

Proceso No 13085

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 35

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de dos mil dos (2002).

V I S T O S

Realizada la audiencia pública dentro de la causa que se adelanta contra el ex Gobernador del Departamento del Vaupés, doctor HERACLIO VEGA GOYENECHE, procede la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, a dictar la correspondiente sentencia.

El doctor Vega Goyeneche, natural de Carurú (Vaupés), de 34 años de edad al momento de la diligencia de indagatoria, se identifica con la cédula de ciudadanía N° 4.258.686 de Socha (Boyacá), economista de profesión, hijo de Saúl y Bertha y de estado civil casado.

H E C H O S

El Fiscal General de la Nación los reseñó así en pronunciamiento del 12 de marzo de 1997:

“El 8 de junio de 1993 el señor EZEQUIEL OVIEDO NIETO, Diputado de la Asamblea Departamental del Vaupés, formuló denuncia contra el Gobernador HERACLIO

VEGA GOYENECHE. El denunciante refirió la existencia de irregularidades en la contratación del suministro de combustible para el abastecimiento de las plantas generadoras de energía del municipio de Mitú, que se encontraban fuera de servicio y de vehículos que no funcionaban regularmente.

“Puesta en marcha la investigación previa, se allegó al expediente copia de los documentos de la contratación celebrada entre el Gobernador VEGA GOYENECHE en representación del Departamento y la señora MARÍA A. CORTÉS. La Fiscalía a continuación resume cronológicamente el trámite aparentemente surtido:

“29 de diciembre de 1992. La señora MARÍA ABEY CORTÉS presentó cotización de 255 tambores de gasolina roja y 222 de A. C. P. M., cada uno con capacidad para 62 galones, a un precio unitario de \$1.850,00 y \$1.879,00, respectivamente, por un valor total de \$51'646.180,00.

“31 de diciembre de 1992. El mandatario seccional HERACLIO VEGA GOYENECHE profirió la resolución número 0154, por razones de urgencia, adjudicando a la señora MARÍA ABEY CORTÉS CORTÉS el contrato de compraventa por ser la única proveedora de combustible inscrita en el respectivo registro. El artículo 2° del acto administrativo, consignó que el valor de los combustibles ‘será el que la Alcaldía fije para tal efecto, se cancelará a la presentación de la respectiva cuenta de cobro, debidamente legalizada’.

“31 de diciembre de 1992. Se celebró el contrato entre el Departamento del Vaupés y la señora MARÍA A. CORTÉS, acordando como objeto y precio los consignados en la cotización. En el texto se hace mención a que la adjudicación fue efectuada, mediante Resolución número 018 de enero 12 de 1993 y se establecieron como condiciones de validez las siguientes: a) Publicación del contrato en el diario oficial; b) Pago

del impuesto de timbre; c) Aprobación de las garantías, y d) Disponibilidad y registro presupuestales. Acuerdo de voluntades que carece de nominación, no precisa su objeto y se omitió la indicación de la aprobación presupuestal.

“31 de diciembre de 1992. Se efectuó el registro presupuestal, precisándose la clase de contrato como de compraventa.

“31 de diciembre de 1992. La Gobernación ordenó el pago de la cuenta de cobro -sin número- a favor de la contratista por el valor total del contrato. No se había aprobado la póliza de garantía, ni se había ordenado la publicación del contrato en el Diario Oficial como tampoco se había efectuado el pago del impuesto de timbre.

“31 de diciembre de 1992. El Almacenista General del Departamento, LUIS A. DÍAZ GÓMEZ, hizo constar el suministro por parte de la señora MARÍA A. CORTÉS, de los 447 galones de combustible por el valor total del contrato, a través del recibo número 289 y de la orden de alta número 3341. El señor Gobernador avaló con su firma este último.

“8 de enero de 1993. Orden de baja número 028, despachando con destino a los talleres departamentales a nombre de MARÍA DEL PILAR CÁRDENAS, 80 tambores de gasolina roja.

“9 de enero de 1993. Orden de baja número 027 por medio de la cual se despachan con destino a obras públicas a nombre de MARÍA DEL PILAR CÁRDENAS, 90 tambores de A.C.P.M..

“15 de enero de 1993. Se aprobó la póliza de garantía y se ordenó la publicación en el Diario Oficial.

“15 de enero de 1993. La contratista MARÍA A. CORTÉS cobró en efectivo en el Banco del Estado de la ciudad de Bogotá -sucursal Avenida 19-, en horario adicional, el cheque número A-7088975, por la suma de \$49'053.870,00, girado contra cuenta corriente de la ciudad de Villavicencio.

“7 de febrero de 1993. Orden de baja número 067, despachando con destino a la Secretaría de Obras Públicas, a nombre de MARÍA DEL PILAR CÁRDENAS, 90 tambores de gasolina roja.

“10 de febrero de 1993. Orden de baja número 068, por medio de la cual se despachan con destino a Obras Públicas, a nombre de MARÍA DEL PILAR CÁRDENAS, 80 tambores de A.C.P.M..

“11 de marzo de 1993. Se pagó el impuesto de timbre.

“28 de abril de 1993. Orden de baja número 0240, despachando con destino a la Secretaría de Obras Públicas, a nombre de MARÍA DEL PILAR CÁRDENAS, 55 tambores de gasolina roja y 32 tambores de A.C.P.M.”.

L A A C U S A C I Ó N

Calificado el mérito de la instrucción, se profirió resolución de acusación contra el doctor Heraclio Vega Goyeneche, ex Gobernador del Departamento del Vaupés, el 12 de marzo de 1997, por los delitos de cohecho propio, contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales y falsedad ideológica en documento público, previstos en los artículos 141, 146 y 219 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época, respectivamente.

Los fundamentos en que se apoyó el Fiscal General de la Nación para acusar al doctor Vega Goyeneche, fueron los siguientes:

1. En lo relativo a la falsedad ideológica en documento público, asevera que el contrato, suscrito entre el procesado Heraclio Vega Goyeneche, en su calidad de Gobernador del Departamento del Vaupés, y la señora María Albey Cortés Cortés, evidencia que la “adjudicación fue efectuada mediante Resolución N° 018 de enero 12 de 1993”, por lo que resulta extraño que aquél se haya hecho aparecer como celebrado el 31 de diciembre de 1992. En otros términos, es irregular que se haya concretado primero la celebración del contrato y después la adjudicación del mismo, lo que sólo es explicable para poder imputar el valor de la negociación a la vigencia fiscal de 1992.

Por tal motivo, califica como débil el argumento esgrimido, según el cual, dicha contradicción es atribuible a una equivocación de tipo mecanográfico, “puesto que se trata de un error que se configuró no solo en seis dígitos, sino en el mes o de una invención por parte de la persona que tipió la minuta, pues es claro que el contrato citó un acto administrativo del mes de enero de 1993 y cuyo número no dista mucho de un consecutivo correspondiente al inicio del año, luego son muchas coincidencias para aparecer una simple equivocación atribuible a un funcionario descuidado”.

Del mismo modo, sostiene que la certificación, en la que se dice que no se encontró constancia de haberse proferido una resolución nominada con el número 018 del 12 de enero de 1993, no es demostrativa “de que el contrato sí se hubiese suscrito el 31 de diciembre de 1992, puesto que lo verdaderamente relevante es que en el contrato se citó una resolución que refiere un día, un mes y un año que dista demasiado de la fecha en la que aparentemente se realizó el negocio jurídico”.

Arguye que conforme a lo anterior y teniendo en cuenta otros medios de prueba, se concluye en la falsedad del contrato administrativo, la que tuvo su génesis en la presentación de una cotización “escasa en su contenido, que se limita a señalar el precio de 225 y 222 tambores de gasolina y A.C.P.M., y omite precisar a qué título, condiciones y plazos de entrega, vigencia de la oferta, etc.; y que da lugar a una minuta de contrato

donde son visibles las omisiones...”, aspectos que ponen en evidencia la premura con que se actuó.

Acota:

“Basta observar el desenvolvimiento de la contratación para establecer la imposibilidad de que escasas 8 horas hábiles del último día de la vigencia fiscal fueran suficientes para agotar todo un procedimiento -adjudicación, elaboración de la minuta, factura, firmas, registro presupuestal-, incluyendo la ejecución total del contrato, y obviando los requisitos para su perfeccionamiento. Es notorio que el propósito fue el de hacer figurar la celebración y la ejecución del contrato, el último día del año de 1992, para asegurar la apropiación presupuestal dentro de la vigencia fiscal anterior”.

Además, asevera que si estos actos se surtieron en un solo día, no encuentra explicación la disimilitud de la firma plasmada por la contratista en el contrato con las que figuran en la cotización y en la factura, lo que, a su juicio, refuerza el argumento de que el contrato no se suscribió en la fecha en que se presentaron dichos documentos.

Tampoco encuentra asidero la afirmación del procesado, según la cual, la contratación administrativa tenía como fin “requerir urgentemente el combustible para el abastecimiento de las plantas generadoras de energía y con destino a obras públicas”, lo que no pasó de ser una simple excusa, “si se tiene en cuenta que no habiendo sido recibida la cantidad del combustible integralmente para el 31 de diciembre de 1992, su obtención, posteriormente, ya no tenía el sentido de conjurar la urgencia”.

Así mismo, afirma que la orden de alta número 3341, en la que se apoya la defensa para sostener que el combustible fue recibido en la cantidad y en la fecha en ella consignada, también es apócrifa, ya que, conforme a lo declarado por María A. Cortés, hubo un acuerdo entre ella y el procesado “para agilizar el importe correspondiente al

valor total pactado, efectuando una entrega parcial del combustible en diciembre de 1992, y después de recibir el pago, esto es, el 15 de enero de 1993, hizo entrega del faltante para completar la cantidad acordada en el contrato”.

En consecuencia, concluye que la entrega no fue en su totalidad, como quedó consignado en aquel documento, sino que “el suministro del combustible se verificó parcialmente y de manera conjunta por los tres proveedores con el conocimiento y la aquiescencia del mandatario departamental”.

Añade:

“De ser cierto lo consignado en este último documento, asombraría mucho más la agilidad de la contratista, quien en un tiempo record no solo celebró y ejecutó un contrato con la administración departamental -que implicaba la entrega física de un voluminoso cargamento-, sino que le sobró el necesario para transportar y entregar otro pedido al almacén, lo cual, como es fácil observar, por la numeración de las órdenes, ni siquiera tuvo lugar en forma simultánea. Nótese, además, cómo el último día del año el encargado del almacén recibió supuestamente, además de la cantidad de combustible atrás enunciada -con toda la actividad que genera una entrega de esas dimensiones-, un número considerable de otros artículos o elementos, teniendo en cuenta el consecutivo de órdenes de alta de 3314 a 3340 que implicaban 26 recibos más”.

Reitera que la cantidad de combustible que se consignó como entregada, en la orden de alta número 3341, resulta contraria a la verdad, ya que, conforme a las órdenes que registran el ingreso de esa sustancia al almacén, al 30 de diciembre de 1992, por suministro de la señora Cortés, fue de 305 tambores, los que tenían como destino “cubrir las entregas que se verificaron en los primeros treinta días de diciembre de 1992” y no como se especificó en el contrato, toda vez que, teniendo en cuenta que los señores Jesús Enrique Meléndez y Rafael Ospina le hubiesen vendido a aquélla 240

tambores de combustible, arrojaría un total de 480, “de los cuales, como ya se dijo, se entregaron cerca de 305. Quedando sólo una diferencia de 175 tambores, cantidad muy inferior a la que se pretendía acreditar como entregada al 31 de diciembre de 1992. Adicionalmente, cabe resaltar que, según las órdenes de alta 3312 y 3314, ese mismo día se recibieron además en el Almacén de la Gobernación 71 tambores de combustible”.

Acota:

“Los señores Meléndez y Ospina son, a juicio de la Fiscalía, testigos que soportan el dicho de la señora Cortés, cuando ambos sostienen haber suministrado parte del combustible a la misma, en tanto que ella clarifica la participación de éstos en los hechos, cuando los señala -por lo menos directamente a uno de ellos-, como las personas no solo conocedoras sino también partícipes de una simulación, en la cual ella ‘prestaría su firma’ con el propósito de que se realizara un solo contrato, suministrando éstos determinada cantidad de combustible -que no vendieron a la señora Cortés-, pues subrepticamente entraron en el acuerdo de voluntades como proveedores de la sustancia, recibiendo posteriormente el importe correspondiente a su suministro, como en efecto ocurrió, ya que la propia contratista sostuvo que éstos estuvieron presentes en los trámites para la expedición del cheque. Sin embargo, estos testimonios no son aptos para probar que la señora Cortés ejecutó en su totalidad el contrato el 31 de diciembre de 1992...”.

Por último, califica también como ajeno a la verdad, el recibo de mercancía número 289, toda vez que en él se certificó que el 31 de diciembre de 1992 había ingresado al almacén la totalidad del combustible, lo que, como se advirtió en precedencia, no es cierto.

En consecuencia, el Fiscal General de la Nación, imputó al procesado el punible de falsedad ideológica en documento público, en concurso homogéneo, que preveía el artículo

219 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época.

2. En lo atinente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, afirma que, al tenor del Decreto 222 de 1983, legislación vigente para la época de la contratación aquí cuestionada, se exigían una serie de requisitos que, en este caso, no fueron cumplidos en su totalidad, lo que hace punible la conducta del doctor Vega Goyeneche.

En efecto, dice que la investigación concluye en que habiendo un acuerdo de voluntades entre la Gobernación del Departamento del Vaupés y la señora María A. Cortés, “con base en la cotización que ésta le proporcionó el 29 de diciembre de 1992, el contrato de compraventa sólo se perfeccionó después del 12 de enero de 1993 y la ejecución comenzó no solo antes de la aprobación de la póliza de garantía sino de su perfeccionamiento”, es decir, que después de celebrado y ejecutado el multicitado contrato, la contratista prestó la póliza de garantía, que era requisito previo a su perfeccionamiento.

Anota:

“El procesado HERACLIO VEGA GOYENECHE, en su calidad de representante de la Administración Departamental, pretermitió un requisito de naturaleza esencial y comenzó expidiendo una orden de pago autorizando a la Tesorería Departamental para cancelar el valor o cuantía comprometida, cuando ni siquiera se había otorgado el respaldo por parte de la contratista frente a un eventual incumplimiento de su parte, además que permitió una ejecución parcial por parte de ésta, cuando a 31 de diciembre hizo entrega de una parte del combustible que sería objeto del contrato”.

En torno al elemento subjetivo de este comportamiento, considera que también se encuentra demostrado, ya que el acusado certificó la orden de alta número 3341 y

autorizó la orden de pago en la misma fecha, esto es, el 31 de diciembre de 1992, con el fin de asegurar la ejecución presupuestal dentro de la vigencia fiscal de ese año, “no precisamente para garantizar la prestación del servicio de energía o el desarrollo de las obras públicas de la región, sino para favorecer su interés personal y el de la contratista”.

En esas condiciones, considera que se dieron los requisitos para acusar a Heraclio Vega Goyeneche por el citado delito, que era contemplado en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, aplicable para la época de los hechos.

3. Finalmente, frente al delito de cohecho propio, tipificado en el artículo 141 del citado Decreto 100 de 1980, sostiene que la prueba de responsabilidad la constituye el testimonio de María A. Cortés Cortés, quien en la declaración rendida ante la Procuraduría Departamental del Vaupés, sostuvo que el sindicato concurrió, el 15 de enero de 1993, “al Banco del Estado -sucursal Avenida 19- de la ciudad de Bogotá y una vez obtuvo el desembolso del cheque por valor de \$49’063.870,00, le hizo entrega al señor VEGA GOYENECHÉ de una suma superior a un millón de pesos”.

Agrega:

“De otra parte, cabe resaltar la manifiesta diligencia y agilidad con que nuevamente se cumplieron estos últimos trámites, logrando que en un mismo día se verificaran, en diferentes ciudades, en forma simultánea: la aprobación de la póliza, la publicación en el Diario Oficial, el giro del cheque en el municipio de Mitú y el pago en una agencia bancaria de la ciudad de Bogotá y no en la localizada en Villavicencio, donde se encuentra registrada la cuenta de la Gobernación, del precio acordado en el contrato como contraprestación a la señora Cortés”.

Califica como inaceptable el argumento de la defensa, según el cual, el procesado, en su calidad de Gobernador, participó en un Consejo de Gobierno el 15 de enero de 1993,

reunión que duró hasta la tres y treinta de la tarde, lo que le impidió estar en Bogotá, toda vez que si dicha reunión ocurrió, demuestra únicamente que el acusado estuvo en Mitú “el día mencionado y muy seguramente lo hizo hasta la hora allí consignada”, pero en manera alguna demuestra su inocencia, por cuanto que “debe acotarse que en el reverso del título valor, cuya fotocopia se ha allegado como prueba al expediente, aparece un sello indicativo de que el cobro se hizo en horario adicional, razón por la cual se descarta de plano -y no lo ha sostenido la Fiscalía- que éste se hubiera llevado a efecto en forma ordinaria”.

Además, estima que hubo un acuerdo entre el acusado y María A. Cortés Cortés, lo que facilitó el pago del cheque por tan considerable suma, máxime cuando dicho título valor no contaba con sello restrictivo y se hubiese pagado en una plaza distinta al lugar donde se tiene la cuenta, “situación altamente probable si el causahabiente está presente en la oficina para respaldar la transacción”.

Concluye el Fiscal General que se reúnen cabalmente los presupuestos para proferir resolución de acusación en contra del procesado Heraclio Vega Goyeneche por los citados punibles.

LA ETAPA DEL JUICIO

En el período probatorio del juzgamiento, previa petición del Fiscal Delegado ante la Corte, asignado para intervenir en la causa, se dispuso que se allegara al diligenciamiento copia del contrato, con todos sus anexos, celebrado el 31 de diciembre de 1992 entre el Departamento del Vaupés y la señora María Abey Cortés, lo que pese a haber sido ordenado, por múltiples razones no se pudo cumplir. Dicha petición se sustentó en la necesidad de complementar la reconstrucción del expediente.

Igualmente, el defensor del procesado allegó fotocopia informal de la certificación expedida, el 20 de noviembre de 1996, por el Administrador del Aeropuerto Nacional de

Mitú, en la que hace constar que “aparece registro de decolaje de aeronaves el día quince (15) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993), hasta las doce meridiano (12:00 m.), en las horas de la tarde no hubo operación, por mantenimiento de la pista de aterrizaje”. Así mismo indicó que el aeropuerto “no ha tenido, ni tiene operación nocturna, y cierra sus operaciones a las cinco (5:00 p.m.)”.

LA AUDIENCIA PÚBLICA

El 12 de abril de 2000 se llevó a cabo el debate público en esta causa, en el cual intervinieron los sujetos procesales en el siguiente orden:

1. El Fiscal Delegado.

Inicia su exposición diciendo que pese a la pérdida del expediente, su reconstrucción trajo todas las piezas necesarias que permiten adoptar la decisión final, máxime cuando el artículo 166 del Decreto 2700 de 1991, vigente para la época, estatúa la presunción de la existencia de las pruebas y de las actuaciones en que se apoyaron las providencias.

Dentro de ese entendido, luego de recordar los hechos probados en el diligenciamiento, en lo relativo a la falsedad ideológica en documento público, sostiene que el contrato no fue celebrado en la fecha que se consignó, sino en una posterior, lo que tuvo como fin el de imputarlo a la partida presupuestal de la vigencia fiscal de 1992, además de que el combustible no fue recibido en los términos y condiciones certificadas por el recibo número 289 del 31 de diciembre de 1992.

Anota:

“La prueba de la materialidad del ilícito se desprende de los siguientes hechos indicadores:

1. La presentación por parte de la contratista de una cotización manifiestamente

insuficiente. 2. La ocurrencia de unas omisiones en la minuta del contrato. 3. La existencia de inconsistencias en la resolución de adjudicación. 4. La imposibilidad de haberse entregado el combustible en el mismo día en que aparece suscrito el contrato. 5. La imposibilidad de almacenamiento de éste en los talleres del departamento. 6. La insólita celeridad con que se tramitó la celebración y ejecución del contrato. 7. La inexistencia de las razones de urgencia que adujo el Gobernador. 8. La diferencia en las firmas estampadas por la contratista en el contrato y en la cotización y en la factura”.

Por lo tanto, luego de comentar los puntos anteriores, los que soportan las consideraciones del pliego de cargos, estima que es evidente la existencia del delito contra la fe pública en los documentos referidos, razón por la cual solicita a la Corte dictar sentencia condenatoria en contra del procesado.

En cuanto al punible de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, después de copiar el artículo 146 del Decreto 100 de 1980 y de precisar que la contratación objeto de este proceso se enmarcó bajo los requisitos que establecía el Decreto 222 de 1983, los que no fueron modificados en lo esencial por la Ley 80 de 1993, dice que la cláusula 10ª indicó como requisito de validez, entre otros, la aprobación de garantías y la disponibilidad y registro presupuestal, lo que aquí no se cumplió. Además, asevera que el procesado ordenó el pago total del valor del contrato, cuando sólo se había cumplido de manera parcial por parte de la contratista.

En consecuencia, concluye que respecto de dicho punible también se “tiene la plena prueba” de la ocurrencia del mismo y de la responsabilidad del acusado, por lo que demanda fallo condenatorio.

Finalmente, respecto al ilícito de cohecho propio, afirma que la imputación surgió del testimonio de María A. Cortés Cortés, quien afirmó que, el 15 de enero de 1993, el procesado concurrió a las instalaciones del Banco del Estado, sucursal Avenida 19, de

Bogotá, sitio donde le entregó poco más de \$1'000.000,00 de los \$49'063.870,00 que había obtenido del contrato, por lo que también por este punible solicita que se profiera sentencia condenatoria.

2. El Ministerio Público.

La Procuradora Primera Delegada para la Investigación y el Juzgamiento Penal, solicita a la Corte que dicte sentencia condenatoria por los delitos de falsedad ideológica en documento público, respecto de la orden de alta, y por el de celebración indebida de contratos, al tenor de los artículos 219 y 146 del Código Penal entonces vigentes. Así mismo, pide la absolución por los punibles de cohecho propio y por la falsedad ideológica en el contrato administrativo cuestionado.

Los fundamentos de sus peticiones se sintetizan de la siguiente manera:

Después de recordar los hechos y las pruebas que sustentan los cargos imputados por la Fiscalía en contra del procesado, afirma que no hay duda que Heraclio Vega Goyeneche, quien, para el año de 1992, se desempeñaba como Gobernador del Departamento del Vaupés, desconoció lo estatuido en los artículos 2º, 123.2 y 209 de la Constitución Política, en lo referente a los principios de interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ya que al suscribir el multicitado contrato sin la observancia de los requisitos que establecía el Decreto 222 de 1983, “y con el evidente propósito de obtener provecho ilícito, avalando al efecto con su firma y con el ánimo de conseguir el fin perseguido, documentos que no correspondían a la verdad, como ocurrió concretamente con la orden de alta de la totalidad del combustible, expedida el 31 de diciembre de 1992”, realizó las conductas que abstractamente describen los artículos 146 y 219 del Decreto 100 de 1980.

Estima que teniendo en cuenta los medios de convicción, en especial una de las versiones de María Abey Cortés Cortés, resulta indudable que el contrato se cumplió sin el lleno de

los requisitos legales, por cuanto que no se allegaron, previamente a su ejecución, las correspondientes garantías.

En efecto, precisa que está demostrado “que no se agotaron algunos requisitos que eran de la esencia del contrato mismo y que aseguraban la validez y la seguridad del Departamento en relación con esos bienes, porque no se hizo un trámite que era de vital importancia, como era la póliza de garantía, la cual permitía que la contratista cumpliera en su totalidad con lo acordado, no solo que entregara los bienes sino que los entregara en la cantidad y en la calidad que se especificó en el contrato”, póliza que sólo se prestó el 15 de enero de 1993, fecha en la que también, tardíamente, se hizo la publicación del contrato, sin dejar pasar por alto que aún no se había hecho entrega de la totalidad del combustible, el que ya se había pagado.

Explica que dicha irregularidad en el comportamiento del procesado encuentra sustento, toda vez que a cambio esperaba una indebida retribución por parte de la contratista, con quien de tiempo atrás los unía un fuerte lazo de amistad.

Además, en su criterio, la orden de alta número 3341 expedida el 31 de diciembre de 1992, “no corresponde a la realidad porque, se repite, el combustible no ingresó en su totalidad en esa fecha a los almacenes del Departamento”, documento que, sin discusión, fue avalado por el procesado en su calidad de Gobernador.

De otro lado, advierte que si bien al procesado se le debe condenar por los delitos en precedencia mencionados, sin embargo, en su criterio, debe absolversele “respecto del cohecho, por cuanto entiende la Procuraduría que el beneficio que recibió de manos de la contratista, puede incluirse dentro del ingrediente subjetivo contemplado en el artículo 146 y referido al ‘propósito de obtener provecho ilícito’”, ya que con la celebración irregular del contrato se vio beneficiado económicamente con una suma de dinero, la que pese a no estar determinada, se concluyó que es superior al millón

de pesos.

Del mismo modo, plantea la absolución del procesado por el punible de falsedad ideológica, en lo relativo a la fecha de la suscripción del contrato, por cuanto, a su juicio, “no encuentra que la prueba aportada señale con certeza que fuera confeccionado ese documento en fecha posterior a la que se señaló en su texto”.

3. El defensor de Heraclio Vega Goyeneche.

Comienza su intervención afirmando que los sujetos procesales intervinientes en el debate público, no han planteado nada nuevo a lo que el proceso y la acusación contienen, excepción hecha de la petición de absolución que la Procuradora Delegada demanda respecto de la falsedad ideológica y del cohecho propio, lo que coadyuva la defensa.

Además, dice que siempre le ha quedado la sensación de que la resolución de acusación no contestó, de modo adecuado, los contra argumentos presentados por la defensa a lo largo de la investigación.

Después de hacer una síntesis de los hechos y de la actuación procesal, señala que en la pieza acusatoria se indicó que el contrato de suministro de combustible, celebrado entre el Departamento del Vaupés y la señora María A. Cortés Cortés, presenta varias inconsistencias e irregularidades, lo que, a juicio de la Fiscalía, constituye el delito de celebración indebida de contratos, que estatuye el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1° del Decreto 141 del mismo año.

Sobre este puntual tema, asevera que es conveniente distinguir los requisitos esenciales del contrato de los simplemente formales y circunstanciales, cuyo incumplimiento no lo invalida.

Dentro de ese entendido, sostiene que la cotización que se presenta como oferta del objeto del contrato, no requiere condiciones esenciales específicas, tales como la numeración seriada del documento o el título mediante el cual se le da una denominación jurídica al documento que lo contiene, por lo que, en su criterio, las críticas que se le hacen al multicitado acto contractual no son esenciales y, por lo mismo, irrelevantes, por lo que no demeritan la existencia de la cotización y del contrato, pues en caso contrario se desconocería lo preceptuado en los artículos 228 de la Constitución Política, sobre prevalencia del derecho sustancial y 2°, sobre derecho penal de mínima intervención.

En cuanto a los requisitos legales esenciales, observa que se debe tener en cuenta que el citado contrato se celebró dentro de la vigencia del Decreto 222 de 1983. Sin embargo, acota que para los efectos penales y conforme al principio de favorabilidad, también se debe considerar la Ley 80 de 1993, la que reformó aquel estatuto.

Reconoce que el anterior defensor, fue ilustrativo y pedagógico al señalar que debe distinguirse entre el perfeccionamiento y la ejecución del contrato, entendiéndose que, en cuanto al primero, basta con que las partes contratantes acuerden el objeto sobre el que versará la negociación y pacten las contraprestaciones a las que se obligan, requisitos que aquí se cumplieron cabalmente, ya que la Gobernación del Vaupés y la señora María A. Cortés, acordaron que ella suministraría al ente territorial 225 tambores de gasolina roja y 222 de A. C P. M. por un valor de \$51'646.180,00, perfeccionándose así el contrato, tal como consta en el expediente y en los libros de presupuesto correspondientes al año de 1992, concluyendo, además, que existía la correspondiente partida presupuestal para dicha compra.

Arguye que cumplidos los anteriores requisitos, a las partes no les quedaba otra cosa distinta que la de ejecutar lo acordado frente a un contrato perfeccionado, aclarando que la publicación, el pago del impuesto de timbre y el señalamiento de la partida presupuestal no

eran exigencias esenciales para dicho perfeccionamiento, ya que éstas se podían cumplir después, sin que por ello se invalide el contrato.

Así, entonces, asegura que la ejecución del contrato, como fase posterior al perfeccionamiento, implica que los contratantes deben cumplir con el objeto del mismo, que en este caso era que la señora Cortés entregara el combustible, en la cantidad y en la calidad pactadas, a la Gobernación del Vaupés, lo que así ocurrió, razón por la cual tenía derecho a que se le cancelara el dinero acordado.

Agrega que el Gobernador del Departamento, para cumplir su parte contractual, debía previamente verificar que se hubiese constituido la póliza de garantía, lo que se hizo el 15 de enero de 1993, “antes de ordenar el pago del combustible. Es decir, perfeccionó y ejecutó el contrato cumpliendo con los requisitos esenciales requeridos para el perfeccionamiento y para la ejecución”.

En consecuencia, dice, el contrato se perfeccionó el 31 de diciembre y se ejecutó el 15 de enero, pues fue cuando se constituyó la póliza y se pagó el combustible.

Afirma que si éste fue recibido y almacenado en la fecha que obra en el acta número 3341, no entiende por qué la Fiscalía, en la resolución de acusación, concluye que aquel documento es falso, a pesar de las atestaciones de los encargados de recibir y almacenar el objeto del contrato.

Igualmente, tampoco comparte que se hubiese afirmado en dicha pieza acusatoria, que la proveedora no estaba en condiciones de suministrar el combustible contratado, ya que también hay constancias y testimonios que indican que sí contaba con la capacidad para cumplir con la obligación contractual. Además, en ese municipio existían otras personas que también tenían los galones de gasolina y A. C. P. M. que se requerían, aun cuando sólo era María A. Cortés la única proveedora registrada, lo que implicaba que ella los adquiría de éstos.

A continuación, procede a criticar las razones que tuvo el instructor para otorgarle credibilidad a una de las tres versiones de María A. Cortés. No entiende por qué el Fiscal tomó como creíble el testimonio que dicha señora rindió, en septiembre de 1993, ante la Procuraduría Departamental, en la que afirmó que no había hecho entrega total del combustible contratado y que le dio al procesado una suma superior al millón de pesos por la transacción realizada, toda vez que en las otras dos declaraciones rendidas ante la fiscalía, en especial la del 8 de junio del citado año, no hizo ninguna incriminación en contra de su defendido.

Acota:

“No podemos, entonces, decir que la primera declaración es la que vale, porque si la primera declaración es la que vale, entonces, miente en la segunda, y si miente en la segunda, no podemos decir que la señora dio dinero o que no cumplió, porque en la segunda es en la que miente. Por qué le creemos a la segunda?. Por qué otorgarle generosamente por parte de la Fiscalía en la resolución de acusación un calificativo de transparente, que es diáfana y que es desprevenida?. Qué intereses pudieron existir en ésta para mentir cuando no dijo nada o en esta cuando lo dice todo?...”.

Advierte que el punible contenido en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, no se agota únicamente en sus elementos objetivos, sino que se requiere de uno subjetivo como es el propósito de obtener un provecho ilícito, que, según la Fiscalía, fue el de ejecutar una partida para no pasar al año fiscal siguiente con una vigencia expirada, afirmación que se opone al dicho de su defendido, ya que él fue claro en señalar que el combustible era urgentemente requerido, no solamente para atender las nuevas plantas generadoras de energía eléctrica, sino para la maquinaria que realizaba la construcción de una carretera, tal como consta en el Acta del Consejo de Gobierno celebrado el 15 de enero de 1993.

Del mismo modo, enfatiza que los registros del almacén permiten inferir cómo se dio de baja al combustible comprado, esto es, tal como lo adujo su procurado. Igualmente, califica como válido que el administrador del presupuesto lo ejecute dentro del período para el cual fue expedido, lo que justifica su celeridad, sin que ello implique un comportamiento delictual, máxime cuando no pretendía favorecer ningún interés personal ni de la contratista.

En cuanto al delito de cohecho, afirma que existe sólo una prueba incriminatoria, es decir, la declaración que ante la Procuraduría rindió María Cortés, quien adujo que, sin que se lo hubiese solicitado, le entregó a su defendido, el 15 de enero de 1993, en la ciudad de Bogotá, poco más de un millón de pesos, aseveración que califica ajena a la verdad, en razón a que Vega Goyeneche, en esa fecha, se encontraba en Mitú presidiendo un Consejo de Gobierno, el que duró entre las 8 de la mañana y las 3 y 30 de la tarde.

Anota:

“Como quiera que la proveedora cobró el cheque después de las cinco de la tarde, en horario bancario extendido, la acusación sostiene que el doctor Vega tuvo tiempo para transportarse de Mitú a Bogotá para hacerse presente en el Banco para recibir la dádiva.

“Pero la Fiscalía, no obstante la protesta del ex Gobernador, no obstante lo evidente que es la carencia de medios de transporte entre Mitú y el resto del país, supone que pudo haber viajado, porque dispuso de tiempo para ello. Pero no lo probó, como debió hacerlo. La afirmación de la señora Cortés es en este aspecto inverosímil, porque no era posible a una persona que a las 3 y 30 de la tarde esté en Mitú, pueda a las cinco de la tarde del mismo día estar en Bogotá, de improviso, porque, según la declarante, ‘no sé por qué llegaría’, puesto que es evidente que ni por carretera, ni con avión particular, se podía hacer semejante travesía.

“Es mentirosa la declaración de la vendedora y lo es ante la Procuradora Departamental.

La defensa supone (porque la defensa sí puede formular hipótesis de duda, no así la acusación, puesto que la duda favorece al reo) que cuando estaba exasperada la animadversión política contra el doctor Vega, las manipulaciones contra testigos y funcionarios pudo ser evidente. No puede ser menos esta consideración si se mira el sucio pasquín con que las diligencias se inician, demostrativo del clima de desprecio y resentimientos que son capaces de todo, hasta llevar a esa mujer, a un testimonio que de todo tiene menos de diáfano y desprevenido, pero sobre todo, mentiroso”.

Agrega que dejando las consideraciones probatorias, también le asiste razón en el aspecto dogmático, ya que tanto el cohecho propio como el impropio aluden a promesas remuneratorias, dádivas, dinero o utilidades que se ofrecen antes del acto, propio de la función que se deba desempeñar, retardar u omitir, es decir, que la oferta corruptora es anterior al acto o concomitante con un interés sometido al conocimiento del servidor que recibe el emolumento, por lo que este tipo penal no se construye sobre dádivas, dineros o promesas que se den o entreguen por actos ya cumplidos.

En consecuencia, concluye que al no estar probado el recibo del dinero, necesariamente se desvirtúa no sólo el cohecho sino el provecho ilícito sin el cual no se configura el delito de contratación indebida.

Finalmente, en lo relativo a la falsedad, después de afirmar que comparte los argumentos de la Procuradora Delegada, asevera que la irregularidad solo es producto de una simple equivocación al momento de consignar el número y la fecha de la resolución de adjudicación, error que fue producto del cúmulo de trabajo que, por lo general, se presenta al finalizar cada periodo fiscal, máxime cuando el mismo no contradice lo sustancial de la contratación. “Si el contrato y sus trámites de perfeccionamiento se hicieron aceleradamente en dos días, la celeridad no implica falsedad, como tampoco la demora”.

Por lo precedentemente argumentado, solicita a la Corte absuelva a su defendido por los cargos formulados en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Aunque el doctor Heraclio Vega Goyeneche no es en la actualidad Gobernador del Departamento del Vaupés, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para juzgarlo, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, toda vez que los cargos imputados guardan relación con la función que desempeñó en dicha calidad foral.

2. El artículo 232 del nuevo Código de Procedimiento Penal estatuye que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso elementos de juicio que conduzcan a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

Procederá, en consecuencia, la Sala a analizar, si en el presente caso se cumplen o no los mencionados presupuestos.

3. El Fiscal General de la Nación, mediante resolución del 12 de marzo de 1997, acusó al doctor Heraclio Vega Goyeneche como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tres falsedades ideológicas en documento público y cohecho propio, que tipificaban los artículos 146 (modificado por el artículo 1° del Decreto 141 de 1980), 219 y 141 del Decreto 100 de 1980, vigentes para la época, respectivamente, normatividad aplicable a este caso, toda vez que resulta más favorable frente a lo estipulado por los artículos 410, 286 y 405 de la Ley 599 de 2000.

4. Teniendo en cuenta que se trata de un concurso de delitos, la Sala procederá al estudio de cada uno, así:

4.1. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

4.1.1. El artículo 146 del Decreto 100 de 1980, modificado por el artículo 1° del Decreto 141 del mismo año, decía:

“El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para así, para el contratista o para un tercero, 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 seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años”.

Ahora bien, la preceptiva invocada contiene un tipo penal en blanco, cuya integración se cumple con las normas del régimen de contratación administrativa, que para la época de los hechos estaba contenido en el Decreto 222 de 1983, toda vez que el contrato cuestionado fue fechado el 31 de diciembre de 1992, habiéndose surtido algunos trámites en los meses de enero, febrero y marzo de 1993.

Aunque el citado decreto fue derogado y sustituido por la ley 80 de 1993, en el caso concreto ese cambio es irrelevante, como quiera que en los dos regímenes es elemento esencial y requisito previo para la ejecución del contrato, el otorgamiento y aprobación de la garantía y los cargos con relación a este punible se refieren a haber permitido su ejecución parcial, el 31 de diciembre de 1992, a la contratista, al haber recibido parte del combustible comprado, sin haber sido aprobada la garantía, y al haber expedido “una orden de pago autorizando a la Tesorería Departamental para cancelar el valor o cuantía comprometida” sin ni siquiera haberse llenado tal requisito.

4.1.2. Aparece demostrado en el expediente que la señora María Abey Cortés Cortés, en su calidad de única inscrita en el registro de proveedores, ofreció, el 29 de diciembre de 1992, a la Gobernación del Departamento del Vaupés, la venta de 225 tambores de gasolina roja y de 222 de A. C. P. M., por un valor unitario de \$1.850,00 y

\$1.879,00, respectivamente, para un total de \$51'646.180,00, y que el entonces Gobernador, fundado en razones de urgencia, profirió la Resolución N° 0154 adjudicándole el contrato de compraventa, el que se dice se celebró en esa fecha, estableciéndose como requisitos para su validez, la publicación en el Diario Oficial, el pago del impuesto de timbre, la aprobación de las garantías y la disponibilidad y el registro presupuestal, habiéndose efectuado ese mismo día el registro presupuestal y dado la orden de pago a favor de la contratista, toda vez que el Almacенista General del Departamento, mediante orden de alta N° 3341, avalada por el procesado, y el recibo N° 289, hizo constar, faltando a la verdad, el ingreso de los 447 tambores del combustible por el valor total del contrato.

La póliza de garantía se prestó el 14 de enero de 1993 y se aprobó al día siguiente, cuando se retiró y pagó el cheque por el valor total del combustible.

4.1.3. En orden a determinar si el procesado adecuó su comportamiento a la abstracta descripción del artículo 146 del Decreto 100 de 1980, aplicable por serle más favorable, es necesario que la Sala haga algunas precisiones conceptuales, así:

Uno de los principios que gobierna la contratación de la Administración Pública es el de legalidad que encuentra su fundamento en que Colombia es un Estado de derecho, lo que implica que en la función administrativa contractual todos los procedimientos que deban desarrollarse con ocasión del contrato, comprendida su preparación, celebración, ejecución y liquidación, deben cumplirse con pleno acatamiento a la Constitución Política y a las normas civiles, comerciales y administrativas que la rigen. Se trata, pues, de una actividad reglada, en la que la discrecionalidad es la excepción.

Sin embargo, no toda inobservancia de los requisitos legales para contratar constituye delito, independientemente de que se pueda configurar falta disciplinaria, sino sólo de los

legales esenciales, esto es, de la legalidad esencial.

Así mismo, se debe puntualizar que el artículo 146 del Código Penal de 1980 (que es igual al 410 de la ley 599 de 2000, salvo en lo atinente al tipo subjetivo específico, que en este último ya no se exige), contempla tres modelos de comportamiento, a saber: tramitar contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales; celebrarlo sin verificar el cumplimiento de tales requisitos; y liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Como quiera que la conducta imputada al procesado fue la primera, sólo de ella se ocupará la Sala.

Tramitar es dar curso secuencial a cualquiera de los actos que se desarrollan con ocasión del complejo procedimiento de la contratación estatal, comprendiendo, por ende, la preparación (registro de proponentes, pliego de condiciones, concurso, adjudicación), la celebración (esto es, la suscripción), la ejecución (realización de la obra prestación del servicio o suministro del bien), y la liquidación, estando todos, sin excepción sujetos al principio de legalidad.

Se ha sostenido por alguna parte de la doctrina que la tramitación a la que se refiere el artículo 146, transcrito, sólo involucra la etapa precontractual, esto es, la que se desarrolla antes de la suscripción o celebración del convenio, no quedando, por lo tanto, incorporada en ella la ejecución, en forma tal que la inobservancia de los requisitos legales esenciales únicamente puede predicarse de tres precisos momentos del contrato estatal: el trámite (referido sólo a la fase preparatoria), la celebración y la liquidación, habiendo quedado por fuera lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, haciendo la ley un salto de la celebración a la liquidación, para dejar la materia propia de aquel estadio al interés ilícito ó a cualquier otro punible que se pueda tipificar.

La Sala no comparte este criterio, por las siguientes razones:

1º) No resulta lógico que la inobservancia de los requisitos legales esenciales en una fase del trámite de contratación administrativa, quede por fuera de la descripción del artículo mencionado, máxime cuando, con fundamento en el principio de responsabilidad, los servidores públicos están obligados a vigilar la correcta ejecución del contrato y a proteger los derechos de la entidad.

2º) La norma no prevé la tramitación como una etapa previa a la celebración y a la liquidación, sino como un modelo conductual.

Así, no dice: El servidor público que tramite, celebre o liquide contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales, sino que se refiere, como ya se expresó a la tramitación, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, a la suscripción sin verificar que se cumplieron y a la liquidación sin verificar que se cumplieron.

En el primer modelo, los actos del procedimiento contractual son realizados directamente por el servidor público, en tanto que en el segundo y el tercero han sido delegados o normativamente están adscritos a otros funcionarios, consistiendo la conducta típica en no constatar, al suscribir el negocio o al liquidarlo, que se desarrolló acatando la legalidad esencial.

Si en la primera especie el trámite es llevado a cabo directamente por el servidor público, bien sea que uno sólo se encargue de todo el proceso de contratación, o que en sus distintas fases intervengan distintos funcionarios, es obvio que todos ellos, incluidos los encargados de vigilar la ejecución, deben observar la legalidad esencial.

3º) Así mismo, si se tiene en cuenta que la liquidación es el acto final del procedimiento contractual, no se entendería que el servidor público que liquida el contrato sin comprobar que se cumplió la legalidad esencial, en todo el trámite previo, incluida la ejecución, responda por la figura genérica de “contrato sin cumplimiento de

requisitos legales” y que, en cambio, el funcionario que directamente los inobservó (por ejemplo, al autorizar la ejecución u ordenar el pago sin haberse prestado las garantías), no responda por este punible.

4.1.4. En este caso, para la Sala no hay duda de que el entonces Gobernador tramitó el contrato de suministro de combustible vulnerando la legalidad esencial, pues permitió su ejecución parcial, sin que se hubiera aprobado la garantía, y sin este requisito y sin la entrega total del combustible, autorizó la cancelación de su valor.

En cuanto al primer aspecto, independientemente de que para el perfeccionamiento de los contratos que celebra la administración pública se requiera la aprobación de las finanzas, como disponía el artículo 51 del Decreto 222 de 1983, o que baste simplemente el acuerdo sobre el objeto y la prestación y que éste se eleve por escrito, como lo preceptúa el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, lo evidente es que en ambos regímenes es menester, para la ejecución, la aprobación de la garantía y la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes (artículos 53 y 41, *ibidem*).

En otros términos, en los dos, la aprobación de las garantías es requisito de legalidad, siendo no sólo presupuesto de otros actos posteriores del trámite, sino, además, esencial, pues así como el Estado, en acatamiento al principio de responsabilidad, que lo obliga a proteger los derechos del contratista, debe garantizar la apropiación presupuestal suficiente para cumplirle la contraprestación, éste está obligado a cubrirle a aquél los riesgos que emanan del cumplimiento de la prestación que le corresponde.

En consecuencia, tanto en el régimen contractual derogado como en el actual, para que el contrato perfeccionado pueda surtir efectos jurídicos y pueda desarrollar legalmente su objeto, se requiere, entre otros requisitos, la previa aprobación de la garantía, la que, por lo tanto, es requisito legal esencial para la ejecución del

convenio.

En contravía de lo señalado, el entonces Gobernador del Vaupés, sin que se hubiera aprobado la garantía, permitió la ejecución parcial del contrato, como quiera que parte del objeto se suministró el 31 de diciembre de 1992, lo que significa que tramitó, esto es, que dio curso irregularmente a una etapa del contrato sin que, previamente, se hubiera cumplido una que le debía preceder, con lo cual, no sólo desconoció lo previsto en el artículo 51 del Decreto 222 de 1983, sino que creó un riesgo jurídicamente desaprobado para el patrimonio del Estado, pues permitió su ejecución sin un instrumento que avalara la calidad y cantidad del combustible, y desconoció el principio de responsabilidad que lo obligaba a vigilar la correcta ejecución del contrato y a proteger los derechos del Departamento.

En cuanto al segundo aspecto, si la ley ni siquiera permite que se cumpla la prestación por parte del contratista, sin la aprobación de la garantía, con mayor razón no puede admitir que se cumpla el acto de trámite de ordenar el pago total de la contraprestación, sin que aquélla se haya aprobado y sin que se haya satisfecho la prestación en su integridad, lo que además se pactó en el contrato.

Por otra parte, no se estaba en presencia de un anticipo, que la ley sí autoriza, sino de la orden de que se cancelara el valor total del combustible, lo que implicó otro riesgo no permitido para el patrimonio del ente territorial y que se desconocieran los principios de moralidad y economía que informan la función administrativa contractual.

En consecuencia, el entonces Gobernador como representante legal del Departamento del Vaupés, debía garantizar que el procedimiento de la contratación se desarrollara con acatamiento al ordenamiento jurídico, lo que no cumplió, pues permitió que éste se pervirtiera y trastocara.

Así mismo, como al tenor de la norma entonces vigente, aplicable por favorabilidad a

este caso, no bastaba para la tipificación del punible la tramitación de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sino que era menester que se actuara con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, la Sala encuentra que dicho elemento subjetivo también se encuentra acreditado.

En efecto, conforme a lo narrado por la contratista María Abey Cortés ante la Procuraduría, versión que le merece a la Sala plena credibilidad, en el mes de diciembre de 1992 apenas hubo una entrega parcial de combustible, habiéndose suministrado el resto sólo después de haberse recibido la totalidad del pago, lo que indica que cuando el entonces Gobernador ordenó cancelar el valor del objeto, sin que se hubiera aprobado la garantía y sin que se hubiera suministrado la totalidad del objeto, actuó con el propósito de obtener un provecho ilícito para él y para la vendedora, finalidad que, además, se cumplió, ya que ésta recibió y usufructuó una suma de dinero que no podía percibir hasta que no hubiera cumplido en su integridad con la prestación, y aquél recibió indebidamente, algo más de un millón de pesos, según lo relata la vendedora.

Si la finalidad de la contratación administrativa en un Estado social de derecho no puede ser simplemente ejecutar el presupuesto público sino cumplir sus propósitos, entre ellos, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas, encontramos que aquí esas finalidades no se cumplieron, pues el motivo de la celebración del contrato no fue atender el servicio de energía y el desarrollo de las obras públicas, como se alega, sino favorecer el interés personal del procesado y la contratista.

En consecuencia, para la Sala existe certeza de que el doctor Heraclio Vega Goyeneche, en su calidad de Gobernador del Vaupés, adecuó su comportamiento al artículo 146 del Decreto 100 de 1980, modificado por el Decreto 141 del mismo año, pues tramitó un contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales, habiendo actuado con el propósito de obtener un provecho ilícito para él y para María Abey Cortés, sin que la Sala

comparta sus afirmaciones de que se limitó a firmar los documentos elaborados por sus subalternos, pues los elementos de convicción allegados permiten concluir que intervino directa y personalmente en todo el proceso de contratación, sin que aparezca que sus funciones las haya o delegado entre otros funcionarios.

4.1. 5. Finalmente, en lo atinente a los argumentos de la defensa, en el sentido de que si la contratista entregó la totalidad del combustible materia del contrato el 31 de diciembre de 1992, y si la garantía se aprobó el 15 de enero de 1993, en ninguna irregularidad se incurrió si ese día se efectuó el pago, pues sólo entonces se ejecutó, la Sala no los comparte pues, como se expresó y se analiza adelante, no es cierto que la totalidad del combustible hubiera sido entregada en esa fecha ni que el contrato sólo se hubiera ejecutado el 15 de enero, pues, como se expresó, el Gobernador permitió su ejecución parcial, el 31 de diciembre de 1992, sin que se hubiera aprobado la garantía, lo que sólo tuvo lugar el 15 de enero de 1993 y, además, ordenó el pago total sin que se hubiera aprobado tal garantía ni satisfecho en su integridad la prestación, por parte de la contratista.

4.2. Falsedad ideológica en documento público.

4.2.1. El artículo 219 del Decreto 100 de 1980, señalaba:

“El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años”.

La acusación por el delito de falsedad se centra en que en el contrato, la orden de alta N° 3341 y el recibo de mercancía N° 289, todos aparentemente suscritos el 31 de diciembre de 1992, se consignaron hechos ajenos a la verdad.

4.2.2. La acusación afirma que la falsedad con relación al contrato consistió en que éste no

fue celebrado y suscrito el 31 de diciembre de 1992, sino en el mes de enero, conclusión que fundamenta en que en el texto del mismo se hizo constar que el contrato fue adjudicado por resolución número 18 del 12 de enero de 1993 y no mediante la número 0154 del 31 de diciembre de 1992, señalando que esa diferencia no obedece a un simple lapsus, pues no se trata de la equivocación en un dígito, sino que se refiere al día, al mes y año, distando demasiado tales datos de la fecha en que aparentemente se realizó el negocio jurídico. Además, porque la cotización es escasa en su contenido, ya que no se precisa a qué título, ni cuáles son las condiciones y plazo de la entrega, ni la vigencia de la oferta, siendo también muy visibles las omisiones en la minuta del contrato, ya que no se denomina, ni se enumera, ni anota la imputación al presupuesto, datos que si bien no constituyen requisitos esenciales de la contratación, si revelan la premura con que se actuó, toda vez que en el mes de enero urgía darle visos de legalidad a un contrato “cuyo precio sería imputado a una partida presupuestal de una vigencia fiscal correspondiente al año anterior”.

4.2.3. Contrario sensu, la Sala considera que precisamente con la finalidad de imputar el precio a la vigencia fiscal de 1992 y favorecer los intereses de la vendedora, toda la múltiple actuación, incluida la elaboración y suscripción del contrato, se llevó a cabo de afán, con premura, el mismo 31 de diciembre, lo que explica todas las omisiones que pone de presente la Fiscalía, pues, como bien lo sostiene la defensa, si el contrato se elaboró y suscribió en el mes de enero, se disponía de todo el tiempo necesario, por lo que las falencias y omisiones no se explicarían, ya que había desaparecido la premura “para garantizar la apropiación de los recursos dentro de la vigencia fiscal”.

De otro lado, no aparece lógico que se entregue parte de la mercancía vendida el 31 de diciembre, que se haga el registro presupuestal y que se ordene el pago, sin que previamente se haya celebrado el respectivo contrato.

Por lo tanto, la Sala encuentra que los elementos de convicción allegados, en vez de

demostrar que el contrato fue elaborado y suscrito en el mes de enero de 1993, como lo ha sostenido la Fiscalía, indican, como lo anotan la Procuradora Delegada y el defensor, que tal hecho tuvo lugar el 31 de diciembre de 1992, por lo que, ante la inexistencia del mismo, por este punible no se puede responsabilizar al procesado.

4.2.4. En lo concerniente a la falsedad del recibo de la mercancía, distinguido con el número 289 del 31 de diciembre de 1992, tampoco se puede responsabilizar al ex-Gobernador, pues no aparece suscribiéndolo.

4.2.5. En lo atinente a la falsedad de la orden de alta número 3341 del 31 de diciembre de 1991, que avaló con su firma el procesado, para la Corte no existe duda de que él y el Almacenista consignaron un hecho que no corresponde a la verdad, toda vez que no es cierto que el 31 de diciembre haya sido entregada la totalidad del combustible comprado, como allí se hizo aparecer, lo que se infiere no sólo de la declaración rendida por Maria Abey Cortés ante la Procuraduría, donde aseveró que en esa fecha sólo entregó parte del objeto materia del contrato y el resto después de haber recibido el dinero, sino que su dicho se encuentra corroborado por la prueba documental, así: aparece certificado por el doctor Belisario Moreno Rey, Jefe de la Oficina Jurídica, con fecha 30 de julio de 1994, que el 31 de diciembre de 1992, únicamente ingresaron 225 tambores de A. C. P. M.

Así mismo, resulta inexplicable que con las órdenes 3312 y 3313 aparezcan ingresando ese día, provenientes de la misma vendedora, 59 tambores de A. C. P. M. y 12 de gasolina, respectivamente, y que con la 3341, con un gran salto en la numeración, sin motivo que lo explique, presuntamente se den de alta 447 tambores de combustible.

4.2.6. En cuanto a la afirmación del defensor, en el sentido de que el testimonio rendido por María Abey Cortés ante la Procuraduría y trasladado a este proceso, es inválido por no habersele advertido que no estaba obligada a declarar contra si misma,

no le asiste la razón porque en el acta respectiva aparece que se le impuso del contenido de las pertinentes normas de C. de P. P., y si bien hubo un error en la digitación, pues no se anotó artículos 283 y 285, sino 183 y 185, no hay la menor duda que se refería a los anteriores.

Así mismo, la Sala no comparte el argumento de la defensa, en cuanto a que esa declaración no merece credibilidad porque la testigo no sólo se retractó ante la Fiscalía, sino porque afirmó que no leyó el texto de la versión y que la Procuradora escribió lo que quiso y que al estar esta funcionaria involucrada en la politiquería, pudo querer quitar a Vega Goyeneche como fuera, pues el hecho de la retractación no impide, dentro del método de valoración de la sana crítica, darle credibilidad a la versión en que se considere se dijo la verdad, sino porque las demás afirmaciones del abogado son meras especulaciones defensivas sin ningún respaldo procesal y, además, porque basta considerar la personalidad de la testigo, comerciante hábil, como lo demuestra el contrato materia de este proceso, con dos años de administración pública, y leer el texto de su declaración para percatarse de su sinceridad y espontaneidad, en ese aspecto, y de que no fue engañada, como después lo afirmó.

En conclusión, para la Corte no hay duda de que el combustible vendido al Departamento del Vaupés sólo fue entregado parcialmente el 31 de diciembre de 1992, por lo que al suscribirse un documento por el entonces Gobernador, en que constaba que había ingresado la totalidad, con la finalidad de autorizar el pago íntegro, falseó la verdad y, por lo tanto, adecuó su comportamiento al punible de falsedad ideológica en documento público.

4.3. Cohecho propio.

4.3.1. El artículo 141 del Decreto 100 de 1980 preceptuaba:

“El empleado oficial que reciba para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o acepte

promesa remuneratoria, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, en multa de cinco mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

Por último, se acusó al doctor Heraclio Vega Goyeneche por haber recibido dinero con el fin de ejecutar actos contrarios a los deberes propios de sus funciones como Gobernador del Departamento del Vaupés.

4.3.2. Como se indicó en el pliego acusatorio, la prueba fundamental en que se soporta dicha imputación es la declaración que María Abey Cortés Cortés rindió, el 9 de septiembre de 1993, ante la Procuraduría Departamental del Vaupés, en la cual afirmó que el acusado concurrió, el 15 de enero de 1993, “al Banco del Estado -sucursal Avenida 19- de la ciudad de Bogotá y una vez obtuvo el desembolso del cheque por valor de \$49’063.870,00 le hizo entrega al señor VEGA COYENECHE de una suma superior a un millón de pesos”.

Al preguntarle la razón por la cual si no tenía acta de recibo y no suministró todo el combustible, “cómo hizo para legalizar el contrato. Contestó: ... yo por eso le reconocí al Gobernador un dinero pero no recuerdo la cantidad exacta solo se que es más de un millón de pesos, yo se los dí por voluntad propia él no me exigió nada ...”.

4.3.3. De esta declaración que, como ya se dijo, le merece credibilidad a la Sala, se infiere que ese dinero fue el pago hecho al procesado por tramitar un contrato violando el deber oficial de sujetarse a las disposiciones legales que regulan su tramitación, como fueron aceptar una cotización incompleta (pues no se indica la naturaleza del acto, ni cuáles las condiciones y plazo de entrega del bien, ni la vigencia de la oferta), celebrar un contrato en el que no se señala el título, ni el número, ni la imputación al presupuesto, avalar con su firma un documento falso, ya que se hizo constar que el

combustible se había entregado en su totalidad el 31 de diciembre de 1992, cuando no era cierto, y ordenar su pago, sin haber sido prestada y aprobada la garantía, ni entregado la totalidad del objeto materia del convenio, vulneraciones cometidas en su beneficio y el de la contratista.

A las razones ya expuestas y por las cuales este testimonio merece credibilidad a la Sala, se debe agregar que no resulta lógico pensar que tantos desafueros y, particularmente, falsear la verdad y ordenar un pago violando las normas de contratación, para favorecer a la vendedora, se cometan gratuitamente.

Así mismo, uno de los motivos que explican que un cheque por tan cuantiosa suma de una cuenta de Villavicencio se hubiera pagado en Bogotá en efectivo, es la presencia del Gobernador en el Banco, respaldando la transacción.

4.3.4. Se ha argumentado por la defensa que en el expediente obran tres documentos, aportados por el anterior abogado, que demuestran que el 15 de enero de 1993 el entonces Gobernador permaneció en Mitú y que, por lo mismo, no estuvo en Bogotá, como lo proclama la declarante.

Al respecto precisa la Sala, que los dos primeros no demuestran que el acusado estaba en Mitú ese día y que el último no le merece ningún crédito, así:

El primero, suscrito por el Jefe de Personal de la Gobernación, en el que se dice que en el archivo no aparecen situaciones administrativas ni documentos que prueben que el 15 de enero de 1993 el doctor Heraclio Vega Goyeneche estuviera fuera de la ciudad, no demuestra que hubiera permanecido allí, pues, como lo argumentó la acusación, un día de ausencia no necesariamente requiere que se otorgue un permiso que quede registrado administrativamente.

En cuanto al segundo, que es un acta de un Consejo de Gobierno del Departamento,

correspondiente a la reunión celebrada el día citado y que, según dice, terminó a las 3 y 30 de la tarde, además de que no resulta creíble que siendo tan pocos los asuntos tratados la sesión se hubiera prolongado hasta esa hora, ni aun admitiendo que así hubiera sido, ello no le impedía viajar a Bogotá, a encontrarse en el Banco del Estado con la beneficiaria del cheque, máxime si se considera que se pagó en horario adicional, como consta al respaldo del mismo.

El tercero es una constancia presuntamente expedida por el Administrador del Aeropuerto de Mitú, el 20 de noviembre de 1996, en la que se dice que el mencionado 15 de enero sólo decolaron naves hasta las 12 del día, pues “en las horas de la tarde no hubo operación, por mantenimiento de la pista de aterrizaje”.

Esta constancia no le merece a la Sala ninguna credibilidad, pues no se explica que habiendo sido expedida el 20 de noviembre de 1996 y habiéndose dictado la resolución de acusación el 12 de marzo de 1997, siendo, teóricamente, tan contundente, no se hubiera presentado antes de la calificación, sino hasta la etapa de juzgamiento, el 22 de agosto de 1997, esto es, nueve meses después de su presunta expedición.

De todos modos, se ordenará que se expida copia de lo pertinente con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue el posible delito de falsedad en que se pudo haber incurrido.

También alega la defensa que el delito de cohecho no se construye sobre dádivas, promesas, dineros, etc, que se den o entreguen por acto ya cumplido, esto es, que la oferta corruptora debe ser anterior al acto o concomitante con un interés sometido al conocimiento del servidor que recibe el soborno.

La Sala estima que ninguna razón le asiste pues, como ya se expresó, el análisis mancomunado de los elementos de prueba, la llevan a la convicción que el dinero entregado fue el pago, previamente prometido, por las irregularidades cometidas por el

entonces Gobernador, en el proceso de contratación, para favorecer a la contratista, lo que, además, explica su presencia en la entidad bancaria, en el momento del cobro del cheque.

Así mismo, dice el defensor, que si no hubo cohecho no hubo provecho ilícito “sin el cual no existe el delito de celebración indebida de contratos”.

En la misma línea argumentativa y con relación a este último punto, arguye la Procuradora Delegada que el beneficio que el doctor Vega recibió de manos de la contratista “puede incluirse dentro del ingrediente subjetivo contemplado en el artículo 146 y referido al propósito de obtener provecho ilícito”, por lo que considera que el punible de cohecho no se tipifica ni, por ende, concurre con el de “contrato sin cumplimiento de los requisitos legales”.

Al respecto la Sala les observa no sólo que sí hubo cohecho, como se analizó, sino que éste concurre materialmente con el punible descrito en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, pues éste sólo exige para su tipificación el simple propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, esto es, que no requiere que esa finalidad específica se logre, por lo que si se consigue, se configura otro delito, separable del primero, tanto fáctica como jurídicamente y con el que concurre.

5. La modalidad de las conductas es dolosa, pues el procesado conoció los hechos típicos que le fueron imputados y quiso realizarlos, así:

En lo concerniente a la falsedad en documento público, sabía que el combustible no se había entregado en su totalidad, no obstante lo cual voluntariamente se hizo constar lo contrario.

En lo atinente a la inobservancia de los requisitos legales esenciales de la contratación, conocía que el trámite contractual debía sujetarse a las previsiones del Decreto 222 de

1983, pero quiso apartarse de ellas con el propósito de obtener provecho para él y la contratista.

Y en lo que respecta al punible de cohecho, voluntariamente aceptó recibir dinero por tramitar un contrato sin sujeción a los requisitos legales y por avalar con su firma un documento falso.

6. Así mismo, las conductas desarrolladas por el procesado son antijurídicas, pues sin justa causa, atentó contra los bienes jurídicos de la fe pública y de la administración pública. La primera, en cuanto puso en peligro la confianza de la colectividad en la veracidad de un documento que constituía la prueba de que el combustible se recibió en su totalidad el 31 de diciembre de 1992. Y la segunda, en la medida en que en el cumplimiento de la función administrativa contractual desconoció los principios y valores constitucionales que rigen el funcionamiento de la administración pública, tales como la satisfacción de los intereses generales, la igualdad, la moralidad, la economía, la imparcialidad y el buen nombre de la administración.

7. Finalmente, el acusado actuó culpablemente, pues tenía conocimiento de que tales conductas eran ilícitas y, además, le era exigible un comportamiento diferente al observado y conforme a derecho.

8. Vistas así las cosas, la Sala encuentra que existe certeza sobre las conductas punibles y sobre la responsabilidad, por lo que se procederá a proferir en su contra sentencia condenatoria y, consecuencialmente, a tasar la pena, lo cual se hará de la siguiente manera:

Las penas tanto principales como accesorias fijadas en el Decreto 100 de 1980 son más favorables, para los tres punibles, que las señaladas en normas posteriores, incluidas las de la Ley 599 de 2000, por lo que se aplicarán las de aquel estatuto, que también contempla un método de determinación de la sanción que, en este caso, resulta más

benigno.

En efecto, si consideramos que se trata de un concurso de delitos y que tanto en el Código de 1980 como en el del 2000 es necesario partir de la conducta punible que establezca la pena más grave, que es la falsedad ideológica en documento público, la que, al tenor del artículo 219 del Código derogado, tenía pena de prisión de tres (3) a diez (10) años, y le aplicamos las reglas de individualización de la ley 599 de 2000, tendremos que al concurrir una circunstancia de atenuación punitiva (o de menor punibilidad, según el nuevo Código) y dos de agravación punitiva (o de mayor punibilidad), al fijar el ámbito punitivo de movilidad (según el artículo 61, ibidem), habría que partir de los cuartos medios, conforme a los cuales la pena no podría ser inferior a 57 meses ni superior a 99, quantum mayor que el que le corresponde al aplicar la legislación anterior, como se pasa a analizar.

Así, al concurrir una circunstancia genérica de atenuación, a saber, la buena conducta anterior, y dos de agravación, como son: haber obrado con la complicidad de otro, pues no hay duda que, por lo menos, la contratista y el almacenista, fueron partícipes del punible; y la posición distinguida que el procesado ocupaba en la sociedad, pues era Gobernador del Departamento y, por lo mismo, le era más exigible un comportamiento acorde con el ordenamiento jurídico, además de dar buen ejemplo a sus gobernados, adecuó su comportamiento a las previsiones de los numerales 7° y 11 del artículo 66 del C. Penal de 1980 (iguales a las de los numerales 10 y 9 de la ley 599 de 2000, respectivamente).

Teniendo en cuenta las circunstancias anteriores, no se aplicará el mínimo de 36 meses de prisión, sino 40. Pero, además, y teniendo en cuenta el grado de culpabilidad, derivado de la preparación intelectual del procesado y de que se trató de una cadena de actos cuidadosamente preparados, la pena se aumentará en 2 meses más, para un total de 42 meses de prisión.

Ahora bien, por razón del concurso con los delitos de cohecho propio y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, (artículos 141 y 146, modificado por el artículo 1° del Decreto 141 de 1980, del Decreto 100 del mismo año), el quantum se aumentará en ocho (8) meses, para un total de pena privativa de la libertad de cincuenta (50) meses de prisión.

Como quiera que los punibles de cohecho propio y contrato sin cumplimiento de requisitos legales contemplan como pena principal la interdicción de derechos y funciones públicas y la multa, también se impondrán dichas sanciones, la primera, por el lapso de la pena privativa de la libertad, y, la segunda, por el monto de veinte mil pesos (\$20.000,00).

No se condena al pago de los perjuicios, por no aparecer prueba que demuestre que se causaron.

De otro lado, como quiera que la pena privativa de la libertad no cumple el requisito objetivo que contemplaba el artículo 68 del Código Penal de 1980 (igual al 63 de la Ley 599 de 2000) no se concederá el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

También, aunque se cumple el requisito objetivo para sustituir la prisión intramural por la domiciliaria, ya que las penas mínimas previstas en los tipos penales por los cuales se condena no superan los cinco (5) años de prisión, no ocurre lo mismo con el subjetivo.

En efecto, al tenor de lo preceptuado en el ordinal segundo del artículo 38 del C. P., se impone la necesidad de que el juez estudie el “desempeño personal, laboral, familiar o social” que lleve a la conclusión “seria, fundada y motivada” de que el sentenciado no colocará en peligro a la comunidad y de que no evadirá el cumplimiento de la pena, es decir, una valoración de sus condiciones subjetivas, las que, como lo ha dicho la Sala, deben

relacionarse con los fines de la eventual ejecución de la pena, cuyo cumplimiento se inferirá a través de un pronóstico razonable.

En este caso, el doctor Vega Goyeneche, olvidando su condición de Gobernador y su fidelidad a la administración pública, no tuvo inconveniente en atentar contra su buen nombre, movido por un mezquino interés económico que lo llevó no sólo a infringir varias veces la ley penal, sino, incluso, a avalar con su firma un documento falso.

Este comportamiento revela una personalidad carente de escrúpulos frente al delito, cuando debía ser paradigma de rectitud y ejemplo para los demás, lo que permite colegir que la prevención especial y la reinserción social, solo se harán posibles mediante la prisión intramural.

Y son precisamente la gravedad, naturaleza y modalidades de los reatos imputados, los que llevan a pronosticar que si pasó por encima de la ley, cuando tenía el deber especial de acatarla, menos la respetará como simple particular y que, por ende, pondrá en peligro a la comunidad, al no estar detenido intramuralmente.

De otra parte, desde el punto de vista de la prevención general, la sociedad debe quedar notificada que la comisión de ciertos comportamientos, dada su particular gravedad, como las presentes, merecen ser tratados de manera drástica, no sólo para fortalecer su confianza en la prevalencia del derecho, desarrollar su actitud de respeto al ordenamiento jurídico y satisfacer su conciencia jurídica, sino porque un tratamiento benigno llevaría, como lo ha dicho la Sala, un mensaje de desequilibrio en la aplicación del Derecho, una sensación de apertura a la impunidad, lo que estimularía a otros a seguir el mal ejemplo, pues tendrían la expectativa de que de ser descubierto serían tratados en forma benévola y con preferencia.

En estas condiciones, al no cumplirse la totalidad de los factores que el legislador contempló para que la prisión pueda ser sustituida por la domiciliaria, se dispondrá la

captura del condenado, para el cumplimiento de la pena de prisión, cuyo lugar será el que señale el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: ABSOLVER al doctor HERACLIO VEGA GOYENECHE, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, de los delitos de falsedad ideológica en documento público, imputados con relación al contrato administrativo de compraventa celebrado con María Abey Cortés, el 31 de diciembre de 1992, y al recibo de mercancía número 289 de la misma fecha.

Segundo: CONDENAR al citado procesado a las penas principales de cincuenta (50) meses de prisión, veinte mil pesos (\$20.000) de multa e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público, con relación a la orden de alta número 3341, fechada el 31 de diciembre de 1992, cohecho propio y contratos sin cumplimiento de requisitos legales a que se referían los artículos 219, 141 y 146 del Decreto 100 de 1980.

Tercero: No conceder al procesado el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto: Téngase el tiempo que ha permanecido el doctor VEGA GOYENECHE en detención preventiva como parte cumplida de la pena privativa de la libertad.

Quinto: Para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, se ordena la captura

del condenado, quien será recluido en el lugar que señale el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Sexto: Ejecutoriada esta sentencia, se procederá a librar las comunicaciones de ley y a emitir copia auténtica de esta providencia con destino a la División de Fondos Especiales y Cobro Coactivo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para los fines previstos en la Ley 6ª de 1992 y el Acuerdo 429 de 1998 de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Séptimo: Expídanse las copias a que se hace referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

Aclaración de voto

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGÓ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

ACLARACION DE VOTO

Si bien comparto las determinaciones del fallo en cuanto se absuelve al procesado de los delitos de falsedad ideológica en documento público, imputados con relación al contrato administrativo de compraventa celebrado el 31 de diciembre de 1991 con María Abey Cortés y al recibo de mercancía número 289 de la misma fecha, y se le condena como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público, con relación a la orden de alta número 3341, cohecho propio y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no acontece igual respecto del argumento central consistente en que el tipo contenido en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980 (art. 410 de la ley 599 de 2000) define como delito la conducta de ejecutar contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

No es la pretensión hacer una exposición que termine sustituyendo las motivaciones que el fallo exhibe, sino destacar tan sólo que la postura por la que mayoritariamente opta la Sala en torno al tema da al traste con importantes desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinarios sobre las manifestaciones de voluntad de la administración pública, las formas en que ésta opera, las fases que comprende, y, en especial, lo relativo a los contratos administrativos, que en últimas han dado lugar al surgimiento y evolución de lo que en derecho administrativo se conoce como Teoría sobre el contrato estatal.

Así por ejemplo, baste con citar algún autorizado autor nacional quien destaca que “en el fondo se trata de un replanteamiento del problema de la autonomía del derecho administrativo circunscrito al capítulo de los contratos. Los países anglosajones, que quieren ver en el sometimiento a un mismo régimen jurídico una garantía de los individuos en frente del Estado, no tienen, en principio, un tipo de contrato de la administración distinto del contrato que emplean los ciudadanos. A la inversa, el derecho francés, que ha sabido combinar armónicamente los privilegios del Estado con el debido respeto de los legítimos derechos de los gobernados, ha constituido una teoría de dos modalidades de contratos: los administrativos, en que el gobierno detenta poderes especiales, y los de derecho común de la administración, en que ella obra

utilizando los mismos recursos jurídicos que están al alcance de los administrados; esta teoría es signo de esa autonomía parcial, que caracteriza al derecho administrativo francés.

“En derecho colombiano se cumplió una interesante evolución en la teoría jurídica de los contratos de la administración. Puede decirse que ella culminó con el estatuto de contratación nacional (ley 19 de 1982 y decreto-ley 222 de 1983) y la expedición del propio Código Contencioso Administrativo (decreto-ley 1 de 1984). Ahora, con la expedición de la ley 80 de 1993, se ha echado pie atrás en varios de los conceptos anteriores”.

Estos importantes avances, que han permitido una diferenciación entre el contrato de derecho privado -cuyo nacimiento a la vida jurídica por regla general consiste en el sólo acuerdo de voluntades-, y el contrato administrativo -por regla general solemne para cuyo perfeccionamiento requiere del cumplimiento de ciertos principios, trámites y formalidades especialmente previstas, sin las cuales deviene ilícito-, han dado lugar a distinguir las diferentes etapas en que en su trámite, celebración, ejecución y liquidación opera la manifestación de voluntad estatal, y las formas en que ésta se produce.

Así entonces, el legislador tiene establecido, con carácter progresivo, requisitos de existencia, validez y eficacia de cada una de las fases previa, concomitante y posterior, que componen la contratación estatal, referidas al trámite, celebración, y liquidación del contrato, y en esa misma medida ha indicado el ámbito de protección que a través de la conminación de una pena, amerita la transgresión en cada una de ellas.

Como lo he sostenido en el curso de los debates orales en que la Sala ha tenido ocasión de ocuparse del tema, el principio de legalidad o de reserva, como límite material al

ejercicio del poder punitivo del Estado, tiene fundamentación política en la constitución del modelo de estado como social y democrático de derecho, se halla íntimamente vinculado con la teoría de la tridivisión de poderes, y se asienta en la prerrogativa exclusiva del parlamento para, a través de la ley, expedir códigos y establecer limitaciones a la libertad mediante la determinación abstracta de conductas punibles y su correspondiente restricción a los derechos individuales por medio del preestablecimiento de la pena.

Parejo a este principio, se halla el de sometimiento estricto del juez al imperio de la ley, quien sólo está facultado para calificar como delito aquellos comportamientos que aparecen formalmente definidos como tales por el ordenamiento penal sustantivo, de manera escrita, estricta, cierta y previa, es decir, determinados de manera clara, precisa y con anterioridad al hecho en el estatuto punitivo.

Si bien el tipo penal contenido en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, con las modificaciones introducidas por el artículo 1º del decreto 141 de 1980, el artículo 57 de la ley 80 de 1993, y los artículos 18 y 32 de la ley 190 de 1995, y hoy en día por el artículo 410 del Nuevo código penal (ley 599 de 2000), podría catalogarse como de aquellos denominados doctrinariamente tipos penales en blanco, en cuanto para consolidar su contenido material es necesario remitirse a otros ordenamientos, especialmente pertenecientes al ámbito del derecho administrativo, ello no significa que el juez no se halle atado al principio de reserva y, con él, en la imposibilidad jurídica de llenar los vacíos que ésta presente, siéndole vedado, por tanto, establecer como penalmente relevante cualquier hipótesis que no se halle perfectamente determinada e identificable como delito.

Así entonces, bajo el entendido de que la contratación estatal corresponde a la idea de proceso complejo que involucra la necesaria realización de etapas previas, concomitantes y posteriores a la celebración del negocio jurídico, el ordenamiento penal no solamente

remite a otras disposiciones normativas que permiten establecer con precisión su alcance, sino que además, señala las etapas del trámite contractual que ameritan protección a fin de sancionar especiales comportamientos desconocedores del interés general, o que constituyen atentados a la legalidad contractual del estado, o afectaciones del patrimonio público, sin perjuicio de que conductas no comprendidas en los tipos especiales configuren otro tipo de delitos contra la administración como peculado, concusión, cohecho, o una figura delictiva distinta, como falsedad, por ejemplo.

De la lectura de los artículos 144 a 146 del Decreto 100 de 1980 (arts. 408 a 410 del Nuevo código penal), sin dificultad se establecen las etapas del proceso contractual en que en cada caso el correspondiente tipo encuentra realización:

Así, el artículo 144, establece que “el servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades incurrirá...”

El artículo 145, preceptúa que “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...”

Y el artículo 146 establece que “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para un contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá...”

Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de tramitación, aprobación o celebración del contrato, no así de la ejecución y liquidación que son posteriores a

aquellas, el interés indebido en la contratación se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes del contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas operaciones administrativas a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante.

Y el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, por su parte, encuentra realización cuando se tramita, celebra, o liquida inobservando el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiere previsto para la configuración de este delito lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, pues de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o a cualquier otro delito que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc..

Y es que en la fase ejecutiva del contrato, el servidor público puede interesarse en que, por vía de ejemplo, la entidad o persona contratista vincule como operarios o consultores a determinadas personas, o se adquieran determinados bienes con alguna empresa en particular, o se beneficie a la entidad contratista mediante la no declaración de caducidad del contrato a pesar de su incumplimiento, o se deje aplicar alguna otra sanción contractual o legalmente prevista, o se permita entregar los bienes o servicios en cantidad o calidad inferior a la contratada, o en plazos o en lugar distintos de los pactados.

No se trata, pues, de un olvido del legislador de incluir en el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la omisión de verificar la satisfacción de los presupuestos sustanciales en la etapa de ejecución, pues en ella, la voluntad de la

administración plasmada en el contrato administrativo se manifiesta, como se ha dejado expuesto, a través de las denominadas operaciones administrativas que no coinciden con la legalidad o validez del contrato, sino que corresponden a un fenómeno posterior a su existencia y perfeccionamiento y con el que se busca materializar el consentimiento expresado en aquél, es decir, hacerlo operante desde el punto de vista de su eficacia.

En tal medida, durante la fase de ejecución del contrato no solo existen obligaciones para la entidad contratante, sino prerrogativas que le permiten exigir del contratista el cumplimiento de lo convenido en los términos acordados, que se realice dentro de los plazos pactados, en el lugar estipulado, la continuación en la ejecución de lo convenido, el derecho de dirigir y de controlar su ejecución, así como la potestad de modificar unilateralmente los términos pactados para ajustarlos a las reales necesidades de la administración, pudiendo incluso rescindir el contrato o aplicar las sanciones legal o contractualmente previstas para el caso de incumplimiento.

Debido a ello, dada la característica material que ostenta la fase de ejecución contractual, por ende de las operaciones administrativas a través de las cuales se realiza, termina siendo un contrasentido exigir el cumplimiento de requisitos legales sustanciales en dicha etapa, pues además, las características distintas que ostentan no solamente cada tipo de contrato sino las estipulaciones particulares en que pueden celebrarse los pactos con la administración, harían imposible una regulación normativa que así lo estableciera por el evidente riesgo de incurrir en la utilización excesiva de elementos normativos que en la práctica conducirían a dejar en manos del juez la determinación del alcance del tipo penal.

De ahí que discrepe del criterio, implícito por demás, expuesto en el fallo en el sentido de que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa constituye “trámite”, pues, se asegura, desde mi punto de vista sin mayor análisis, que “la norma no prevé la tramitación como una etapa previa a la celebración y a la liquidación, sino como un modelo

conductual”, lo cual no se compadece con la estructura etimológica del término entendido por la Real Academia como “cada uno de los estados y diligencias que hay que recorrer en un negocio hasta su conclusión”, que en materia jurídica contractual se tiene entendido corresponde a los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de “celebración” del compromiso contractual, ni con las diversas categorizaciones establecidas por el estatuto punitivo, coincidentes con las fases que la contratación estatal ostenta.

Si la pretensión del parlamento hubiera sido conferir el carácter de “trámite” a todo el proceso contractual desde el nacimiento de la necesidad que amerita satisfacción, hasta su liquidación, la definición comportamental del delito no habría sido la contenida en el artículo 146 del decreto 100 de 1980, sino otra distinta. Habría dispuesto, por ejemplo, “el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales incurrirá en ...”, sin incluir el aparte siguiente relativo a que “o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”.

Del mismo modo, habría sido suficiente, de acuerdo a la tesis mayoritaria de la Sala que, en relación con el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, sancionara con pena al “servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación de un contrato con violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades o incompatibilidades”, sin agregar las fases de “aprobación o celebración”.

Tampoco, en relación con el tipo de interés ilícito en la celebración de contratos, habría incluido el legislador la expresión “u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”, pues, de acuerdo con la tesis mayoritaria, sobraría la distinción entre contrato y operación administrativa, siendo suficiente con sancionar al servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero en la tramitación de cualquier

contrato.

Esta manera de razonar, que a mi modo de ver contraría la voluntad de la ley, conduce a admitir que aún en la postrera fase de liquidación del contrato el servidor público encargado de ella está obligado a verificar nuevamente si en las etapas previas y concomitantes a la celebración del contrato se cumplió por ejemplo con el principio de planeación, y lo autorizaría incluso para cuestionar la legalidad de la convocatoria a contratar, la licitación o el concurso, el contrato mismo y las obligaciones adquiridas por las partes contratantes, con menoscabo de la presunción de legalidad que ampara los actos de la administración, y suplantar de tal modo la función del órgano jurisdicente de resolver las controversias que entre las partes se susciten. Es decir, un caos en materia contractual conllevando incluso la parálisis de la administración, todo lo cual repugna a la seguridad jurídica establecida de antaño a partir del principio según el cual el contrato es ley para las partes mientras éstas no lo rescindan o se declare la nulidad por el órgano competente.

Por ello resulta un despropósito sostener, como se plasmó en las consideraciones del fallo de las cuales me aparto, que “Así mismo, si se tiene en cuenta que la liquidación es el acto final del procedimiento contractual, no se entendería que el servidor público que liquida el contrato sin comprobar que se cumplió la legalidad esencial, en todo el trámite previo, incluida la ejecución, responda por la figura genérica de ‘contrato sin cumplimiento de requisitos legales’ y que, en cambio, el funcionario que directamente los inobservó (por ejemplo, al autorizar la ejecución u ordenar el pago sin haberse prestado las garantías), no responda por este punible” (se destaca).

El error en la fundamentación del fallo, radica en considerar que la presentación y aprobación de las garantías que por ley el contratista está obligado a prestar, pertenece a la fase ejecutiva del contrato, sin tener en cuenta que ella se ubica en la de celebración y perfeccionamiento sin la cual no puede iniciarse su ejecución (art. 41 inciso segundo de

la ley 80 de 1993), como igual ocurre con el registro presupuestal (artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -Estatuto Orgánico del Presupuesto), y su publicación en el Diario Unico de Contratación Pública (art. 60 de la ley 190 de 1995).

Significa esto, que en la aludida materia no sufrió modificación lo dispuesto por el artículo 51 del derogado Decreto ley 222 de 1983, que establecía: “Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos” (se destaca), como igualmente el artículo 299 ejusdem prohibía la ejecución de contratos no perfeccionados.

De conformidad con el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, “La garantía única a que se refiere el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía”.

A tenor de lo dispuesto por el artículo 18 ejusdem, “La entidad contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente decreto”.

Y, en el parágrafo del artículo 8º del Decreto 855 de 1994, se establece que “En los contratos de menor cuantía y que no requieran formalidades plenas, la entidad estatal

determinará la necesidad de exigir la garantía única prevista por la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la naturaleza y forma de ejecución de las prestaciones a cargo de las partes, y podrá prescindir de ella cuando no exista riesgo para la entidad estatal”.

De manera que en tratándose, en este caso, de una cláusula inherente al perfeccionamiento y validez del contrato, conforme se exigía por el artículo 51 del Decreto 222 de 1983, su omisión se ubica en el ámbito de la celebración de contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, y no en la fase de ejecución.

Ratifica lo anterior la presentación de los hechos que se hace en el fallo, en el sentido de que “Aparece demostrado en el expediente que la señora María Abey Cortés, en su calidad de única inscrita en el registro de proveedores, ofreció, el 29 de diciembre de 1992, a la Gobernación del Departamento del Vaupés, la venta de 225 tambores de gasolina roja y de 222 de A.C.P.M, por un valor unitario de \$ 1.850,00 y \$1.879,00, respectivamente, para un total de \$ 51’646.180,00 y que el entonces Gobernador, fundado en razones de urgencia, profirió la Resolución No. 0154 adjudicándole el contrato de compraventa, el que se dice se celebró en esa fecha, estableciéndose como requisitos para su validez, la publicación en el Diario Oficial, el pago del impuesto de timbre, la aprobación de las garantías y la disponibilidad y el registro presupuestal, habiéndose efectuado ese mismo día el registro presupuestal y dada la orden de pago a favor de la contratista, toda vez que el Almacenista General del Departamento, mediante orden de alta No. 3341, avalada por el procesado, y el recibo No. 289, hizo constar el ingreso de los 447 tambores del combustible por el valor total del contrato.

“La póliza de garantía se prestó el 14 de enero de 1993 y se aprobó al día siguiente, cuando se retiró y pagó el cheque por el valor total del combustible” (Se destaca).

Así las cosas, considero atinados los planteamientos del Fiscal general de la nación al formular acusación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues “El procesado HERACLIO VEGA GOYENECHE, en su calidad de representante de la Administración Departamental, pretermitió un requisito de naturaleza esencial y comenzó expidiendo una orden de pago autorizando a la Tesorería Departamental para cancelar el valor o cuantía comprometida, cuando ni siquiera se había otorgado el respaldo por parte de la contratista frente a un eventual incumplimiento de su parte...” (se destaca), y, por tanto, hacían innecesario trasladar la imputación al ámbito de la ejecución de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, la cual, a más de no estar expresamente prevista por el ordenamiento punitivo, como se ha dejado expuesto, corresponde a presupuesto legal esencial de la celebración y perfeccionamiento del contrato.

fernando e. arboleda ripoll

magistrado

fecha ut supra.