

Proceso N° 13681

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado acta N° 095

Bogotá, D. C., julio diez (10) de dos mil uno (2001).

ASUNTO

Se procede a resolver la casación interpuesta por la Fiscal Sexta Seccional contra la sentencia del Tribunal Superior de Armenia, que confirmó la absolución de GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO y ÁLVARO URREA MONTOYA, por tramitación de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, y revocó la condena proferida contra el último por concusión.

HECHOS

El 29 de diciembre de 1994, la Gobernación de Quindío celebró, en Armenia, un contrato de compraventa de bienes, mediante el cual enajenó como chatarra aproximadamente 94 toneladas de maquinaria del Departamento, como volquetas y camperos en desuso, a \$250 el kilo, por valor total de \$ 23'500.000, siendo el comprador Héctor Horacio Calderón Segura. En la tramitación, particularmente en la etapa pre-contractual, en la que intervinieron el Secretario de Hacienda GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO y el jefe de almacén ÁLVARO URREA MONTOYA, no fueron cumplidos algunos requisitos legales

esenciales.

El denunciante Héctor William Cerón expresó que, antes de la adjudicación, le entregó \$60.000 al último, exigidos para invitar a almorzar a ROA RESTREPO, con el fin de finiquitar lo referente a la asignación del contrato, para el cual Cerón había presentado oferta.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía Primera Seccional de Armenia abrió investigación y su homóloga Sexta oyó en indagatoria a CIRO ALDANA, HÉCTOR WILLIAM CERÓN y GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO, y declaró persona ausente a ÁLVARO URREA MONTOYA. El 20 de noviembre de 1995 decretó la detención preventiva de todos ellos (fs. 318 y Ss. cd. 3), providencia recurrida, dando lugar a que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Armenia precluyera la instrucción a favor de los dos primeros.

Cerrada la instrucción, el 19 de marzo de 1996 fue proferida resolución de acusación contra ROA RESTREPO y URREA MONTOYA, por celebración indebida de contratos, y al último también por concusión (fs. 176 y Ss., cd. 4), enjuiciamiento que adquirió firmeza el 16 de mayo de 1996, cuando fue confirmado por la Fiscalía Delegada de 2ª instancia (f. 220 y Ss., ib.).

Correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Armenia adelantar el juicio y, realizada la audiencia pública, el 24 de octubre de 1996 absolvió a los procesados del cargo de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, pero condenó a ÁLVARO URREA MONTOYA por concusión, imponiéndole 2 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y la obligación de indemnizar los perjuicios respectivos (fs. 320 y Ss., ib.). Este fallo fue apelado por la Fiscalía, originando que el 26 de mayo de 1997 el Tribunal Superior de Armenia, en decisión dividida, absolviera también por la concusión, confirmando lo demás (fs. 406 y Ss. ib.), mediante

sentencia que es objeto de casación interpuesta por la instructora.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación es formulado el único cargo al fallo impugnado, por violación directa del artículo 146 del Código Penal, al haber sido interpretado erróneamente.

La impugnante señala que la interpretación que dieron los juzgadores a dicha norma fue contraria a su esencia y finalidad, porque la hicieron aplicable únicamente al representante legal de la entidad contratante, dejando por fuera a los servidores públicos que intervinieron en el trámite y la liquidación del contrato estatal, sin observar los requisitos legales esenciales, debiendo también responder y, por eso, en el precepto figuran los verbos rectores tramitar, celebrar y liquidar, los cuales concuerdan con las tres etapas de la contratación pública.

Anota que el trámite se refiere a la fase previa a la suscripción del contrato, que no siempre es desarrollada por el representante legal, para el caso el Gobernador, sino por subalternos. La celebración es la formalización del contrato por escrito y la efectúa el representante legal o el servidor en quien haya delegado. En la liquidación no necesariamente interviene aquél, sino otros funcionarios, como el tesorero.

Dice que el Tribunal dio una interpretación errónea al artículo 146 del Código Penal, porque le atribuyó al Gobernador la realización de todo el proceso de venta de activos, con lo cual liberó de responsabilidad al Secretario de Hacienda, quien dirigió la etapa previa a la celebración del contrato, y al jefe de almacén.

Expresa que el ad quem confirmó la absolución, a pesar de reconocer la existencia del hecho típico y antijurídico, con el argumento de no haber delegación del Gobernador, que sólo se exige para la celebración y no con relación al trámite y la

liquidación.

Manifiesta que el Secretario de Hacienda era un empleado de nivel ejecutivo y, por tanto, tenía competencia legal para intervenir en el proceso de contratación, sin que requiriera delegación expresa del Gobernador, como erradamente exigió el sentenciador de segundo grado.

Por lo anterior, solicita casar el fallo y condenar a los acusados por el delito consagrado en el artículo 146 del Código Penal.

ALEGACIÓN DE NO IMPUGNANTE

El procesado GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO dice que la demanda no cumple con los requisitos formales previstos en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, como no haberse identificado la sentencia impugnada, al sólo hacerse mención del fallo del Tribunal, cuando está compuesta por la de primera y segunda instancia.

Sobre lo sustancial, estima que la recurrente confunde la liquidación del contrato con su ejecución y la resolución 1334 de 1993 con el Decreto 0354 de 1993. Agrega que el secretario de hacienda no tiene como función la venta de activos.

En cuanto a la delegación, señala que el Gobernador, en materia contractual, tiene competencia para dirigir y celebrar contratos, según el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, y no solamente para lo último, al contrario de lo fraccionadamente indicado por la demandante, con el propósito de acomodar su errónea interpretación. Por eso, el artículo 7° del Decreto 679 de 1994 consagra la desconcentración de los actos y trámites contractuales, lo cual supone que esta facultad reside en cabeza del representante legal. Además, la delegación debe hacerse por escrito.

Anota que los actos previos al contrato, como la orden de apertura del proceso de

selección del contratista o la prórroga de los plazos establecidos durante el proceso de selección, son de competencia del representante legal de la entidad, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, si tales actos fueron realizados por persona diferente, debe acreditarse por escrito la delegación, porque no puede ser tácita ni verbal.

Concluye que el Tribunal admite que un servidor público, distinto al representante legal, puede realizar la conducta tipificada en el artículo 146 del Código Penal, pero para ello se requiere la delegación en forma debida y, por ende, no se violó directamente la ley sustancial por interpretación errónea, pues el fallador es consecuente con la preceptiva que complementa aquella norma.

Solicita inadmitir la demanda o, en su defecto, no casar la sentencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que la demanda no está llamada a prosperar, pero que se impone la anulación desde la resolución de acusación, que estima errónea.

Señala que, según las normas atinentes a la delegación en materia de contratación administrativa, resulta claro que el Gobernador, como representante legal, tiene la potestad de delegar la celebración del contrato y, en caso de hacerlo, la responsabilidad penal por las irregularidades que se deriven de dicha celebración recaerá en el delegado, de conformidad con el artículo 211 de la Carta. Pero los secretarios departamentales tienen la obligación de intervenir en el proceso de contratación hasta su celebración, sin que se requiera delegación, por ser una función determinada en la ley.

Agrega que la dirección del trámite contractual, que le corresponde al representante

legal, no implica que los demás empleados del ente territorial, que intervienen en las distintas etapas de contratación, sólo puedan hacerlo por delegación.

De ahí, dice que si está probado que GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO, Secretario de Hacienda departamental, tuvo participación activa en el trámite de la compraventa de la chatarra, con la colaboración de su subalterno ÁLVARO URREA MONTTOYA, como jefe de almacén, y si además se admite, como ocurrió en las instancias, que en la tramitación hubo procedimientos irregulares y se permitió que el contratista obtuviera provecho ilícito, debe concluirse que incurrieron en el delito previsto en el artículo 146 del Código Penal, en la modalidad de tramitar, pese a no existir delegación para el efecto, la cual sólo se exige para celebrar el convenio.

No obstante, sostiene que no es posible casar, porque los juzgadores no se preocuparon por establecer los requisitos esenciales del contrato, que en caso de incumplimiento hace que se transforme en otro negocio jurídico o pierda su esencia como tal, sin que puedan equipararse a las causales de nulidad absoluta o relativa.

Anota que en la compraventa es esencial el acuerdo en cuanto a la cosa y el precio, sin estar condicionada a los procedimientos que sirven para lograr dicho acuerdo. La cosa estaba constituida por un lote de chatarra, de la que hacían parte unos automotores que no podían seguir siendo unidades automotrices y, por eso, no había que especificarlos. Estuvo identificada como “lote de chatarra”, fue determinada en el aviso y hubo una diligencia de reconocimiento y avalúo en la que participaron los oferentes, lo cual permitió su individualización.

Señala que los bienes eran inservibles o destruidos y clasificados como chatarra clase A, algunos de los cuales podían ser recuperados con altas inversiones económicas, pero no por ello perdían la calidad de inservibles, que debían ser dados de baja.

Dice que en el aviso se indicó la cantidad aproximada de chatarra, sin ser obligatorio

reconocer la misma cantidad como objeto del contrato, porque no se vendió determinado peso, sino un lote, cuyo peso se estableció al momento de la enajenación y no con el aviso de intención.

Manifiesta que el acuerdo de voluntades se hizo sobre cosa y precio, y éste dependía de cierto monto por kilo. Si el precio pagado fue insuficiente o si la cantidad de chatarra entregada fue superior a la del contrato, no tiene incidencia en los requisitos legales esenciales, sino en la exacción al tesoro público.

Considera así que no se tipifica el delito descrito en el artículo 146 del Código Penal y la Fiscalía incurrió en error insalvable al calificar la instrucción, con afectación del debido proceso, imponiéndose declarar la nulidad de lo actuado a partir de dicha providencia, pues la conducta investigada constituye peculado, debido a que mediante las irregularidades cometidas en el proceso contractual, se logró la apropiación, en beneficio del contratista y quizás de alguno de los procesados, de dinero del Estado, además de haberse podido configurar interés ilícito en la celebración de contrato.

Por lo anterior, solicita desestimar la demanda, pero casar oficiosamente la sentencia y declarar la nulidad, a partir de la providencia que calificó el mérito de la instrucción, inclusive.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- La Fiscal Sexta Seccional de Armenia, en acucioso cumplimiento de su función, impetra que se case la sentencia absolutoria recurrida, porque el ad quem no tuvo en cuenta que los sindicatos intervinieron en la fase precontractual del convenio estatal, mediante el cual la Gobernación de Quindío vendió chatarra, sin cumplir con los requisitos legales esenciales, incurriéndose en la conducta descrita en el artículo 146 del Código Penal.

Aunque la impugnante anuncia que el cargo lo formula por interpretación errónea de dicha disposición legal, se advierte que el desarrollo de la censura corresponde a falta de aplicación, sentido de violación que realmente es el imputado, sin que esa incongruencia formal impida que la Sala efectúe el examen de lo planteado.

El juzgador estimó que ROA RESTREPO, Secretario de Hacienda, y URREA MONTOYA, jefe de almacén, no estaban llamados a responder penalmente por el delito en mención, así hubieren existido irregularidades en el trámite de dicho contrato, ante la ausencia de delegación expresa, siendo el representante legal del ente territorial quien “debe apersonarse de la actividad contractual y por consiguiente velar porque el trámite se cumpla con absoluta observancia de lo previsto en la Ley 80 de 1993 y los decretos que la reglamentan, sin que las equivocaciones o errores de buena o mala fe de sus subalternos lo releven de responsabilidad en tales eventos”.

Se pierde de vista que el proceso administrativo de contratación es complejo y requiere la intervención de diversos servidores públicos, ya que toda la actuación no puede estar a cargo del representante legal de la entidad.

Ahora, para dilucidar lo planteado sobre la delegación debe acudirse al estatuto de contratación administrativa, artículo 12 entre otros, que establece que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia, para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos, en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes.

El precepto hace referencia a dos fenómenos distintos: la delegación de competencia para celebrar convenios y la desconcentración de licitaciones o concursos, su manejo, desarrollo y evaluación, o sea, su radicación en otras dependencias de la entidad, sin perjuicio de las directrices que corresponde trazar al representante legal,

para que la actuación de los subalternos se sujete al interés general.

No puede interpretarse que la delegación cubre los dos eventos, al contrario de lo señalado por el no impugnante, al ser etapas diferentes de la compleja contratación estatal, que no cabe radicar en su totalidad en el representante legal. Esta conclusión es robustecida con lo previsto en otros preceptos de la Ley 80 de 1993, que en su artículo 25, numeral 9° indica que en dichos procesos intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad, que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

Igualmente, en el numeral 10° ejusdem se establece que los jefes o representantes de las entidades podrán delegar la facultad para celebrar contratos, en los términos previstos en el artículo 12 de dicha ley, mientras que el inciso segundo del numeral 7° del Decreto 679 de 1994, señala que la desconcentración implica la atribución de competencias para la expedición de actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso, pero no incluye la adjudicación o celebración del contrato.

De tal manera, el representante legal puede delegar la competencia para contratar, sin que la intervención de diferentes servidores en otras fases requiera de delegación, como en los casos de desconcentración o participación de miembros de unidades asesoras o ejecutoras que actúan por mandato legal, o empleados que deban hacerlo dentro de la distribución de funciones, según lo reglamentado en la entidad, como concluyó el representante del Ministerio Público y al contrario de lo argumentado por el no impugnante.

Esta interpretación atiende el principio de economía que rige la contratación estatal, pues atentaría contra la celeridad y la óptima utilización de la fuerza laboral, que la ley exigiera al representante legal la realización de todo el proceso respectivo, entre otras razones, ante la gran cantidad de contratos que deban ser celebrados.

En lo concerniente a un departamento, sin perjuicio de la intervención obligatoria que normativamente corresponda a los respectivos secretarios, el Gobernador, representante legal per se, está facultado por la ley para delegar la celebración de contratos.

Claro está, de otra parte, que la responsabilidad penal por las conductas punibles en que se incurra, sólo puede corresponder a quien las realiza y mal se pretendería transferirla a una persona ajena al acto doloso y exenta de culpa, todo ello compaginado con lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, en cuanto la delegación exime de responsabilidad administrativa al delegante, “la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”, que no ha de ser la penal, en cuanto ésta atañe exclusivamente al sujeto activo correspondiente y no como indicaron los juzgadores, el no impugnante y el Procurador Delegado, al pretender extender el alcance del precepto a otras materias.

Lo aclarado tampoco se opone a la observancia de lo dispuesto en el ordinal 1° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, en cuanto al jefe de la entidad le corresponda ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y escoger contratistas, pues generalmente tiene la dirección de la actuación contractual, en razón de la estructura piramidal de la administración pública, y los subalternos deben someterse a los parámetros que él trace, también en materia de contratos.

A GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO, Secretario de Hacienda, le correspondía responder por la correcta ejecución del sistema presupuestal y velar por el buen manejo del erario departamental, según el ordinal 9° del artículo 25 del Decreto 354 de 1993. En el presupuesto de 1994 se aprobó la enajenación de activos, por \$ 100'000.000, atendiendo la autorización de la Asamblea para obtener estos recursos con la venta de bienes inutilizados del Departamento. Así, dicho funcionario intervino en el trámite del contrato, que transfirió la propiedad estatal de algunos vehículos considerados como

chatarra.

2.- Ya se precisó que la normatividad que rige la contratación administrativa no exige delegación para que el servidor público, indicado por la preceptiva correspondiente, pueda actuar en la fase precontractual; sin embargo, debe examinarse si los requisitos esenciales, a que hace referencia el artículo 146 del Código Penal, son únicamente los que han de cumplirse en la celebración del convenio, o involucran también los de aquella fase previa y los de la liquidación del contrato. El Procurador Delegado conceptúa que sólo están abarcados los requisitos propios de la formalización escrita del acuerdo de voluntades.

No obstante estar frente a un contrato cuyo contenido se regula en el ámbito del derecho privado, no debe perderse de vista que es un convenio que realiza la administración pública y sus objetivos y alcances tienen que estar sometidos al interés general, en procura del bien común.

Por ello, no se puede tener en cuenta sólo lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil, que hace referencia al contenido esencial del contrato, porque el convenio estatal tiene otras exigencias básicas, adicionales a lo que se conoce como elementos sustanciales del negocio jurídico y el artículo 146 del Código Penal incluye tres estadios cardinales de la contratación administrativa, involucrando de tal manera requisitos legales esenciales en la tramitación, en la celebración y en la liquidación del contrato estatal.

Se observa además que en el trámite del contrato se deben aplicar los principios de planeación, transparencia y escogencia objetiva. Su celebración ha de estar ceñida a la estricta legalidad, con cumplimiento de los requisitos de existencia y validez. La liquidación también debe seguir el principio de legalidad y la conmutatividad, pues se procura dejar resuelta cualquier diferencia económica entre las partes.

Así mismo, el principio de planeación impide que el trámite, la escogencia del contratista, la celebración, la ejecución y la liquidación del contrato se improvisen, debiendo respetarse las directrices técnicas, presupuestales, de oportunidad y de mercadeo, emanadas de la ley.

De ahí que en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 se establezca que, con la suficiente antelación a la apertura del procedimiento de selección y a la firma del contrato, según el caso, se elaboren los estudios, diseños y proyectos requeridos, para que la administración en tiempo oportuno conozca cada uno de los aspectos del objeto de la contratación. Lo que se pone en juego es la indemnidad de la administración pública, sin que sea aceptable que al momento de formalizar el contrato subsistan dudas sobre su necesidad, la calidad de los bienes o servicios y los precios del mercado, imponiéndose así mismo la objetividad en la selección (art. 29 ib.).

Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Esto último aparece regulado en los ordinales 2°, 3° y 4° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 14 del Decreto 855 de 1994, al disponer que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir informes, conceptos y decisiones que se rindan y adopten, además de fijar un aviso en donde se invita a presentar propuestas, cuando se trata de enajenación de bienes estatales a través de contratación directa.

3.- Sobre el seguimiento de estos requisitos esenciales en el trámite contractual, en la sentencia de primera instancia, que conforma unidad inescindible con la de segundo grado en aquello que fue materia de confirmación, se señaló:

“Aquí sí se observan graves irregularidades, porque el procedimiento asumido por la administración Gómez Ramírez no fue el que legalmente correspondía, al desconocerse otras disposiciones sobre la baja de vehículos... luego de dar la baja

respectiva de los inventarios de vehículos y posteriormente de alta para ingresarlos de nuevo al almacén, pero ya en el rubro de inservibles y así disponer de los mismos, con la calidad que pretendían vender, es decir, chatarra... eso sí, antes de sacarlos de la esfera de dominio del departamento, y no como sucedió en el caso de marras, que se vendieron unos objetos como chatarra, figurando todavía en los inventarios como automotores.”

Se aprecia que el juzgador hace referencia a la inaplicación del principio de planeación, en donde el objeto de la contratación debía estar previamente establecido con nitidez, sin que se prestara a equívocos, en la calidad o en la cantidad.

En octubre de 1994, Henry Ortega Barrios efectuó un avalúo de ciertos bienes, considerados por él como chatarra muy especial, porque incluyó automotores reutilizables, aconsejó que debía venderse el lote, en donde había chatarra tipo C y valoró en \$ 50 cada uno de los 184.750 kilos. Sin embargo, en el aviso del 16 de noviembre siguiente, aparece que se trata de 100 toneladas de chatarra y GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO aclara que era menos cantidad, porque el perito avalúo más elementos de los que correspondían. Dictamen que no fue tenido en cuenta en ese momento, porque el 21 de noviembre de 1994, el jefe del almacén departamental ÁLVARO URREA MONTOYA solicitó a las Empresas Públicas de Armenia y al SENA la designación de un “técnico, que esté en condiciones de identificar y valorar unos elementos (chatarra), los cuales se encuentran ubicados en los talleres del sur- vía al Valle”. Es decir, fue realizada la convocatoria sin saber cuál era la supuesta chatarra por vender ni su precio en el mercado.

El mencionado aviso no se fijó, como se desprende de la inspección judicial efectuada, en donde se indicó que no presentaba signos reveladores de tal acto; de la declaración de Leticia Maya Bernal, empleada de la Secretaría de Hacienda, que declaró haberlo mecanografiado, pero no fijado, ante lo expuesto por ANTONIO ROA de ser ella quien lo

había hecho; y de que ninguno de los deponentes lo viera en carteleras o paredes de la sede de la entidad territorial. Se incumplió con este requisito esencial en el trámite de la contratación directa, con violación de la publicidad y del principio de imparcialidad o transparencia, al impedirle a la comunidad enterarse de la convocatoria y poder participar con sus propuestas, pues ya se tenía ilegalmente escogido quien sería el favorecido.

El 21 de noviembre de 1994, el jefe de almacén comunicó a varias personas que podían observar la chatarra y hacer las ofertas. Debe destacarse la nota entregada a Héctor William Calderón, con dirección en Bogotá, quien el mismo día respondió que pagaría \$250.000 por tonelada, oferta que se consideró la mejor, por el mayor precio, y le fue adjudicado el contrato, según acta del 24 de noviembre siguiente.

El 28 de noviembre de 1994, ÁLVARO URREA MONTOYA y Fernando Osorio Zapata, delegado de talleres de departamento, “reconocieron” y calcularon el peso aproximado de los bienes. De esta forma la maquinaria fue calificada como chatarra y se efectuó la selección respectiva, la cual no fue recomendada por el perito inicial y beneficiaría al adquirente, pues a pesar de haber sido catalogados como chatarra, eran elementos reutilizables y el comprador Héctor Horacio Calderón Segura, en ejecución del contrato celebrado el 29 de diciembre de 1994, llevó varias volquetas a otro taller y posteriormente a una de ellas le instaló motor, que permitió su funcionamiento.

O sea, el convenio se tramitó sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, con el propósito de obtener un provecho para el contratista (ingrediente subjetivo del tipo), a quien se le facilitó el camino para que adquiriera, a precio de chatarra, unos automotores y, por eso, quintuplicó el precio base, pues de todas maneras el negocio le reportaba significativa ganancia, si se tiene en cuenta el precio de chatarra que para ese época era de \$55.000 la tonelada, según copia de factura expedida por ECOPETROL en negocio diferente, y el comprador no la iba a adquirir a \$ 250 el kilo para venderlo a 55,

56, o \$ 57, de conformidad con el valor a que estaban comprando las siderúrgicas del Pacífico y Occidente y Acerías de Caldas, en 1992 y 1993 (f. 293, cd. 3).

Por tales razones el cargo está llamado a prosperar, pues los juzgadores se equivocaron al absolver a los implicados, al considerar que no se les había delegado la función de celebrar el contrato de venta de activos del ente territorial, no obstante reconocer que hubo irregularidades durante la actividad contractual; cuando la intervención de subalternos en el trámite previo no requiere tal delegación y esto es lo imputado, al no cumplir los requisitos legales esenciales durante la fase precontractual, sin que tales exigencias estén referidas exclusivamente a la celebración del convenio, al contrario de lo argumentado por el representante del Ministerio Público.

Lo indicado en párrafos precedentes revela que tales actividades se enmarcan en la conducta descrita en el artículo 146 del Código Penal, modificado por las Leyes 80 de 1993 y 190 de 1995, que tipifica como delito el trámite, la celebración y la liquidación de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Comportamiento antijurídico que vulneró el bien jurídico de la administración pública, en cuanto a la transparencia que debe existir en la actividad contractual del Estado, que ha de estar siempre orientada a satisfacer el interés general, y en lo relacionado con la propiedad de los bienes estatales, pues el trámite para la enajenación de maquinaria en tales condiciones, estaba destinado a la celebración de un contrato en detrimento del patrimonio público.

Se reprocha así a GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO y ÁLVARO URREA MONTOYA haber obrado dolosamente, con conocimiento y voluntad, pudiendo actuar de manera lícita, pues eran conscientes que tramitar el contrato en las condiciones anotadas en precedencia, vulneraba el bien jurídico de la administración pública, que debían proteger y, sin embargo, procedieron a realizar durante la fase contractual las irregularidades en

menCIÓN.

La Fiscalía acusó al primero de ser autor, pues se desempeñaba como Secretario de Hacienda e intervino en el trámite del contrato de venta de activos; le dictó a la empleada Leticia Maya Bernal el aviso que debía fijarse durante dos días, pero no se puso en conocimiento del público; le comunicó a Héctor Calderón que le había sido adjudicado el contrato, y señaló a su dependiente y jefe de almacén departamental que esa "Secretaría ha tomado la decisión de dar de baja inventarios de bienes del departamento, para posteriormente venderlos al público, los lotes de chatarra y materiales inservibles que se encuentran en los talleres departamentales de la vía al Valle. En consecuencia... proceda a informar sobre los elementos que constituyen los mencionados lotes, los costos... y si es posible establecerlos históricamente, o en su defecto un avalúo... establecido por peritos", según oficio del 26 de diciembre de 1994, librado tres días antes de la celebración del contrato. Además, que las ofertas debían llegar a dicha Secretaría, como se señaló en el aviso. También le indicó al almacenista que entregara por escrito las convocatorias a quienes participarían como oferentes.

También acusó como cómplice en dicho hecho punible, a ÁLVARO URREA MONTOYA pues como jefe del almacén departamental le correspondía dirigir, controlar y participar en los estudios de avalúos y reavalúos de las propiedades departamentales y adelantar las gestiones necesarias para mantener actualizados los inventarios, de conformidad con el Decreto 354 de 1993. Fue quien comunicó a los interesados que podían realizar sus ofertas, por manifestación del Secretario de Hacienda del Departamento de Quindío, recibió éstas, las llevó a la Secretaría de Hacienda, solicitó la designación de peritos para el avalúo tardío de los bienes, pero no esperó que el evaluador de la Empresas Públicas de Armenia lo hiciera, sino que efectuó la mencionada inspección de "reconocimiento", en donde hizo la selección de los elementos por vender, con el concurso de un empleado de talleres, quien no era calificado para realizar tal labor, como se lo expresó el jefe de la división de equipos Federmán Jiménez Cleves.

Establecida la responsabilidad, se debe tasar la pena, por lo cual en lo concerniente a GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO, se calculará entre los extremos de 4 a 12 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con el artículo 146 del Código Penal, asumiendo por favorabilidad la modificación efectuada por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, que disminuyó la multa, todo en concordancia con lo dispuesto por el artículo 52 de dicho estatuto penal.

En consideración a los parámetros previstos en los artículos 61, 64 y 67 de tal Código, referentes a la gravedad y modalidades del delito, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente, se debe destacar:

Es evidente la gravedad del delito, porque se utilizó la contratación estatal para propiciar el aprovechamiento particular indebido, con el consiguiente desprestigio de la administración pública, que siempre debe estar orientada a la satisfacción del interés general y a velar por la protección del patrimonio del Estado.

El grado de culpabilidad también se refleja en haber simulado el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, durante el trámite de la contratación directa, para favorecer a una persona determinada con la adjudicación del contrato.

Se debe además tener en cuenta que dicho procesado carece de antecedentes penales, pero aprovechó el cargo que desempeñaba, no para ejercerlo con transparencia, sino con el fin de propiciar el menoscabo de la propiedad estatal, al facilitar al contratista la obtención de un provecho económico indebido.

De otra parte, tratándose de un desvío de la función oficial y ante la falta de congruencia en la duración de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, que aplicándose como principal no debe ser menor a la que resultare como accesoria, subirá en

proporción mayor a la privativa de la libertad para hacerla igual a ésta, en una interpretación sistemática de los preceptos respectivos.

Por lo anterior, no se puede imponer el mínimo a GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO, sino 57 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y multa de 12 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por haber incurrido en la tramitación de contrato sin cumplir los requisitos legales esenciales.

Respecto de ÁLVARO URREA MONTOYA se deben tener en cuenta las mismas directrices y aspectos indicados en precedencia, al igual que lo estipulado en el artículo 24 del Código Penal, al haber sido acusado de complicidad en el delito en mención. De tal manera, la pena oscila entre 2 y 10 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y multa de 5 a 41, 66 salarios mínimos legales mensuales.

Adicionalmente a lo ya señalado, los contactos previos con quienes posteriormente serían oferentes, haber entregado personalmente las comunicaciones sobre la convocatoria en lugar de fijar el aviso, recibir de la misma forma los sobres contentivos de las ofertas, llevarlas a la Secretaría, efectuar la selección indebida de los bienes a vender sin esperar la intervención del perito que solicitó, son actos reveladores de dedicación y eficacia mal aplicada, en la ayuda proporcionada al entonces Secretario de Hacienda para la comisión del hecho punible (art. 61, ib.).

Por eso, dentro del marco punitivo antes señalado, la pena será igual a la impuesta al autor, menos una tercera parte ($57-19 = 38$), esto es, 38 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de 8 salarios mínimos legales mensuales legales vigentes ($12-4 = 8$).

De otra parte, se observa que no hay lugar a condena en perjuicios, porque el trámite del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales (art. 146 C. P.) no generó daño emergente ni lucro cesante, pues el detrimento patrimonial ocasionado se habría

materializado con la ejecución del contrato, lo cual corresponde a otra descripción típica. No existiendo daño moral que pueda afectar a una entidad pública, el desprestigio generado no se proyecta en deterioro que coloque en peligro su existencia o disminuya considerablemente su operatividad pues, no obstante el desvío de la función, la actividad del ente territorial continuó (cfr. auto del 11 de febrero de 1999, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, rad. 14.523).

La sanción privativa de la libertad que se ha establecido, impide la concurrencia del factor objetivo exigido por el artículo 68 del Código Penal para suspender condicionalmente su ejecución, por lo cual a ambos acusados se les hará efectiva la prisión, ordenándose su captura. Se tendrá en cuenta el tiempo descontado en detención preventiva y domiciliaria por GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO, sin que haya necesidad de pronunciarse sobre la devolución de la caución prestada, por cuanto ya fue ordenada por el a quo.

Por último, atendiendo en parte lo solicitado por el Procurador Delegado, como por medio del contrato de venta de bienes oficiales se pudo obtener una apropiación ilícita, propiciada por servidores públicos, con menoscabo del patrimonio del ente territorial, se ordena compulsar copias de lo pertinente para que, si no se ha hecho, se investigue el posible delito de peculado por apropiación.

En mérito de lo expuesto y oído el concepto del Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1° CASAR la sentencia absolutoria objeto de impugnación.

2° CONDENAR a GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO, identificado con la cédula

de ciudadanía 4'406.625 de Circasia, como autor de la tramitación indebida de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, imponiéndole 57 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y multa de 12 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3° CONDENAR a ÁLVARO URREA MONTOYA, identificado con la cédula de ciudadanía 7'500.219 de Armenia, como cómplice del delito indicado en el ordinal 2°, imponiéndole 38 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4° RECONOCER a GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO el tiempo que descontó en detención y declarar que no se le puede conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional, como tampoco a ÁLVARO URREA MONTOYA.

5° NO CONDENAR a la indemnización de perjuicios, por las razones anotadas en la parte motiva.

6° ORDENAR la captura de GUILLERMO ANTONIO ROA RESTREPO y ÁLVARO URREA MONTOYA, con el fin de hacer efectiva la pena de prisión. Líbrense los oficios respectivos.

7° EXPEDIR las copias señaladas en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal.

8° COMUNICAR esta decisión a las dependencias oficiales correspondientes, para el recaudo de la multa.

9° COMPULSAR copia de lo pertinente, con destino a la autoridad respectiva, para que se investigue el posible delito de peculado por apropiación indicado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
CÓRDOBA POVEDA

JORGE E.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
TRUJILLO

ÉDGAR LOMBANA

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria