

Proceso No 18454

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 33

Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil cuatro (2.004).

VISTOS:

Mediante sentencia del 26 de abril de 2.000, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar condenó a Alberto Hugo Guerra Guerra a la pena principal de 14 años de prisión, multa de \$29'896.420.00 e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 10 años, como autor de los delitos de peculado por aplicación oficial diferente, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación. También condenó a Alvaro de Jesús Daza Díaz a la pena principal de 7 años de prisión y multa de \$12'000.000.00, e interdicción de derechos y funciones públicas por 5 años, como responsable del delito de peculado por apropiación.

Impugnado el fallo, mediante decisión del 25 de enero de 2.001, el Tribunal Superior condenó a Guerra Guerra por el delito de peculado por aplicación oficial diferente a la pena principal de 24 meses de prisión y multa de \$25.000.00, al tiempo que absolvió de todos los cargos a Daza Díaz, providencia esta última que ha recurrido en casación la Procuradora Judicial Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El asunto fáctico que en sus dos orígenes diversos fue debatido en este proceso se encuentra acertadamente sintetizado en la sentencia del Tribunal, así:

“Se conoce que en marzo 3 de 1.998, los concejales del municipio de San Diego José Pastor Arzuaga, en su calidad de Presidente de la Corporación, Magdalena Murgas de Lozano, vicepresidente de la misma, José Luis Arzuaga Arzuaga, segundo vicepresidente, José Alfredo Ustariz Calderón, Alfonso Guerra Palmesano, Armando José Rubio Arzuaga, Janer Mendoza Murgas, Luis Guillermo Calderón Sehoanes, Juan Gerardo Arzuaga Rubio y Jorge Luis Guerra Murgas como concejales, denunciaron ante el Jefe de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía Seccional Valledupar, al señor Alberto HUGO Guerra Guerra, como alcalde municipal de San Diego por posibles delitos contra la Administración Pública, respecto a la contratación de implementación de obras que constituían el plan maestro de acueducto y alcantarillado de ese municipio, cuyo valor ascendía a suma superior a los mil millones de pesos (\$1.000.000.000), contrato que a pesar de su valor no se concluyó.

De la misma manera, en marzo 20 de 1.998, se hace llegar al señor Director Seccional de Fiscalía de Valledupar, un escrito anónimo en donde se hacen unas acusaciones en contra de Alberto Hugo Guerra Guerra en su calidad de Alcalde del municipio de San Diego, por cuanto éste en el afán de enriquecerse ilícitamente, realizó contratos con agentes vendedores de pólizas de capitalización dependientes de la Capitalizadora Colseguros de Valledupar, para que sirvieran de intermediarios y poder realizar una contratación de ese tipo; fue así como el señor alcalde contrató con Colseguros una póliza de capitalización que supuestamente beneficiaría al Municipio, en donde se comprometió a depositar a favor de esa compañía la suma de \$70'000.000.00 mensuales, término igual al que le restaba por cumplir el mandato constitucional que el pueblo le había dado en elección popular, dineros éstos que tomaría cualquiera

fuera la disponibilidad presupuestal, lo que creó un desequilibrio en los dineros del presupuesto.

Que después desistió del negocio, es cierto, pero de todas maneras ello perjudicó al municipio porque tuvo que hacer erogación por \$63'000.000.00 a favor de los agentes vendedores de la compañía”.

Por estos hechos dos procesos independientes fueron iniciados. El primero con fundamento en la denuncia instaurada por los ediles, atinente a las irregularidades denunciadas derivadas de la celebración de diversos contratos celebrados por el ex alcalde Guerra Guerra con miras a ampliar las redes de acueducto y alcantarillado de la cabecera municipal de San Diego (Cesar), queja criminal que condujo al adelantamiento de diligencias preliminares (fl.3 c.o.), en desarrollo de las cuales se allegaron los testimonios de los concejales denunciantes, así como se practicó inspección judicial en la alcaldía de San Diego (fl.79), obteniéndose fotocopias de los documentos relacionados con el Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado, del Presupuesto de Rentas del año 1.996 y de los diversos contratos celebrados para su ejecución (fl.136).

Estos elementos probatorios sirvieron de fundamento para que la Fiscalía Sexta Seccional de Valledupar dispusiera la apertura de formal investigación el 1° de abril de 1.998 (fl.157), escuchándose entonces en indagatoria a Alberto Hugo Guerra Guerra (fl.184), Fredy Rafael Orozco Raudales (fl.193) y Alvaro de Jesús Daza Díaz (fl.202).

Aportados los informes de planeación (fl.231), un peritaje contable (fl.fl.233) y ampliada la indagatoria a los sindicatos, así como vinculado a la investigación Algemiro Mendoza Mendoza (fl.388 c.o. 2), el 11 de mayo de 1.998 fue resuelta su situación jurídica, imponiéndoseles medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, en relación con Guerra Guerra por los delitos de contrato sin requisitos legales, peculado

y prevaricato; por estos dos últimos delitos igual determinación se adoptó respecto de Daza Díaz, al paso que los demás vinculados no fueron cobijados por medida alguna (fl.402 c.o.2).

