

Proceso No 19734

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 107

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre del dos mil tres (2003).

VISTOS

Concluida la audiencia pública, la Sala decide el fondo del asunto dentro de la causa que, por los delitos de peculado por apropiación y celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cursó en contra del doctor Carlos Ómar Avilán Prada, en su condición de ex Gobernador (encargado) del Departamento del Guainía.

HECHOS

Mediante Decreto 287 del 3 de agosto de 1998, el doctor Arnaldo José Rojas Tomedes, Gobernador titular del Departamento del Guainía, encargó de esas funciones - durante los días 4, 5, 6, 7 y 8 de agosto siguientes- al doctor Carlos Ómar Avilán Prada, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas y Transportes, y lo facultó “para tramitar cuentas, resoluciones, decretos, nóminas y la contratación necesaria para el buen funcionamiento de la administración”.

El 6 de agosto, el doctor Avilán Prada suscribió con el señor Juan Jairo Chingate Torres el contrato 044, que también firmó el Secretario de Educación del Departamento, doctor Salvador Ruiz Espinel, mediante el cual, con destino a la última dependencia, el Departamento adquirió 7 computadoras que el señor Chingate Torres le vendió por un valor de \$34'860.000. Mediante resoluciones 270 y 427 del 18 de agosto y del 9 de noviembre de 1998, el doctor Rojas Tomedes ordenó el pago de la suma convenida. Los bienes fueron recibidos el 7 de septiembre.

Los equipos obtenidos por la administración resultaron con fallas en su funcionamiento, su precio fue superior al promedio en el mercado, no se correspondían con las especificaciones acordadas, no eran originales, y el software instalado carecía de la licencia del fabricante.

En los archivos de la Gobernación no se encontraron soportes sobre el proceso pre-contractual. Sólo se anexó una cotización que, con fecha 31 de julio de 1998, el señor Chingate Torres dirigió al Gobernador titular.

Juan Jairo Chingate Torres manifestó que el verdadero contratista fue José Mauricio Zambrano Alonso -profesor vinculado con el Departamento-, quien por \$200.000 le solicitó figurara en los documentos, le llevó el contrato para que lo firmara e hizo lo propio con una autorización para que Zambrano Alonso se hiciera al dinero pagado.

ACTUACIÓN PROCESAL

Funcionarios de la Contraloría General de la República realizaron un estudio sobre todas las actividades de la administración departamental.

Verificados los anteriores hechos, los pusieron en conocimiento del Fiscal General de la Nación, quien, luego de adelantar una indagación previa, el 7 de noviembre del 2001 abrió investigación.

El doctor Avilán Prada fue escuchado en indagatoria y el 5 de febrero del 2002 se decretó su detención como autor de los delitos de peculado por apropiación y celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El 12 de junio siguiente, fue acusado por esas conductas.

Remitido el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en audiencia pública fueron recibidas las declaraciones de los doctores Salvador Ruiz Espinel, quien en su condición de Secretario de Educación signó el contrato 044, y de Arnaldo José Rojas Tomedes, Gobernador titular, quien encargó al doctor Avilán Prada y autorizó las órdenes de pago.

EL PROCESADO

Carlos Ómar Avilán Prada nació en El Espinal (Tolima) el 11 de enero de 1961; se identifica con la cédula de ciudadanía número 93'119.614 de aquella ciudad; vive en unión libre con Inés Yolanda Parra Ramírez –secretaria de la Gobernación del Guainía-; es ingeniero de sistemas; para enero del 2002 llevaba dieciseis meses ejerciendo como Jefe de la Oficina de Planeación de la Secretaría de Salud Departamental del Guainía; durante los siete años anteriores se desempeñó como funcionario de la Gobernación, en calidad de Profesional de la Unidad de Cofinanciación, Jefe de la Oficina Socioeconómica, Secretario de Planeación, Secretario de Obras Públicas y dependiente de la Empresa de Energía Eléctrica.

LA ACUSACIÓN

El Fiscal General de la Nación fundamentó sus cargos en las siguientes razones:

1. El doctor Carlos Ómar Avilán Prada suscribió el contrato 044 el 6 de agosto de 1998, y con ello comprometió la voluntad de la Administración, para lo cual se

encontraba facultado.

2. En la celebración del convenio, se vulneraron de manera manifiesta los principios que rigen la contratación pública -publicidad, transparencia, legalidad y selección objetiva-, en cuanto:

a. No se invitó a los particulares a intervenir.

a. No hubo publicación de avisos.

c) No fueron explicadas las razones de la contratación.

d) Se omitió la recepción de otras propuestas.

e) Se aprobó la cotización presentada por un desconocido e ignorante en esas materias.

f) No se allegó ningún soporte pre-contractual.

3. El contratista Juan Jairo Chingate Torres sólo sirvió de agente simulado, pues quien en realidad vendió las computadoras fue Mauricio Zambrano Alonso. El primero, sin experiencia en la materia, prestó su nombre por \$200.000, porque el último -empleado del Departamento- se encontraba inhabilitado para contratar.

4. Se causó un detrimento patrimonial al Departamento. El precio pactado fue superior en \$9'577.750 al valor comercial promedio de los equipos, aparatos que no tenían las características pactadas, no eran de marca definida y su software no contaba con

soporte legal.

5. El procesado cometió el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos, porque desdeñó las exigencias de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 855 de 1994. Así el trámite correspondiera a otra dependencia, su deber -previo a firmar el convenio- era constatar que en verdad se habían cumplido esos presupuestos, responsabilidad que por mandato legal no podía delegar.

6. No es admisible la excusa de que el doctor Carlos Ómar Avilán Prada fue utilizado como un "instrumento", dada su trayectoria en el sector público, su condición de ingeniero y el hecho de que al ser encargado se lo facultó para contratar. Así, conocía que con su conducta infringía la ley penal, no obstante lo cual se decidió a celebrar el convenio.

7. Lo anterior, igualmente era aplicable al peculado. El irregular contrato enriqueció a un particular, en detrimento del Departamento, pues los costos fueron "inflados" y se recibieron computadoras de calidad deficiente y sin licencia. La invitación exclusiva a un solo proponente, denotaba el interés de favorecerlo.

LA AUDIENCIA PÚBLICA

1. El funcionario delegado por el Fiscal General de la Nación solicitó fallo condenatorio. Sus argumentos fueron:

a) A pesar de que en su indagatoria negó el hecho, lo cierto es que el doctor Carlos Ómar Avilán Prada suscribió el contrato 044 del 6 de agosto de 1998 y se encontraba expresamente facultado para hacerlo.

b) En el trámite de la contratación se llevaron de calle todas las normas aplicables. No se encontró documento alguno sobre la gestión pre-contractual. Solamente se

obtuvo una cotización, cuando eran necesarias, mínimo, dos. Y no hubo invitación pública por medio de avisos.

c) Las computadoras no poseían las características especificadas: no funcionaron correctamente, eran simples “clones” y el software instalado no tenía autorización. La Gobernación fue engañada, en detrimento de su patrimonio.

d) El doctor Salvador Ruiz Espinel, entonces Secretario de Educación, indicó que el Gobernador fue quien autorizó la suscripción del contrato y que la cotización tenía el visto bueno del doctor Avilán Prada, requisito éste que comportaba su aval para efectuar el convenio.

e) El acusado actuó con dolo, porque no era un advenedizo en esos procedimientos. Se desempeñó en varios cargos en la Administración, los que estaban relacionados con la contratación y conocía perfectamente el trámite legal al respecto. Por esto no se puede admitir la excusa de que fue un “instrumento” del Gobernador titular. Sus conocimientos le impedían ser un “firmón”: si hubiera revisado -como debía- los soportes del pacto, habría constatado que no cumplían ninguna exigencia legal.

f) El Gobernador encargado aprobó una cotización, sin fórmula de juicio previo -ningún documento acreditó trámites antecedentes-, con lo que dio orden de realizar el negocio.

g) Se tipificó el peculado, porque, en provecho de un tercero, hubo apropiación de dineros oficiales.

h) Su condición de ingeniero y su experiencia laboral, hacían que tuviera conocimiento; además, contaba con el apoyo de la tecnología.

2. El Procurador Delegado elevó igual petición, con similares planteamientos.

Además, explicó:

a) El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es un tipo en blanco, para cuyo análisis se debe acudir al artículo 209 de la Constitución y a la Ley 80 de 1993, sobre el respeto a los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva, postulados que no fueron acatados.

b) El mandatario encargado seleccionó al contratista con base en la simple subjetividad, en detrimento de la economía del Departamento.

c) Como se estableció que se cobró y pagó un sobreprecio de \$9'577.750, éste es el monto del peculado por apropiación.

d) La acusación que hizo el doctor Avilán Prada al Secretario de Educación, doctor Ruiz Espinel, sólo era un mecanismo de defensa inexcusable, porque el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 dispone que el acto de firmar por expresa delegación no exime de responsabilidad.

3. El defensor solicitó condena por peculado culposo -no doloso- y absolución frente al cargo de celebración de contrato sin acatamiento de las exigencias legales. Sería iluso -aclaró- que propusiera una exoneración de responsabilidad, en cuanto el sindicado violó el deber objetivo de cuidado. Expuso:

a) Objetivamente se demostró la existencia de un compromiso que irrespetó todos los requisitos de la contratación. Pero la culpabilidad no puede derivar del hecho exclusivo de firmar el documento.

b) El sindicado no tuvo conocimiento de la obligatoria fase pre-contractual -que eludió todas las exigencias legales y fue simulada-, en la que no pudo intervenir por absoluta carencia de relación funcional, pues no era el Gobernador ni sabía que sería

encargado.

El doctor Carlos Ómar Avilán Prada desconoció todos los mecanismos espurios de esa etapa previa, porque ignoraba que se estaba adelantando.

c) La defraudación no se posibilitó exclusivamente por la firma del contrato, sino por la autorización de las cuentas de cobro y el pago de las mismas, que realizaron el Gobernador titular y el Secretario de Educación. Estos –quienes se mostraron ajenos al trámite- tuvieron la posibilidad de darse cuenta de lo sucedido y por ello no debieron cancelar el dinero, pues era evidente la ausencia de todos los requisitos.

d) El fraude principal, entonces, no provino del doctor Avilán Prada. Por eso, la Sala se debe pronunciar, para que se eviten las maniobras en virtud de las cuales se delega para esquivar responsabilidad.

Culpable no fue quien suscribió el acuerdo en los cuatro días en que estuvo encargado de la Gobernación, sino quien sí podía conocer los trámites antecedentes, las necesidades para contratar y que el verdadero vendedor era el profesor Mauricio Zambrano.

e) El visto bueno que sobre la única cotización colocó el doctor Avilán Prada, se explica porque era necesario para la legalización del convenio.

f) Hubo, entonces, “autoría mediata”, porque el procesado fue utilizado como “instrumento”, porque erró al firmar y a través de esa equivocación se dominó su voluntad, consecuencia de lo cual actuó sin dolo.

g) El acusado obró con culpa. No existe duda sobre su autoría directa accesoria en el peculado. Pero esa culpa no se permite respecto del delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos.

El doctor Carlos Ómar Avilán Prada no era tan conocedor del tema, como indicaron la fiscalía y el Ministerio Público. Fue asaltado en su buena fe al ser encargado -lo que siempre se acepta como un honor y una gran oportunidad-. Pero detrás de esos encargos, muchas veces se ocultan maniobras dirigidas a que se firme por otros, para eludir responsabilidad.

Su acudido fue negligente, apresurado. Debió estudiar los documentos y no lo hizo, circunstancia que le generó responsabilidad fiscal y da lugar a la penal, pero a título de culpa.

La Sala ha sido insistente en lo importante que resulta la parte subjetiva en la conducta de celebración de contratos sin requisitos legales.

h) El Gobernador titular explicó que la parte previa la realizaba la Secretaría de Educación, dependencia que fue la que posibilitó la defraudación, a todo lo cual fue ajeno Avilán Prada, quien objetivamente no tenía posibilidad de conocer esas maniobras de atrás, que requirieron de una tramoya, de una preparación, de unos pasos previos.

i) No existe certeza sobre “el hombre de atrás”, pero se limita a uno de dos nombres: Arnaldo José Rojas Tomedes o Salvador Ruiz Espinel, quienes curiosamente negaron todo conocimiento. Cualquiera de los dos pudo direccionar el contrato.

CONSIDERACIONES

Generalidades.

1. Para que el funcionario judicial pueda dictar sentencia condenatoria, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal exige que las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, conduzcan a la certeza de la conducta punible.

2. El Fiscal General de la Nación acusó al ex Gobernador del Guainía, doctor Carlos Ómar Avilán Prada, como autor del concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previsto en el artículo 146 del Código Penal de 1980, modificado por el 57 de la Ley 80 de 1993 y por el 32 de la Ley 190 de 1995; y de peculado por apropiación, tipificado en el artículo 133 del anterior Estatuto, modificado por el 19 de la Ley 190 de 1995.

En su orden, las normas señaladas del Decreto 100 de 1980 definen las siguientes conductas:

“Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el 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, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años”.

“Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales

mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)".

3. Mediante dictamen pericial del 11 de marzo del 2002, profesionales del Cuerpo Técnico de Investigaciones, en un detallado y argumentado estudio que no fue objetado por las partes y que resulta eficaz en cuanto previo el acopio de diversas cotizaciones y la explicación técnica de sus conclusiones, establecieron en \$9'577.750 la diferencia entre lo contratado -\$34'860.000- y lo realmente entregado a la Gobernación -\$25'282.250-.

Esa cifra, entonces, constituye el detrimento al patrimonio del Departamento.

4. Para agosto de 1998, época de ocurrencia de los hechos, el salario mínimo legal mensual (Decreto 3106 de 1997) era de \$203.826. Como 50 sueldos ascendían a \$10'191.300, significa que por el monto de lo apropiado -inferior a este límite-, la conducta se ubica dentro del inciso segundo de la norma que define el peculado, esto es, que las sanciones señaladas se deben disminuir de la mitad a las tres cuartas partes.

En estas condiciones, con fundamento en el principio de favorabilidad, en materia de peculado resulta más benigna para el procesado la legislación derogada, como que en la vigente en la actualidad -artículo 397 de la Ley 599 del 2000- la sanción imponible oscila entre 4 y 10 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa equivalente al monto de lo apropiado. Por ultractividad de la ley más benéfica, en fin, se aplican las disposiciones suplidas.

Lo mismo ocurre con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales: el artículo 410 del Estatuto actual señala pena de prisión de 4 a 12 años, multa de 50 a 200 salarios mínimos e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años, en tanto que el artículo 146 derogado establece topes inferiores respecto de los dos últimos conceptos.

Aclarado ese aspecto, la Sala abordará el estudio de lo actuado, para determinar si se reúnen la exigencias del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

El aspecto objetivo de las infracciones.

1. Mediante constancia del 22 de octubre del 2001, de la Jefe de Personal de la Gobernación, y copia del Decreto 0287 del 3 de agosto siguiente, suscrito por el titular del Despacho, se acreditó que el doctor Carlos Ómar Avilán Prada, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas y Transporte, ejerció como Gobernador Encargado, durante los días 4 a 8 de agosto de 1998.

En el último acto, expresamente fue facultado “para tramitar cuentas, resoluciones, decretos, nóminas y la contratación necesaria para el buen funcionamiento de la administración, mientras dura la ausencia del titular, doctor ARNALDO JOSÉ ROJAS TOMEDES”.

El literal (b) del numeral 3°. del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, fijó en los gobernadores de departamento la competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad.

Así, por mandato legal y delegación expresa, el procesado cumplía las funciones de ordenador del gasto para el 6 de agosto, cuando suscribió el contrato 044. Mediante éste, en representación del Departamento, compró a Juan Jairo Chingate Torres siete computadoras por valor total de \$34'860.000, suma que el último recibió mediante dos cheques, del 12 de agosto, y del 9 de noviembre de 1998.

2. Los elementos entregados al Departamento del Guainía, no tenían las especificaciones de los que se compraron según la transacción: el software instalado no contaba con la licencia del fabricante, esto es, se recibieron equipos “clones” o “compatibles”; fallaba su funcionamiento; y hubo sobrecostos en el precio acordado. Esto

quedó demostrado con los documentos que la Contraloría obtuvo en el proceso de responsabilidad fiscal, con la inspección a los equipos y con el dictamen pericial dispuesto.

Tan deficientes eran las máquinas que, luego de recibir comunicaciones del ingeniero de sistemas de la Secretaría de Educación en ese sentido y de solicitar -sin éxito- que el contratista corrigiera lo pertinente, mediante resolución 034 del 30 de marzo de 1999, el Gobernador hizo efectiva la póliza que cubría el amparo por calidad y buen funcionamiento. Más adelante, el 28 de junio de ese año, argumentando que las fallas fueron solucionadas, se revocó la decisión anterior.

3. La Secretaría de Educación certificó que “revisada la carpeta del Contrato No. 044 de 1998 a nombre de JUAN CARLOS CHINGATE TORRES, referente al suministro de COMPUTADORES, no reposa ningún documento de soporte Pre-contractual que se hubiese realizado en dicha contratación”.

El único documento recibido, base para la suscripción del convenio, fue la cotización que con fecha 31 de julio de 1998 presentó el señor Juan Carlos Chingate Torres, quien ofrecía el suministro de los siete equipos, por valor unitario de \$4'980.000, para un total de \$34'860.000.

4. En diferentes intervenciones, el contratista Juan Jairo Chingate Torres manifestó que quien realmente pactó con la Gobernación fue José Mauricio Zambrano Alonso -profesor vinculado con el Departamento-, quien por \$200.000 le solicitó figurara en los papeles, le llevó el documento para que lo firmara e hizo lo propio con una autorización para que Zambrano Alonso hiciera efectivo el pago.

La versión del señor Chingate Torres resulta eficaz, en cuanto se mostró coherente, espontáneo y fue corroborado por los escritos anexos al contrato.

Inclusive fue ratificado por el profesor Zambrano Alonso, quien dio cuenta del nexos y

si bien se quiso mostrar ajeno a la ilicitud argumentando que sólo hizo un favor de cambiar un cheque, su explicación contraría la verdad, pues se opone a la lógica que el “contratista”, luego de realizar todo el trámite –que comportó elaboración y suscripción de peticiones- tuviera que acudir a un tercero para hacer efectivo un título.

Una conducta tan inocente como la alegada por el señor Zambrano resulta incoherente con actitudes tales como que ante la falla de uno de los equipos fue él –y no el “vendedor”- quien acudió a su reparación, según lo expresó a la Contraloría Ligia Dolores Martínez de Mancipe, quien lo tenía a su cargo.

Estas circunstancias muestran conforme con la verdad la “confesión” del señor Chingate Torres, máxime que la comparación de las firmas que como suyas se observan en todos los documentos relacionados con la suscripción, ejecución y pago del contrato, evidencian diferencias. Así, se ratifica la sinceridad del relato, en cuanto afirmó que varias de esas grafías no eran suyas.

5. De la relación de cuentas de la Administración para el año de 1998, deriva que, en términos del literal (a) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, eran “contratos de mayor cuantía” aquellos celebrados por montos superiores a 250 salarios mínimos legales mensuales, esto es, \$50'956.500. Por sumas iguales o inferiores a ésta, se consideraban como “de menor cuantía”, en cuyo caso la norma habilitaba la contratación directa. En el último supuesto se ubicaba el convenio objeto de investigación.

6. De los artículos 209 de la Constitución Política de Colombia, 3°. y 23 de la Ley 80 de 1993, 2°. del Decreto 855 de 1994 y 3°. de la Ley 489 de 1998, surge que la función administrativa –que comprende la celebración y ejecución de contratos- debe buscar el cumplimiento de los fines del Estado, estar al servicio de los intereses generales. Consecuencia de lo cual es que se debe desarrollar conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, eficiencia,

participación, responsabilidad, transparencia y publicidad.

Según los elementos de juicio reseñados y que las partes no controvertieron -la defensa sólo cuestionó la culpabilidad que consideró culposa y no dolosa-, estos mandatos no se cumplieron en la suscripción y ejecución del contrato 044 del 6 de agosto de 1998.

En efecto:

a) No se acreditaron las calidades técnicas del señor Juan Jairo Chingate Torres, dado que en su condición de contratista fue quien proveyó los equipos adquiridos. La omisión llevó a que una persona sin conocimiento alguno de computadoras, las vendiera a la Administración.

b) Más grave aún: no se pidieron ni facilitaron datos que permitieran la ubicación del vendedor. La cotización, las cuentas de cobro y las facturas entregadas, ninguna información suministraban sobre el particular. No existía forma alguna de localizar al proveedor para informarle la deficiencia en el funcionamiento de los equipos y para que cumpliera con las especificaciones técnicas convenidas.

c) De conformidad con el artículo 3°. del Decreto Reglamentario 855 de 1994, tratándose de la contratación directa, “y para efectos del cumplimiento del deber de selección objetiva, se requerirá de la obtención previa de por lo menos dos (2) ofertas”. No se cumplió la orden: sólo se obtuvo la que hiciera llegar el “contratista”.

d) Tampoco se dio cumplimiento a lo previsto en el inciso 5°. de la última norma, en cuanto la cuantía del contrato obligaba a hacer una invitación pública “a presentar propuestas a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días”. La única actuación previa a la suscripción del acuerdo fue la cotización del vendedor.

En el evento analizado no se podía prescindir del aviso, a pesar de que la disposición lo habilitaba, porque no se acató la exigencia legal de que por escrito se hiciera constar que “la necesidad inminente del bien” no lo permitía. Por lo demás, la forma como se desarrollaron las cosas permite inferir que no existía ninguna urgencia manifiesta para adquirir los máquinas.

e) La omisión a la obligación de dar publicidad, significó para la entidad departamental la adquisición de equipos -además de deficientes y con software ilegal- por un valor superior al promedio existente en el mercado, con infracción manifiesta del principio de economía -artículo 25 de la Ley 80 de 1993- y del deber de selección objetiva, en cuanto el Departamento no tuvo posibilidad de escoger una propuesta más favorable a los intereses oficiales, toda vez que no contó con otras que permitieran un estudio comparativo -artículo 29-.

7. Con los elementos analizados se adquiere la convicción de que el procesado, en su condición de Gobernador encargado del Guainía, y con ocasión de sus funciones como ordenador del gasto, suscribió el contrato 044 del 6 de agosto de 1998, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, circunstancia que significó, como consecuencia, un provecho ilícito real, material, para un tercero, representado en el dinero que fue cancelado en detrimento del patrimonio estatal.

Queda así demostrado que el ex Gobernador incurrió en los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y de peculado por apropiación, porque producto de aquél, un tercero obtuvo provecho ilícito. Y estos comportamientos fueron realizados en concurso heterogéneo y sucesivo: a la firma del convenio carente de las exigencias legales con el fin de lograr un provecho para otro (artículo 146 del Código Penal), siguió el evidente incremento injusto adquirido por el “contratista” (artículo 133 Id), con deterioro del tesoro departamental.

8. Ubicado el tema en la legislación aplicable, las conductas, además de típicas, son materialmente antijurídicas , porque de manera real y efectiva se lesionó el bien jurídico de la administración pública, entendido como el conjunto de reglas necesarias para el cumplimiento, conservación y fomento de los intereses generales y para regular las relaciones entre los asociados y el Estado. No se demostró, de otra parte, que esos daños hubieran sido consecuencia de actuación realizada en concurrencia de alguna de las denominadas causales de justificación, tal como las denominaba el Código Penal de 1980.

El aspecto subjetivo de las infracciones.

Es evidente que el primer delito imputado, la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos, solamente admite la modalidad dolosa, mientras el peculado puede ser cometido con dolo o con culpa. Sin embargo, la prueba indica que el doctor Avilán Prada actuó con dolo en las dos hipótesis delictivas, es decir, sabía que incurría en las conductas punibles, que con ello perjudicaba a la administración pública – finalmente a su patrimonio económico- y que al hacerlo beneficiaba ilícitamente a un tercero. Las siguientes pruebas lo corroboran:

1. El ex Gobernador fue acusado como autor. Basta mirar la documentación para percibir su firma como responsable de la contratación y de la ordenación del gasto. Y sabía que cumplía las dos funciones, circunstancia que, por lo demás, no han negado ni él ni su defensor.

2. En sus diversas intervenciones, pero en especial en la versión libre y espontánea que el acusado rindió ante los investigadores de la Contraloría General de la República, hizo un recuento detallado de su paso por diferentes dependencias del Departamento del Guainía, en la mayoría de los casos en contacto directo con el proceso de contratación. Así mismo, especificó varios de los convenios en que tuvo participación

directa, y aclaró que

“la contratación de la administración se llevaba a cabo con base en la Ley 80”.

Igualmente, en la audiencia pública reiteró que

“Aprendí a reconocer los factores de la contratación pública (Ley 80)”.

Es claro, entonces, que el doctor Avilán Prada era conocedor de la normatividad que regula la contratación y del procedimiento que debía ser seguido, como también lo ha explicado con suficiencia.

3. Si lo anterior no fuera fuerte, importaría recordar la formación profesional del acusado, así como los varios encargos que tuvo como Gobernador, aparte de los otros cargos que ha detentado en la dirección del Departamento. Todo ello permite afirmar, aún más, que sabía cómo eran celebrados los contratos, qué pasos debían ser seguidos y cuál debía ser su comportamiento como máxima autoridad de la Región.

4. Si a pesar de su experiencia y del conocimiento que tenía de la ley, al suscribir el contrato 044 omitió exigir el cumplimiento de requisitos tan evidentes como el aporte de varias propuestas, la invitación pública a la ciudadanía, o el elemental de acreditar las calidades técnicas del proveedor o siquiera su lugar de residencia, se concluye que actuó con conciencia y voluntad, pues que contraría la común ocurrencia de las cosas, que quien tiene tales antecedentes de un momento a otro se muestre tan inexperto, máxime si se tiene en cuenta que el servidor público sabe que tratándose del manejo de recursos oficiales se debe ser celoso al extremo, y aún más, cuando la función se cumple de manera tan precaria –un encargo por escasos días-.

5. En su exposición ante la Contraloría, el inculpatado, en forma razonada y coherente, es decir, veraz, afirmó que

“cuando suscribía un contrato lo hacía siempre y cuando estuvieran diligenciados los documentos requeridos por el señor Gobernador titular, es decir, que tuvieran el visto bueno del señor Gobernador, este visto bueno consistía según el patrón precontractual de contratación era que tuviera las cotizaciones, una de ellas firmada por el Gobernador titular, de pronto el oficio en la cual se ofrecía el servicio, el suministro, también con el visto bueno del Gobernador titular”.

En su indagatoria se pronunció en similares términos. Dijo:

“yo como funcionario encargado del Despacho, siempre tenía la prudencia de que la cotización seleccionada tuviera el visto bueno del señor Gobernador Titular”.

Es nítido, pues, según sus mismas palabras, que el Gobernador encargado sólo firmaba los contratos puestos a su consideración si la cotización seleccionada llevaba el visto bueno del gobernante titular.

Pero esto no sucedió en el caso del contrato 044: con los documentos, como en la audiencia ante pregunta de la fiscalía, quedó evidenciado, de una parte, que el convenio no tenía la autorización del Gobernador titular Rojas Tomedes; y, de la otra, que la aprobación o “visto bueno” posado sobre el mismo, había sido obra del doctor Avilán Prada, hecho que, desde luego, ya no pudo negar ni ocultar. Dicho de otra forma, directamente el procesado aprobó la contratación.

Con lo expuesto se demuestra, entonces, que el procesado obró dolosamente en toda la cadena comportamental que dio lugar a la tipificación de las dos infracciones.

Respuestas a los sujetos procesales.

El defensor ha planteado fundamentalmente dos puntos: en primer lugar, que se trata de un caso de autoría mediata porque el doctor Avilán Prada fue utilizado como

mero medio, seguramente por el Gobernador Rojas Tomedes o por el secretario de Educación, Ruiz Espinel; y, en segundo término, que el doctor Avilán Prada fue autor de peculado pero a título de culpa.

Se contesta:

1. Los argumentos expuestos por la Sala necesariamente conducen a excluir las dos formulaciones defensivas pues si el procesado fue autor de los hechos, no puede ser estimado como objeto de utilización por parte de otra persona. Es claro que si incurrió en conductas típicas, antijurídicas y culpables, no es posible exonerarlo de responsabilidad, como sí sucede con el hombre usado por el autor mediato. Y si se ha establecido que obró dolosamente, no es pensable acreditarle el peculado a título de culpa pues que estas dos formas de subjetividad, frente a este delito, se repelen, y frente al de contratación indebida no está prevista la segunda.

2. La autoría mediata se presenta cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el “hombre de atrás” es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad –excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable.

Ninguna de estas hipótesis es predicable del doctor Avilán Prada.

3. Afirma la defensa que el autor mediato pudo ser el ex Gobernador Rojas Tomedes o el Secretario de Educación, Ruiz Espinel, quien o quienes se valieron de Avilán Prada para la firma del contrato, pues seguramente ellos ya habían realizado todo lo atinente a la fase precontractual del mismo.

Ante ello, la Sala dice que:

a) El expediente no enseña esa hipótesis. Por tanto, el postulante de la misma parte de simples conjeturas, es decir, de aseveraciones sin fundamento alguno pues, como se ha expuesto antes, lo evidente es que no existió la denominada fase precontractual. Agréguese -para reiterar- que el único soporte de la transacción fue la cotización del señor Chingate Torres, con la cual, únicamente, se suscribió el acuerdo. Recuérdesse, además, que no se acreditaron las calidades técnicas del vendedor, ni su domicilio, no hubo invitación pública, ni el aporte de varias propuestas. Por modo que si no tuvo lugar el diligenciamiento previo, dentro de este expediente a nadie se puede señalar como responsable del mismo.

b) Si Rojas Tomedes y/o Ruiz Espinel tuvieron algo que ver en la contratación, es su responsabilidad, responsabilidad ajena a Avilán Prada, que no disuelve la suya.

4. El defensor acudió a otra circunstancia en pro de su poderdante: que Rojas Tomedes y Ruiz Espinel no hubieran sido diligentes y evitado el pago de lo convenido, con posterioridad a la firma del contrato.

Tal aspecto no elimina la conducta de Avilán Prada. Puede significar, sí, soporte para reprocharles sus propias conductas. Mas no incide en los actos previos llevados a cabo por quien signó el pacto.

Como en esencia la Sala coincide con la Fiscalía y con el Ministerio Público, se entiende que acoge sus argumentos y por ello se abstiene de entrar en detalles.

Consecuencias de los delitos.

Consecuencias penales.

1. La norma que define el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos

legales prevé como penas principales prisión de 4 a 12 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Como ya se dijo, comparada esta disposición con la nueva normatividad, es más favorable en un todo.

Si se hubiera cometido solamente este delito, es decir, si se mirara aisladamente, se tendría lo siguiente:

Como al doctor Avilán Prada no le fue imputada ninguna causal de agravación en la resolución acusatoria, pero sí opera respecto de él la gravedad del hecho (artículo 61 del Código Penal de 1980) mirada frente al bien jurídico administración pública -y su mayor concreción: patrimonio público-, las penas imponibles serían:

Prisión, cuatro (4) años, aumentada en tres (3) meses por la gravedad del hecho (artículo 61 del Código Penal de 1980), para un total de cuatro (4) años y tres (3) meses.

Multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, es decir, el mínimo, diez (10), más cinco (5).

Interdicción de dos (2) años: el mínimo, un (1) año, adicionado en otro.

2. El delito de peculado que se ha imputado (artículo 133.2 del Código Penal de 1980) establece prisión, multa e interdicción, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes respecto del artículo 133.1. En efecto:

El peculado tiene señaladas las sanciones principales de prisión e interdicción, de 6 a 15 años, así como multa equivalente al valor de lo apropiado. Este monto - \$9'577.750- resulta inferior a los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para agosto de 1998 -\$10'191.300-, previstos en el inciso segundo del artículo

133. En estas condiciones, “dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes”, con lo cual los límites punitivos son 1,5 y 7,5 años.

Como se percibe, entonces, el delito más grave es el de contratación sin el cumplimiento de los requisitos, razón por la cual se le toma como punto de partida para la dosificación del concurso. Así, la Sala impondrá las siguientes penas:

Prisión de cuatro años y nueve meses (4.9), consecuencia de cuatro años y tres meses (4.3) por el delito de contrato indebido, más seis (6) meses con motivo del concurso.

Multa de dieciocho (18) salarios mínimos legales mensuales vigentes, producto de quince (15) por la contratación indebida, más tres (3) por el concurso.

Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas durante tres (3) años, consecuencia de dos (2) años por el delito base, más otro por el peculado.

Sobre el tema circunstancias de mayor punibilidad importa acotar:

En la resolución acusatoria se hizo énfasis en el cargo desempeñado por el doctor Avilán Prada y en las funciones y deberes que en desarrollo del mismo debía cumplir. Se reiteró que se trataba de un Gobernador Encargado, hecho que permitiría pensar, como lo venía haciendo la Sala repetidamente, en la deducción de la causal de agravación prevista en el artículo 66.11 del Código Penal de 1980 -hoy, artículo 58.9 del Código Penal del 2000-. Sin embargo, es necesario precisar:

a) Las referencias del acusador apuntan a la calificante del autor, para ubicar su conducta en los dos tipos penales imputados, ambos con sujeto activo cualificado. En parte alguna, como ya se dijo, la fiscalía le acreditó el factor mencionado como motivo de incremento punitivo.

b) Si bien tradicionalmente para la Sala bastaba con el planteamiento fáctico de la investidura para deducir la agravante, en decisión del 23 de septiembre del año en curso (M. P. Herman Galán Castellanos, radicación número 16.320) amplió su criterio y a partir de allí comenzó a exigir que en la resolución acusatoria tanto la imputación del delito o de los delitos, como toda causal de agravación -genérica y específica- debía ser determinada diáfananamente desde el punto de vista fáctico y desde el punto de vista jurídico.

3. Debido a la pena que se impone, no se puede reconocer el derecho a la condena de ejecución condicional por cuanto no se satisface el presupuesto objetivo de los artículos 68-1 y 63-1 de los Estatutos penales, derogado y vigente.

4. Es viable la sustitución de la prisión física por la domiciliaria, en los términos del artículo 38 de la Ley 599 del 2000 -aplicable por resultar benéfico al procesado-, en cuanto de su situación personal, laboral, familiar y social, se deduce que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, como no lo hizo cuando en el curso de la investigación le fue reemplazada la detención preventiva por la de carácter domiciliario.

Para gozar su derecho, se tendrá como caución la que prestara cuando fue detenido en su domicilio. Pero deberá suscribir diligencia en donde se comprometa a cumplir con los requisitos del mismo artículo 38, so pena de que en caso de incumplimiento se haga efectiva la pena de prisión.

Consecuencias civiles.

Se condenará al doctor Carlos Ómar Avilán Prada a indemnizar los daños y perjuicios de orden material causados al Departamento del Guainía, que se fijan en la

suma de \$9'577.750 -valor de la defraudación al erario-, más los intereses legales que se hubieren causado desde el 7 de septiembre de 1998 -fecha en que se entregaron las computadoras- hasta el momento en que se cumpla la obligación.

Otra consecuencia.

Es de orden Constitucional. Del doctor Avilán Prada se predica, obviamente, el contenido del artículo 122.5 de la Carta Política:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”.

Otra decisión.

Se compulsarán copias del expediente y se remitirán al Despacho del señor Fiscal General de la Nación para que se determine si hay lugar o no a investigar a los doctores Arnaldo José Rojas Tomedes y Salvador Ruiz Espinel, en su orden, Gobernador titular y Secretario de Educación, pues a pesar de que en sus declaraciones en audiencia pública se mostraron ajenos a cualquier falta, pudieron incurrir en irregularidades respecto de la firma y pago del contrato 044 del 6 de agosto de 1998.

En efecto, el último suscribió el convenio y los dos autorizaron la entrega de los dineros, a pesar de que eran evidentes las falencias señaladas en esta decisión: las computadoras eran deficientes y con software ilegal, no se exigió al vendedor establecer un domicilio ni acreditar su capacidad técnica, no se aportaron varias cotizaciones ni se hizo invitación pública, el llamado a reparar daños detectados fue alguien ajeno al contratista, y las firmas que se hicieron figurar como de Juan Jairo Chingate Torres parecían diferentes a las suyas.

Con base en 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

1. Declarar al doctor Carlos Ómar Avilán Prada, de condiciones civiles y personales relacionadas en la parte motiva de esta sentencia, autor responsable del concurso de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y de peculado por apropiación, definidas en los artículos 146 y 133.2 del Código Penal de 1980, con las modificaciones hechas por la Ley 190 de 1995.
2. Imponer al doctor Carlos Ómar Avilán Prada las siguientes penas:
 - a) Prisión de cuatro años y nueve meses (4.9).
 - b) Multa de dieciocho (18) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 - c) Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas durante tres (3) años.
3. Imponer al doctor Avilán Prada la inhabilitación establecida en el inciso 5º. del artículo 122 de la Constitución Política.
4. No reconocer al doctor Avilán Prada el derecho a la condena de ejecución condicional.
5. Reconocer al doctor Avilán Prada el derecho a la sustitución de la prisión física por la prisión domiciliaria, en la forma y condiciones establecidas en la parte motiva de esta decisión.

6. