de las obligaciones económicas asumidas por la Gobernación del Tolima, se procederá a evaluar si frente a dichos valores se pueden observar costos injustificados que habrían resultado en una utilidad excesiva para el contratista y, por ende, en un detrimento patrimonial para la entidad territorial o, por el contrario, los montos asignados al negocio jurídico estarían dentro de los precios del mercado y, por lo tanto, la apropiación de recursos otorgada a la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. puede considerarse ajustada a derecho.

Pues bien, como fue precisado previamente, este Despacho dispuso realizar análisis contable y financiero a los factores contratados en el negocio jurídico No. 0493 de 2020, con el fin de establecer si había un posible pago de una utilidad superior a la que razonablemente debía ser cancelada; en desarrollo de dicha actividad investigativa, el perito contable OSCAR EDUARDO SÁNCHEZ FRANCO presentó informe de apoyo técnico en el que concluyó:

“RESULTADOS DE LA ACTIVIDAD INVESTIGATIVA.

CONCLUSIONES



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

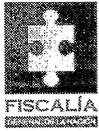
Versión: 01

Página: 54 de 63

- *PERIODICO: En este medio se cuenta con dos diarios que pertenecen a una misma editorial de acuerdo con la cotización de los investigadores; para el contratista de acuerdo a su estudio de mercado el más rentable es el diario Q`Hubo, donde la rentabilidad varía de acuerdo a la publicación va desde el 17% hasta el 33%. Según lo ejecutado hasta el momento de la suspensión del contrato la rentabilidad obtenida en este medio es del 9% para el contratista. De acuerdo a las cotizaciones de los investigadores en todos los casos sería más económico haber realizado la contratación directamente con la empresa editorial.*
- *DIGITAL: En este medio el contratista presentó en su estudio de mercados 4 empresas, siendo la más rentable LA DESPENSA con un 42% y la menos rentable el TORTUGAZO con un -2%, De acuerdo a lo ejecutado hasta la suspensión del contrato en esas 4 empresas, la rentabilidad para el contratista fue del 7%. Según las cotizaciones realizadas por los investigadores en 2 de los 6 servicios analizados sería más económico para la gobernación contratar directamente y no con el contratista.*
- *TELEVISIÓN: El contratista presenta en su análisis de mercado cotizaciones de 3 empresas, siendo la más rentable HONDA TV con un 46% y la menos rentable P&C con un -2%. De acuerdo a la ejecución en estas 3 empresas hasta la suspensión del contrato la rentabilidad para el contratista fue de 6%. De acuerdo a las cotizaciones de los investigadores en todos los casos es más económica la propuesta del contratista.*
- *RADIO: El contratista presenta en su análisis de mercado 6 empresas, siendo AMBEIMA ESTEREO CHAPARRAL la más rentable con 444% seguido de OLIMPICA con el 161%, la empresa de radio menos rentable para el contratista sería CARACOL con -5%, De acuerdo a la ejecución con estas 6 empresas hasta el momento de suspensión del contrato la rentabilidad del contratista fue del 28%. De acuerdo con las cotizaciones de los investigadores en todos los casos sería más económico contratar directamente con la empresa de radio para la gobernación.*
- *PERIFONEO: Este servicio no se ejecutó por parte del contratista y no se cuenta con cotizaciones.*
- ***La rentabilidad general para el contratista, hasta la fecha de suspensión del contrato, con las empresas prestadoras de los servicios analizadas es del 15%.***

Teniendo en cuenta las conclusiones presentadas por el perito SÁNCHEZ FRANCO se puede establecer:

- (a) Que de haberse contratado directamente los servicios con cada medio de comunicación por parte de la Gobernación del Tolima el valor de éstos sería más bajo, lo cual, como ya se indicó por este Despacho, es apenas lógico ya que la



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 55 de 63

empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S, actuó como intermediario entre los operadores y la entidad territorial y, por ende, el contratista cobraría unos costos de administración, imprevistos y utilidad, pues como lo ha señalado el Consejo de Estado “nadie pretende celebrar y ejecutar un contrato sin procurar obtener, válidamente, un margen razonable de utilidad económica”.⁴¹

- (b) La rentabilidad general para el contratista, hasta la fecha de la suspensión del contrato por solicitud de la Procuraduría General de la Nación, fue de un 15% del valor de las unidades efectivamente ejecutadas.

Bajo esas dos premisas, el ente acusador deberá establecer si el porcentaje de rentabilidad general cancelado por la Gobernación del Tolima excedió los márgenes que regularmente el sector de las telecomunicaciones percibe en el marco del desarrollo de sus actividades. Veamos:

- En primer lugar debe tenerse en cuenta que del estudio financiero y contable se pudo establecer a partir de “los márgenes de rentabilidad de los precios de los servicios del contrato 493, entregados por el contratista, frente al costo de adquisición y los precios a la gobernación.”, se obtuvo una rentabilidad del 15% del valor de las unidades efectivamente ejecutadas hasta el 21 de mayo de 2020, fecha en la cual se suspendió el contrato.

Bajo ese valor porcentual, el ente acusador procedió a hacer una búsqueda en fuentes abiertas que permitiera obtener un soporte económico para establecer el margen de rentabilidad o utilidad razonable aplicable por los operadores del sector de las telecomunicaciones para el desarrollo de la actividad económica, labor que arrojó como resultado el informe de “Sectores con mayor margen EBITDA en Colombia” para el sector de las telecomunicaciones con datos económicos a septiembre 2019 y las cifras de estados financieros a diciembre 2018, indicador que señaló que para esa actividad se reporta un margen de utilidad del **20,70%** tal como se observa en la siguiente gráfica⁴²:

⁴¹ Consejo de Estado, Sentencia Nulidad y Restablecimiento de derechos Rad. 19216, 16 de agosto de 2012, CP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

⁴² <https://www.sectorial.co/articulos-especiales/item/278088-sectores-con-mayor-margen-ebitda-en-colombia>



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

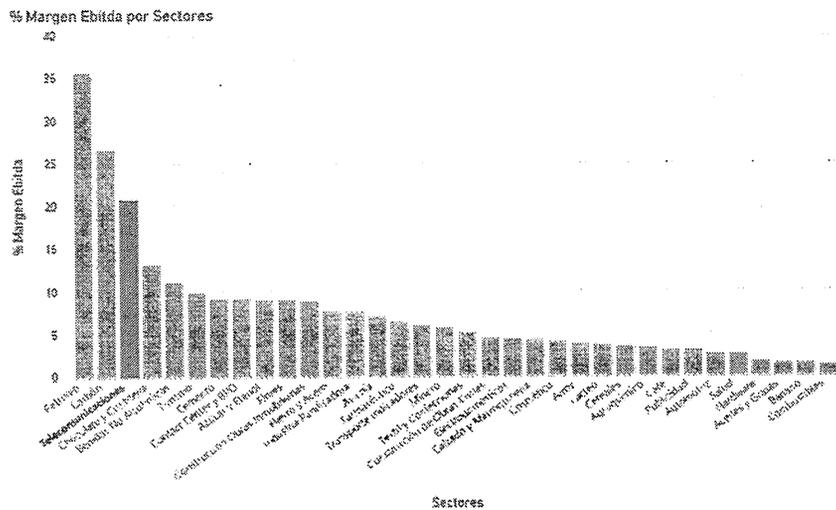
2015

09

15

Versión: 01

Página: 56 de 63



Con base en dicho indicador económico, el ente acusador puede concluir que el margen de rentabilidad percibido por la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S., es razonable, toda vez que: (i) el porcentaje se encuentra por debajo del margen de utilidad reportado por el EBITDA en un 5% y; (ii) en el informe de análisis contable y financiero se concluyó sobre la rentabilidad general para el contratista, es decir que, dicho porcentaje incluye los costos de administración y la utilidad del negocio jurídico, por lo que, el porcentaje de utilidad para el contratista fue inferior pues debe descontarse el monto de los referidos costos.

- Por otra parte, no puede desconocer el ente acusador que para la fecha de la suspensión del contrato la empresa LEÓN GRÁFICAS habría ejecutado en un 65%⁴³ el valor del contrato, sin embargo, el contratista solo recibió efectivamente el 50% por concepto de pago anticipado, por lo que el 15% y los demás valores que hubiese ejecutado, sino se hubiese suspendido el Contrato No. 0493 de 2020 le serían cancelados al culminar las obligaciones del negocio jurídico, circunstancia que adicionalmente demuestra que no existió en este caso una apropiación ilegal del contratista LEÓN GRÁFICAS S.A.S., sino que, por el contrario, en este momento existen unos valores pendientes por pagar por parte del ente territorial, situación que impide determinar un efectivo detrimento patrimonial en las arcas del departamento del Tolima.

⁴³ CP1, folios 247-249



Así las cosas, con sustento en el análisis elaborado por el profesional experto y los márgenes de utilidad del indicador EBITDA esta Delegada logra concluir que los valores efectivamente cancelados por concepto de rentabilidad a la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. por la Gobernación del Tolima por la ejecución de las unidades de producto del Contrato 0493 de 2020, se encuentran dentro de un margen razonable, razón por la cual no puede predicarse una apropiación indebida de recursos por parte del contratista, sino que, por el contrario, los valores pagados a la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S fueron el resultado de la relación comercial legalmente constituida con la entidad territorial.

Adicionalmente, como ya fue puesto de presente, no es posible determinar un posible detrimento patrimonial de la entidad territorial, pues en este momento, dentro del expediente existe prueba que da cuenta que actualmente la Gobernación del Tolima, es quien no ha dado cumplimiento al pago por lo menos del 15% del valor ejecutado del contrato a la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S, situación que hace imposible para este Despacho proceder al reconocimiento de alguna afectación económica en cabeza de la entidad territorial.

(v) De la apropiación ilegal del recurso por el no cumplimiento del contrato:

Como último objeto de análisis la Fiscalía deberá determinar si el contratista dio cabal cumplimiento al objeto contractual hasta la fecha de la suspensión del contrato o, si por el contrario, se habría cancelado el monto del mismo sin que se hayan llevado a cabo las actividades asignadas por el supervisor en los cronogramas entregados a LEÓN GRÁFICAS S.A.S.

Frente a este punto, es preciso señalar que el Contrato No. 0493 de 2020 fue suspendido mediante acta suscrita el 22 de mayo de 2020⁴⁴ en la que se consignó:

“

<i>Duración del contrato y/o convenio:</i>	<i>Sesenta (60) días calendario contados a partir de la suscripción del acta de inicio,</i>
--	---

⁴⁴ CP1, Folios 245-246



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

Código

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión | 2015 | 09 | 15 | Versión: 01 | Página: 58 de 63

	<i>previo perfeccionamiento y legalización del acto contractual</i>
<i>Días ejecutados</i>	<i>Cincuenta y siete (57) días</i>

Por otra parte, previo a la suspensión del contrato la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S. y el supervisor del contrato, CAMILO VALENCIA AGUDELO, elaboraron informes de ejecución en los que se señaló:

*“Me permito informarle que a la fecha de entrega de estos documentos el porcentaje de ejecución del contrato con **relación al presupuesto oficial del mismo es del 65%**”.*⁴⁵

RESUMEN EJECUCION CONTRATO

	TOTAL EJE	TOTAL EJECUCION	CANTID CONTRAT	TOTAL ORDEN DE SERVICIO
PERIODICO	165	59.980.000	189	40.000.000
RADIO	6.849	325.600.000	8.654	258.970.640
TELEVISION	458	58.580.000	495	44.230.000
DIGITAL	1.446	108.720.000	1.623	125.700.000
SUB-TOTAL	8.918	552.880.000	10.961	468.900.640
IVA		105.047.200		
TOTAL		657.927.200		

TOTAL CONTRATADO 1.020.000.000
 % DE EJEC 65%
 DIFERENCIA 362.072.800

Dichos informes contienen los soportes de ejecución del contrato comprendidos entre el 5 de abril al 22 de mayo de 2020, documentos que dan cuenta de la efectiva difusión por parte de los medios de comunicación de la pautas publicitarias entregadas por la Gobernación del Tolima a LEÓN GRÁFICAS S.A.S., en cada uno de los cronogramas allegados por el supervisor del contrato.⁴⁷

En síntesis, de los elementos materiales probatorios allegados a la investigación se observa como la empresa LEÓN GRÁFICAS S.A.S, dio cabal cumplimiento a las obligaciones adquiridas dentro del Contrato de Suministro No. 0493 de 2020 hasta la fecha de suspensión, razón por la que tenía el derecho a la contraprestación que

⁴⁵ CP2, Folios 134-134A

⁴⁶ CP2, Folio 135

⁴⁷ Evidencias ID. 3376566, 3376574 y 3376578



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 59 de 63

efectivamente le fue cancelada por parte de la Gobernación del Tolima, lo que, presupone que la conducta realizada por el doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, deba ser considerada atípica en los términos del artículo 397 del Código Penal, que regula el delito de **PECULADO POR APROPIACIÓN**, pues no se predica de ella una apropiación ilegal a favor de un tercero, sino que, por el contrario, constituye el cumplimiento a un deber comercial.

Teniendo en cuenta la parte motiva de esta decisión, esta delegada concluye que, una vez verificados todos los elementos materiales probatorios e incluso las decisiones de fondo proferidas por la Contraloría General de la República, entidad que propició esta indagación, el ente acusador no cuenta con los elementos necesario para la tipificación de las conductas delictivas de **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS, INTERÉS ILÍCITO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS y PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS**, que permitan objetivamente seguir adelantando la presente indagación y por tal motivo se procederá al ARCHIVO por ATIPICIDAD OBJETIVA de la conducta puesta en conocimiento por compulsas de copias.

5.3. Del archivo de las diligencias:

En su texto, el artículo 79 de la ley 906 de 2004 reza:

“ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”.

Sobre este dispositivo es importante recordar que fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1154 de 15 de noviembre de 2005, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, afirmándose que:



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 60 de 63

"en el entendido que la expresión "motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito", corresponde a tipicidad objetiva y la decisión del fiscal deberá ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones".

En la sentencia en mención, se señaló:

"El artículo 79 de la Ley 906 de 2004 regula de manera específica el archivo de las diligencias por parte del fiscal. Esta norma dispone que ante el conocimiento de un hecho el fiscal debe i) constatar si tales hechos existieron y ii) determinar si hay motivos o circunstancias que permitan caracterizar el hecho como delito.

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que "al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado". Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo".

La expresión "circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito" contenida en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, faculta al Fiscal para archivar una indagación sino se presenta tal presupuesto. Es así como resulta razonable concluir que la Fiscalía se encuentra legalmente facultada para decretar el archivo de las diligencias, exclusivamente en aquellos eventos en los cuales no irrumpa como indispensable la realización de algún esfuerzo valorativo diversos a aquellos que permitan concluir que el hecho objeto de investigación carece de los más mínimos elementos a partir de los cuales pueda caracterizarse como delito.

Lo anterior porque en estos eventos, como bien lo precisó la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-1154 de 2005, de lo que se trata es de:



“una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación” (se subraya), pero nada más. O, dicho de otra forma, a partir del fallo de constitucionalidad, la competencia que a la Fiscalía le atribuía el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, queda circunscrita a eventos respecto de los cuales concurren lo que la doctrina y jurisprudencia han dado por denominar causales objetivas de improcedibilidad de la acción penal, es decir, cuando respecto de una determinada investigación se pueda predicar que ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, se ha presentado muerte del sindicado o acusado, desistimiento, hay ausencia o caducidad de la querrela, entre otros, y también cuando, sin mayor esfuerzo intelectual, se evidencie la no concurrencia de alguno de los elementos objetivos que estructuran el tipo penal respectivo, como en el caso del ejemplo referido a muerte por causas naturales”

En suma, esta Delegada advierte que no existen elementos que permitan concluir la comisión de los delitos de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, INTERES ILÍCITO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS y PECULADO POR APROPIACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS por parte del doctor **RICARDO OROZCO VALERO**, pues, como ya se ha venido manifestando, el comportamiento de la entidad territorial a su cargo, guardó estricta sujeción a los preceptos establecidos en el Estatuto de Contratación Estatal, en particular, el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y los principio de selección objetiva, economía, planeación y transparencia, que rigen la función pública. De igual forma, a través de informe pericial se estableció que la rentabilidad general percibida por la empresa LEÓN GRAFICAS S.A.S. por la ejecución parcial del Contrato No. 493 de 2020 estuvo dentro de los márgenes razonables del sector de las telecomunicaciones, razón por la cual no podría predicarse un pago al contratista y; finalmente, logró establecerse que el contrato fue ejecutado a cabalidad por la empresa LEÓN GRAFICAS S.A.S hasta el día de la suspensión del contrato, por lo que, en consecuencia, este Despacho profiere orden de archivo dentro del proceso de la referencia.

No obstante, resulta pertinente señalar que de conformidad con el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, en caso de que se presenten nuevos elementos materiales probatorios que den cuenta de la existencia de los hechos y la posible participación del señor **OROZCO VALERO**, se procederá a la reapertura de esta indagación.



FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

Código

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 62 de 63

De la presente orden líbrense las comunicaciones al doctor RICARDO OROZCO VALERO, su defensor y al señor agente del Ministerio Público, y realícense las anotaciones en el sistema de información SPOA.

6. * Personas respecto de quienes se archiva la actuación:

IDENTIFICACIÓN										
Tipo de documento:	C.C.	X	Pas.		C.E.		Otro		No.	
Expedido en	Departamento:						Municipio:			
Primer Nombre	RICARDO				Segundo Nombre					
Primer Apellido	OROZCO				Segundo Apellido		VALERO			
Fecha nacimiento	AAAA/MM/DD				Lugar de nacimiento					
Nombres del padre					Nombres de la madre					
Correo electrónico										
Lugar de residencia										
Dirección	Gobernación del Tolima				Barrio				Sector	
Municipio				Departamento				Teléfono		

7. Bienes Vinculados SI _____ NO_x_____

Descripción y Decisión N/A

8. Datos del Fiscal:

Nombres y apellidos	CARLOS IBÁN MEJÍA ABELLO					
Dirección:	BUNKER DE LA FISCALÍA				Oficina:	
Departamento:				Municipio:	BOGOTÁ	
Teléfono:	5702000	Correo electrónico:				
Unidad	DELEGADA CSJ			No. de Fiscalía 10		

Firma,



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

FORMATO ORDEN DE ARCHIVO

FGN-MP02-F-01

Fecha emisión

2015

09

15

Versión: 01

Página: 63 de 63

9. Enterados

VICTIMA // DENUNCIANTE

NOMBRE: _____

Documento de identificación: _____

MINISTERIO PÚBLICO

NOMBRE: _____

Cargo: _____