Una vez cerrada la investigación, el 18 de enero de 1.999 fue proferida en contra de Guerra Guerra y Daza Díaz resolución acusatoria por los delitos que ameritaron su detención, al tiempo que se precluyó el asunto para los demás inculcados (fl. 818 c.o.3), decisión confirmada por la segunda instancia el 11 de mayo posterior, pero con la modificación consistente en excluir del pliego de cargos el delito de prevaricato respecto de los dos convocados a juicio y adicionar la imputación delictiva para el primero al delito de interés ilícito en la celebración de contratos (fl. 896 c.o.3).

A su turno, en lo correspondiente a las averiguaciones orientadas a determinar las conductas punibles en que se habría podido incurrir en desarrollo del contrato o convenio suscrito entre el municipio de San Diego y la Compañía Colseguros S.A., a través de la cual se suscribió una inversión en grupo cerrado de capitalización, la denuncia anónima instó la apertura instructiva el 21 de mayo de 1.998 por parte de la Fiscalía Quinta Seccional de Valledupar (fl. 23), vinculándose mediante la declaración de persona ausente a Guerra Guerra, respecto de quien hubo de decretarse caución prendaria al momento de resolverse su situación jurídica el 17 de noviembre de 1.998, por los delitos de peculado por aplicación oficial diferente y celebración de contratos sin requisitos legales (fl.143).

Cerrada la investigación, el 23 de abril de 1.999 se profirió en contra del implicado resolución acusatoria por los delitos de peculado por uso y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuya última notificación se produjo el 19 de mayo posterior.

Habiendo adquirido firmeza las resoluciones calificadorias, el 4 de junio de 1.999 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar decretó la acumulación de los procesos.

Iniciada la etapa del juicio y practicada prueba de diversa índole, fundamentalmente testimonial, así como allegadas fotocopias de las actas del Convenio celebrado entre la Alcaldía de San Diego y la firma Colseguros S.A. (fl.1017 y ss. co.4), una vez rituada la audiencia pública se profirieron las sentencias en los términos reseñados con antelación.

LA DEMANDA:

Acusa la Procuradora Judicial el fallo impugnado de ser violatorio por la vía indirecta de la ley sustancial, fundada en la primera causal de casación, en virtud de la presencia de diversos errores de hecho consistentes en falsos juicios de existencia e identidad, que conllevaron a la aplicación indebida de los artículos 68 del Código Penal y 445 del Código de Procedimiento Penal y consiguiente falta de aplicación de los artículos 26, 133 y 146 del Código Penal.

Previa cita textual del fundamento para condenar por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales contenido en la sentencia de primera instancia, observa la actora que a pesar de admitir el Tribunal la ilegalidad del contrato celebrado con la Compañía Colseguros a partir de la contravención de las normas que rigen la contratación administrativa, dado que se celebró sin acudir a licitación pública, absuelve por este delito al procesado, por atipicidad relativa de la conducta, a partir de afirmar la inexistencia de prueba demostrativa del propósito de obtener provecho ilícito para aquél, la compañía o sus asesores.

A esta conclusión llegó el Tribunal a través de la apreciación errada y falta de apreciación de diversas pruebas.

Así, desfiguró el ad quem el documento visto a folio 1.035, donde aparecen la cuantía, términos y condiciones en que se pactó el convenio, pues pese a aducir “la transparencia de la negociación” inadvirtió los propios términos del acuerdo, la

suma invertida, las calidades de las partes y el hecho de ostentar el municipio de San Diego la condición de ente territorial, lo cual forzaba la realización de licitación pública, cuya omisión tornaba ilegal el contrato y -por ende- el provecho perseguido. Su errónea apreciación condujo al ad quem a negar la presencia del ingrediente subjetivo y a revocar la condena.

Omitió a su vez el Tribunal el testimonio de Luis Roberto Hernández Hinojosa (fl.1128), con fundamento en el cual se logra determinar que el contrato se firmó con la intención de obtener un provecho ilícito; tampoco valoró el fallo la “tabla de valores de rescate” (fl.1025) anexa al convenio, en el que se aprecia el margen de utilidad para la aseguradora, derivado del valor y número de aportes y los retiros parciales que se llegaren a efectuar, de donde es muy evidente que el propósito del procesado al celebrarlo era que Colseguros S.A. obtuviera provecho patrimonial usufructuando los dineros recibidos de la administración municipal.

Ahora bien, referido al delito de peculado por apropiación, en relación con el contrato No. 017 de 1.996, el Tribunal anotó que sería contradictorio condenar al ex alcalde como contratante y a Daza Díaz como interventor, habiendo sido absuelto el contratista Orozco.

Así, pretermitió igualmente el Tribunal el oficio No. DG-00-0049 del 13 de mayo de 1.998, suscrito por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cesar (fl. 451), a través del cual se evidencia que el número de usuarios de los servicios públicos domiciliarios de San Diego alcanzaba a 1.600 suscriptores y en consecuencia que con fundamento en el artículo 8.14 del Decreto 1753 de 1.994, al encausado se le hizo saber por escrito que el programa de optimización del acueducto no requería de licencia ambiental, que sólo opera en caso de abastecimiento de agua potable a más de 5.000 usuarios.

Por tanto, se configura el delito de peculado por apropiación a favor de terceros dado que al ex alcalde procesado se le comunicó que el programa que estaba ejecutando no requería licencia ambiental y no obstante contar con esta información, decidió girar los valores del contrato al interventor Daza Díaz y al contratista Orozco.

El Tribunal fundó la absolución por este delito en que “el estudio de impacto ambiental es requisito previo para solicitar la licencia ambiental”, conclusión que habría quedado descartada si no se hubiera incurrido en errónea apreciación de dicha prueba.

Los yerros destacados, conforme queda expuesto, sustentaron la absolución de Guerra Guerra y Daza Díaz, pues si bien un fragmentario análisis del convenio lo hace parecer lícito, no puede inadvertirse la ilegitimidad de la fase precontractual, esto es, el omitirse la convocatoria a licitación ordenada en la Ley 80 de 1.993, deviniendo ilícito el acuerdo y consiguientemente también el provecho obtenido.

El fallo atacado fundó la atipicidad de la conducta del ex alcalde en la presunta legalidad del acuerdo, pese a excluir la misma cuando advierte la irregularidad consistente en omitir la licitación previa. Asimismo afirmó la transparencia en la negociación, conclusión que no era viable con fundamento en un análisis integral del proceso de contratación, del convenio mismo, de la “Tabla de valores de rescate” y del testimonio del asesor de seguros Hernández Hinojosa, que el ánimo del procesado al contratar contraviniendo las exigencias legales era permitir que Colseguros S.A. obtuviera provecho patrimonial usufructuando durante el término de duración del plan de capitalización los dineros recibidos por la administración municipal.

Para la casacionista, la ponderación de las pruebas en su conjunto, saneando los yerros que en su apreciación incurrió el sentenciador, desquicia los fundamentos del fallo, siendo así imperioso el proferimiento de la correspondiente decisión de reemplazo, solicitando -por tanto- se condene a Guerra Guerra como autor de los delitos de peculado

por aplicación oficial diferente, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación y a Daza Díaz como coautor de peculado por apropiación en cuantía de doce millones de pesos.

Réplica del no recurrente:

El inculpatado Alvaro de Jesús Daza Díaz se opone como no recurrente a las pretensiones de la demanda, señalando en primer orden en relación con el delito de peculado por apropiación referido al contrato de estudio de impacto ambiental que si el mismo no fuera necesario para los proyectos de optimización y ampliación del acueducto y alcantarillado sanitario, Corpocesar no lo hubiera ordenado ni expedido la constancia de radicación, como documento que reemplazó la licencia ambiental en el Decreto 883 de 1.987.

Para el memorialista, el Tribunal si valoró el oficio DG-00-0049 del 13 de mayo de 1.998, pues en la sentencia se consignó que si bien Corpocesar determinó que no se requería licencia ambiental, esto no significa que no requería estudio de impacto ambiental, única forma de saber si la obra deterioraba o no el medio ambiente.

Termina solicitando se investigue la conducta procesal del Ministerio Público al no haber asistido a las audiencias públicas, al fiscal acusador y al juez de primer grado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Para la Procuradora Primera Delegada en lo Penal, dado que en un primer fragmento la demandante ataca la absolución de Guerra Guerra por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y por el segundo esa misma decisión respecto del propio ex alcalde y de Daza Díaz por el de peculado por apropiación, este mismo esquema debe seguirse en orden a su respuesta.

Primer cargo.

Para la Procuradora Delegada, es evidente la impropiedad técnica de la censura al acusar falso juicio de identidad respecto de la prueba documental vista a folio 1035 y ss que contiene los términos y condiciones del contrato celebrado entre el municipio de San Diego y Colseguros S.A.

Para la Delegada, el demandante omitió demostrar en qué consistió la distorsión del contrato a través del cual el ente territorial representado por Guerra Guerra realizó una inversión en grupo cerrado de capitalización por \$70'400.000.00 mensuales, pues sostuvo que el juzgador fincó la inexistencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en la supuesta transparencia de la negociación, ignorando los términos del acuerdo, el monto de lo invertido y la omisión de licitación pública, que era de inevitable cumplimiento en razón de la cuantía y calidad de ente territorial; no obstante dichos cuestionamientos, en su criterio, no corresponden al error de hecho propuesto, pues no se orientan a demostrar distorsión alguna, sino las conclusiones del fallo.

También aduce la demanda que la sentencia omitió el testimonio de Luis Roberto Hernández Hinojosa y la tabla de valores de rescate anexa al contrato. Si bien para el Ministerio Público el Tribunal no evoca en forma específica las aludidas pruebas, esto no constituye error probatorio, pues lo que con ellas se quiso demostrar constituyen aspectos admitidos en forma expresa por el juzgador (fl. 209 c.Tri.).

No obstante, para la Procuradora es claro que a pesar de los referidos desaciertos técnicos “en lo sustancial” le asiste razón, dada la apreciación errónea de las pruebas en que incurrió el fallador, pero no desde el punto de vista de su contemplación material, sino en su valoración, al concluir que no está demostrado el aspecto subjetivo de la conducta ilícita, en clara vulneración de los postulados de la sana crítica.

No es admisible que la negociación se realizó con respeto del principio de transparencia, pues si bien al alcalde se lo asesoró en relación con las diversas cláusulas del contrato, su naturaleza, valores, rentabilidad de la inversión, etc, y todas estas características corresponden a la claridad y moralidad exigidos, este razonamiento es intrascendente, pues de nada servía que conociera dichas cláusulas cuando el mismo se celebró en abierta contradicción con el Estatuto General de la Contratación Pública, de donde, no se cumplió con la claridad y moralidad exigidas en la medida en que el contratista no se escogió por el sistema de licitación pública que correspondía, lo que vicia la negociación desde su origen, al actuar el funcionario conforme a su libre albedrío, estando fuera de toda lógica y sentido común pensar que sin estar movido por el propósito de obtener un provecho ilícito deje de realizar obras sensibles para el interés de la comunidad, tales como un acueducto veredal, la casa de la cultura, un polideportivo o una escuela, para en su lugar tomar los dineros destinados a ello y destinarlos a un plan de ahorro cerrado, que apenas le iba a reportar una tasa de interés corriente.

Es muy revelador que a pesar de lo irregular que resultaba el cambio de destinación de los dineros apropiados en el presupuesto municipal para la ejecución de ciertas obras anheladas por la comunidad y de la inconformidad que el hecho iba a causar en los electores, se omitiera la licitación pública, con lo cual se evidencia la ilicitud del provecho, según doctrina de la Corte sobre esta materia que cita.

En forma “consecuente con la lógica y el sentido común se puede concluir”, que el proceder de Guerra Guerra estaba movido por un interés ilegal.

Por tanto, para la Procuradora Delegada en relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales solicita casar el fallo.

Segundo cargo.

Carente de razón califica la Delegada el segundo reproche acusado en la demanda, toda

vez que el oficio fechado el 14 de noviembre de 1.996, expedido por la Corporación Autónoma del Cesar, en la integral lectura del documento que se elaboró está señalando con claridad -entre los términos de referencia- la realización de un estudio de impacto ambiental, ya que independientemente de que se excluyera la realización de dicho trabajo para el proyecto en su conjunto, sí era indispensable para las obras relacionadas con el alcantarillado. Así el objeto del contrato efectivamente se llevó a cabo.

Esta censura, por tanto, no debe prosperar.

CONSIDERACIONES:

Esforzándose por independizar los cargos propuestos por la Procuradora Judicial demandante contra la sentencia del Tribunal, la Delegada se ocupa de aquel relacionado con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales concerniente con la celebración de un convenio entre el municipio de San Diego y la empresa Colseguros S.A. en primer orden, para abordar en segundo lugar el reproche orientado a acusar la sentencia en cuanto absolvió a los procesados Guerra Guerra y Daza Díaz, por el delito de peculado por apropiación que se habría cometido en la celebración de un contrato de estudio ambiental que el burgomaestre llevó a cabo con este último, pese a que la obra por realizar no exigía de licencia ambiental.

Es lo evidente, para comenzar, que pese a atacar parcialmente la sentencia proferida en dos causas acumuladas que, por lo mismo, comprendían delitos autónomos e independientes, la demandante caso omiso hizo a cumplir con el deber que esa circunstancia le imponía de proyectar las imputaciones contra el fallo en forma separada y autónoma y no bajo un mismo supuesto, en el que elaboró un solo cargo entremezclando los argumentos referidos a procurar desvirtuar las presunciones de acierto y legalidad de tal proveído.

Ha debido, pues, tratándose de dos conductas independientes, así valoradas al momento de

proferirse el pliego acusatorio en cada proceso separadamente y en la sentencia abordadas bajo esa indescritible condición, formular los cargos guardando dicha autonomía, como también señalar en cada caso, entonces, el origen de la vulneración a la ley, la modalidad de los errores concurrentes para cada uno y los preceptos sustanciales quebrantados, indicando el concreto sentido de su violación.

Primer cargo.

1. No obstante esta defección de orden técnico -que no amerita desde luego la desestimación del reproche- la Procuradora recurrente abordó la censura dentro de un acápite al que integra la inconformidad con la sentencia en aquellos aspectos relacionados con la absolución proferida en favor de Guerra Guerra por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, dado que a pesar de admitirse en la sentencia del Tribunal la ilegalidad de la convención que el ex alcalde acordó con la empresa Colseguros S.A. para invertir la suma de \$70'400.000.00 mensuales -en 24 cuotas pactadas- adujo no existir prueba demostrativa del provecho ilícito, cuando la misma -en su criterio- aparecía en el expediente y en efecto está constituida por las fotocopias del propio contrato (fl. 1035), incurriendo de este modo el fallo en falso juicio de identidad.

También acusó la censora la sentencia, de omitir el testimonio de Luis Roberto Hernández Hinojosa (fl. 1128) y la "tabla de valores y rescate" (fl. 1025), en la medida en que a través de tales elementos, asegura, logra asimismo demostrarse el provecho ilícito desdeñado en la decisión del ad quem.

2. Pues bien, en relación con el documento contentivo del convenio celebrado por el procesado con la firma Colseguros S.A. el primero de mayo de 1.996, para invertir mensualmente \$70'400.000.00 en cédulas de capitalización -cumplido por tres meses-, aduce la demandante haber sido tergiversado por el Tribunal, toda vez que a través de su contenido dice estar demostrada la "transparencia de la negociación",

inadvertiendo -por tanto- los propios términos del contrato y consiguientemente el provecho ilícito pretendido con su celebración.

El Tribunal, previamente avalar los conceptos del juzgado de primera instancia, en el sentido de reconocer que a los servidores públicos no les es dable la celebración de contratos con inversión de recursos del Estado “según su antojo”, pues, les corresponde en dicha materia acatar aquellas “formalidades o requisitos de ineludible cumplimiento, como sería en lo que se refiere a una licitación o concurso público para escoger la mejor propuesta entre las varias que se presenten”, específicamente observa en relación con el contrato celebrado por el municipio de San Diego con Colseguros S.A., que si bien lo anterior es así, no resulta admisible que:

“En la celebración del contrato entre GUERRA GUERRA como alcalde del municipio de San Diego y COLSEGUROS S.A., haya habido de parte de él el propósito de un provecho ilícito en favor de la compañía y de sus asesores, esto por lo siguiente: si miramos el convenio o contrato citado, se nota la transparencia en la negociación, por eso, antes de contratar se le hizo amplia explicación en lo que consistía la negociación en grupo cerrado, jamás había riesgo para la inversión, porque siempre el beneficiario sería el municipio, se aportó toda la información dada, con las tablas de interés, valores de cuota según el tiempo y todo lo referente al asunto, al convenir los términos, se dijo, que el municipio depositaría mensualmente como valor de los 32.000 títulos, la suma de \$70'400.000.00 y el favorecido mensual sería el municipio en suma garantizada igual a \$1.267.200.00, equivalente al 1.8% del valor mensual de la cuota que lo giraría de la misma manera si el municipio lo solicitaba; que también en cualquier momento de la vigencia del contrato podría hacer retiros parciales, etc, y finalmente que al término del contrato COLSEGUROS S.A., giraría al municipio el rescate neto, el que sería igual al ahorro acumulado tenido en ese momento”.

De donde, para el ad quem, “se habría cumplido con la claridad y moralidad exigidos a

los entes públicos para esta clase de contratación”, preguntándose -a partir de ello- en dónde estaría la ilicitud si lo que hizo el ex alcalde “está contemplado como negocio lícito dentro de la contratación de seguros?”.

3. Siendo ello así, si para el Tribunal el contrato de inversión en grupo cerrado de capitalización celebrado por el ex servidor Guerra Guerra fue transparente y además cumplió con la claridad y moralidad exigibles para la contratación a los entes públicos, es incuestionable que por esta vía terminó tergiversando su contenido, toda vez que -en las condiciones en que fue suscrito- ninguno de tales principios vinculantes para la administración municipal emerge de dicho documento.

En efecto, acorde con lo dispuesto por el artículo 24 del Estatuto general de la contratación pública contenido en la Ley 80 de 1.993, “La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos”, salvedad hecha de aquellos casos a que expresa mención hace la ley, sin que de alguno de ellos participe el de inversión de los dineros del municipio como procedió el procesado.

Ni más ni menos, en virtud del principio de transparencia a que alude la citada disposición, se procura que la selección de quien debe contratar con el Estado se realice respetando la regla de igualdad, de manera tal que -en esas condiciones- se garantice a los diversos aspirantes la posibilidad de participar en el proceso de licitación o concurso y adjudicación de un contrato con una entidad pública y si -como se afirma en la sentencia- pese a que por virtud de la Ley en el caso de la inversión de recursos por la que optó el burgomaestre era imprescindible la licitación o concurso público, dadas sus características y naturaleza, solamente tergiversando su material contenido podía llegar a concluirse que el mismo se verificó con acatamiento de los principios de transparencia, moralidad, o de los que rigen la función administrativa, esto es, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209 de la C.P.).

4. Es precisamente a partir de la desfiguración del contenido material de la referida prueba que predica el Tribunal desvirtuada la concurrencia típica del provecho ilícito en la conducta del procesado, aspecto éste que ha servido a la demandante para también acusar el fallo por haber omitido el testimonio de Luis Roberto Hernández Hinojosa, en cuanto este testigo sostuvo que -en efecto- pudo constatar en su condición de intermediario entre las partes que suscribieron el convenio de inversión, que el cometido de la negociación era beneficiarse. Desde luego que aun cuando dicho declarante hace tal afirmación, este elemento normativo de contenido jurídico no admite en el caso concreto demostración a través de la prueba testimonial en mención, la que para ese propósito debe calificarse de ineficaz.

5. Es muy claro -pues así lo ha definido la jurisprudencia- que tratándose de la descripción típica del delito de contrato sin requisitos legales, en casos como el presente (frente al texto del nuevo Código Penal -artículo 410 de la Ley 599 de 2.000-) ha de valorarse la conducta con sujeción al artículo 146 de la anterior codificación sustantiva ya que por comportar ese ingrediente subjetivo una mayor riqueza descriptiva lo hace en esa medida más exigente a la hora de su adecuación.

La Corte ha tenido oportunidad de precisar, a partir de dicho supuesto, que:

“No bastaba por tanto, que el servidor público celebrare un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales para que tal conducta fuere punible, sino que además se hace necesario establecer que dicha acción la ejecutó el procesado ‘con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero’, ingrediente éste que no puede confundirse necesariamente con un aprovechamiento económico, pues otro delito se habría cometido, cuando ciertamente él obedece a otra concepción dentro de las diversas que ofrece el bien jurídico protegido, pues expresándose la administración pública de diferentes maneras, es obvio que la variedad de tipos penales que tienden a su tutela también lo hacen desde diversos

ámbitos, ya sea protegiendo directamente el patrimonio del estado, la manera como éste se compromete o utiliza, la eficiencia y eficacia de la administración, la moralidad de ésta, el comportamiento de sus servidores, etc.

El proceso de contratación administrativa, el mecanismo a través del cual el Estado y sus entes comprometen sus recursos, como función administrativa que es, “está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”(art. 209 C.N.), a través de ella “las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos” (art. 4º Ley 80 de 1.993), por eso se trata de un proceso reglado que necesariamente obedece a unos principios, a unos fines, a ciertas competencias e ineludiblemente al agotamiento de una serie de etapas y al cumplimiento de ciertos requerimientos que tienden a garantizar los fines generales del Estado y los específicos de la contratación, y a que el erario sea comprometido en un juego de oportunidades igualitarias y transparentes que garantice, ante los administrados, que no se va a arriesgar por el capricho o arbitrio del mandatario de turno; en fin, el proceso de contratación administrativa está sometido ineluctablemente al principio de legalidad, por ello el servidor público está obligado a hacer lo que en ese respecto le ordena el correspondiente estatuto, no puede, so pena de incurrir en un hecho punible, omitir tales deberes, ni inventarse, per se, un proceso de contratación, así, en últimas, resulte beneficioso de algún modo para la administración.

Lo que se protege, entonces, a través del tipo penal de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” es precisamente ese principio de legalidad de la contratación administrativa, sancionándose en consecuencia al servidor público que, al celebrar un convenio, se aparte de las exactas previsiones normativas que el legislador ha previsto para las diversas etapas de la contratación” (Unica 18.754. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, 20 de mayo de 2.003).

6. Insostenible resulta entonces afirmar -como se hace en la sentencia- que el contrato de inversión en una cédula de capitalización como el celebrado por el encausado, por aparentemente representar para el municipio cierto rendimiento financiero, excluía el propósito de aprovechamiento ilícito, pues descartado que tal ingrediente diga relación necesaria y exclusivamente a una ventaja de carácter económico, es patente que él hace referencia a cualquier interés derivado del desconocimiento del proceso reglado que ha debido mediar para llevarse a cabo el cuestionado contrato.

Desde luego que la empresa Colseguros S.A. hubo de beneficiarse con la contratación, dado que el privilegio de ser escogida directamente, no sólo supuso disponer de una suma superior a los doscientos millones de pesos, sino fundamentalmente, por el reconocimiento de su nombre y el hecho de sustentar el producto ofrecido con una experiencia de inversión de dineros públicos, utilidad que obviamente queda cobijada por los supuestos interpretativos de dicho elemento en el respectivo tipo penal, por constituir -en las condiciones dadas- un ilícito provecho, que se deriva por tanto -como ya se observó- de la manifiesta vulneración al principio de legalidad de la contratación administrativa.

7. Pero además, si se entendiere que el provecho ilícito sólo podría serlo de carácter económico, cómo negar su efectiva concreción cuando dado el presupuesto del municipio que ascendía para el año de 1.996, según Decreto No. 065 de diciembre 29 de 1.995 a \$1.310'898.182.00 (fl.116), por vía del contrato que se cuestiona se estaba comprometiendo más del 64% del mismo, con afectación de los rubros a que hizo relación el tesorero municipal en su oficio de agosto 16 de 1.996, visible a folio 1038 (c.o.4), referidos al polideportivo, casa de la cultura, escuela 21 de enero y acueducto los briles, pues eso indica que necesariamente, devendría en un imposible el cubrimiento de las 24 cuotas y que las pocas que se llegaren a pagar, como efectivamente sucedió, no tenían finalidad distinta que la de beneficiar económicamente a la entidad contratista.

Así las cosas, el cargo debe prosperar.

Segundo cargo.

No sucede igual en relación con el reproche orientado a reclamar la condena para los procesados Guerra Guerra y Daza Díaz, por el delito de peculado por apropiación, a partir de imputarle al fallo haber omitido la prueba documental obrante a folios 451 y 452 (c.o.2), esto es, el oficio DG -00-0049 expedido el 13 de mayo de 1.998, mediante el cual el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cesar informó que al ex alcalde procesado se le comunicó oportunamente que para la ejecución del “Proyecto de Optimización y Ampliación de Acueducto y Construcción del Alcantarillado en el Área Urbana” del municipio de San Diego por él adelantado, no era necesario un estudio de impacto ambiental, pese a lo cual -se sostiene- con miras a extraer del presupuesto una suma millonaria, el ex alcalde Guerra Guerra contrató una consultoría con el ingeniero Alvaro de Jesús Daza Díaz, por \$12'000.000.00, para efectos de establecer el impacto ambiental de dicha obra.

Realmente -como en forma certera lo advierte la Procuradora Delegada ante la Corte- carece de fundamento la censura, en la medida en que para concluir el Tribunal en la necesidad del estudio del impacto ambiental sí valoró la comunicación que la casacionista echa de menos, haciéndolo -por demás- en forma completa y no bajo el sesgo que plantea la demandante, porque si bien Corpocesar precisó que para efectos de la obra que se pretendía adelantar en relación con el acueducto, no se requería de licencia ambiental que se sustentara a su vez en un estudio de impacto en ese respecto, no menos cierto es que acudiendo a la fuente de la cual emanó el mentado oficio, esto es, el acto administrativo contenido en la resolución de 12 de noviembre de 1.996, el Director General de Corpocesar determinó que para el proyecto de alcantarillado, “El Municipio de San Diego deberá presentar un estudio de Impacto Ambiental, conforme a los términos de referencia que le suministre la Subdirección de Gestión Ambiental de esta

entidad" (fl.22 carpeta de anexos), lo que equivale a afirmar que la prueba que se dice omitida solo contiene una parte de la información, que necesariamente debió complementarse, como lo hizo el Tribunal, acudiendo al acto administrativo que sirvió de fundamento al precitado oficio.

El cargo, desde luego, no prospera.

Fallo de reemplazo.

A consecuencia de la prosperidad del primer cargo, dictará entonces la Sala sentencia de reemplazo, bajo el supuesto normativo vigente para la época de los hechos y por cierto más favorable, contenido en el artículo 146 del Decreto-Ley 100 de 1.980, modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1.995, de acuerdo con el cual la pena que corresponde al servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con propósito de obtener un provecho ilícito para sí, 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, es prisión de 4 a 12 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años, toda vez que ante la advertida prosperidad de la censura queda así demostrada la tipicidad de la conducta imputada al procesado ALBERTO HUGO GUERRA GUERRA, como que los elementos típicos del delito que en estas condiciones se le ha atribuido emergen, según el contenido de la censura próspera, con absoluta claridad.

Pero además, tampoco se observa en la conducta juzgada que se ha imputado al ex burgomaestre, la concurrencia de alguna causal excluyente de responsabilidad (art. 32 Ley 599 de 2.000) y sí desde luego -como ya se advirtió- la efectiva vulneración al bien jurídico objeto de tutela penal (esto es, el de la administración pública, en su expresión de legalidad de la contratación) dado -como fue precisado por el a quo- el absoluto

desprecio por aquellos preceptos propios de la contratación estatal contenidos en el Estatuto Orgánico de la materia (Ley 80 de 1.993), que condicionaba la celebración de licitación o concurso públicos, perturbándose de este modo -sin duda- la administración pública del orden municipal.

También ha de ser imputada la conducta al ex servidor Guerra Guerra a título de dolo, como que era sabedor de que al celebrar el contrato con la Compañía Colseguros S.A. en la forma como procedió, con evidente desconocimiento de las prioridades presupuestales y omitiendo las exigencias propias de un contrato de esa índole, quiso su realización, esto es, que el inculpatado siendo plenamente conocedor de los hechos constitutivos de la infracción que le era atribuida, hizo manifiesta la voluntad encaminada a su realización.

Tasación de la pena.

Así y para efectos de la dosificación punitiva, dado que la sentencia recurrida contiene igualmente condena en contra del mismo acusado por el punible de peculado por aplicación oficial diferente, debe considerarse así constituido un concurso de punibles cuya sanción ha de determinarse de conformidad con el artículo 31 del Código Penal, a partir de la pena más grave, esto es, la señalada para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que lo es de 4 a 12 años, mientras que la del peculado en mención lo era de 6 meses a 3 años de prisión y lo es en la actualidad de 1 a 3 años.

Por tanto acudiendo al método de tasación previsto en el artículo 61 de la actual codificación, que resulta más favorable en cuanto no habiéndosele imputado al procesado circunstancia alguna de mayor punibilidad la sanción no puede exceder del límite máximo correspondiente al cuarto mínimo, lo que significa, que la pena para el delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales oscila entre 4 y 6 años de prisión, multa de 10 a 20 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de

derechos y funciones públicas de 1 a 2 años. Dentro de esos marcos la individualización de la sanción –a juicio de la Corte- debe corresponder (en virtud de los criterios previstos en la misma norma, es decir la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena) a cinco (5) años de prisión, quince (15) salarios mínimos legales mensuales de multa y dieciocho (18) meses de interdicción de derechos y funciones públicas.

Ahora bien, la concreción de la pena por el delito de peculado por aplicación oficial diferente (cobijado para el caso con la favorabilidad ofrecida tanto por el anterior estatuto punitivo en lo referido al quantum, como por el actual en lo atinente a la aplicación del sistema de cuartos) en concepto de la Sala, una vez situada en el primero de los cuatro segmentos que conlleva prisión entre seis (6) meses y trece (13) meses y quince (15) días de prisión, multa de diez (10) a veinte (20) S.M.M.L.V. e interdicción entre doce (12) y dieciocho (18) meses, bien podría materializarse –de estimársele juzgado independientemente este delito- en diez (10) meses de prisión, quince (15) S.M.M.L.V. de multa y quince (15) meses de interdicción de derechos y funciones públicas.

Sin embargo, como se está frente a un concurso de conductas punibles, en aplicación del artículo 31 del Código Penal cabe predicar que el punto de partida punitivo será el señalado para el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el que será incrementado por el punible concursante en cinco (5) meses de prisión, ocho (8) S.M.M.L.V. de multa y nueve (9) meses de interdicción de derechos y funciones públicas, para totalizar así –como pena a purgar- cinco (5) años y cinco (5) meses de pena privativa de libertad, veintitrés (23) S.M.M.L.V. de multa y veintisiete (27) meses de interdicción de derechos y funciones públicas. Además de lo anterior y en calidad de accesoria se impondrá la pérdida del empleo público, dada la evidente relación existente entre la comisión de los delitos y el ejercicio de la alcaldía municipal de San Diego (Cesar), pena ésta que por igual consagra el nuevo Código Penal. (artículo 43-2 de la Ley 599 de 2.000).

Desde luego que en razón de dicha pena excluido queda el enjuiciado de hacerse beneficiario de algún subrogado penal, en términos del artículo 63 del Código Penal o de la sustitución de la prisión por domiciliaria a que se refiere el artículo 38 del mismo ordenamiento, pues en cuanto al primero es evidente que la pena excede de tres años de prisión y en cuanto al segundo si bien las conductas punibles por las que se ha procedido tienen una pena mínima inferior a cinco años de prisión, no menos cierto es que el desempeño personal y laboral del sentenciado en el entorno propio del cargo en cuyo ejercicio cometió los delitos objeto de condena, no permiten deducir seria y fundadamente, que no colocará en peligro a la comunidad o que no evadirá el cumplimiento de la pena, mas aún cuando en una de las causas aquí acumuladas su rebeldía implicó su vinculación mediante declaratoria de persona ausente, razones suficientes para que se disponga su inmediata captura a efectos de que purgue la sanción a imponer.

Finalmente, como quiera que los dos delitos en concurso objeto de la condena tienen por causa un mismo contexto fáctico, pues fue en relación con la contratación celebrada con Colseguros S.A. que se imputó la comisión de los dos punibles, el de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por aplicación oficial diferente, debe entenderse adecuada y razonable la condena que por perjuicios materiales irrogó el ad quem en cantidad equivalente a 4.000 gramos oro, así como razonable su conclusión acerca de la inexistencia de perjuicios en el orden moral.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º. CASAR parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de revocar la absolución proferida en favor del procesado Alberto Hugo Guerra Guerra por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

2º. Por ende, CONDENAR a Alberto Hugo Guerra Guerra como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

3º. Imponer en consecuencia a Alberto Hugo Guerra Guerra la pena de cinco (5) años y cinco (5) meses de prisión, multa por el equivalente a veintitrés (23) salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por dos (2) años y tres (3) meses.

4º. Condenar a Alberto Hugo Guerra Guerra a pagar como indemnización de perjuicios el equivalente en moneda nacional a cuatro mil (4.000) gramos oro a favor del municipio de San Diego (Cesar).

5º. NEGAR a Alberto Hugo Guerra Guerra la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como el sustituto de la prisión domiciliaria y en consecuencia disponer su inmediata captura, a efecto de que purgue la pena aquí impuesta.

Contra esta decisión no procede recurso alguno,

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

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Permiso

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria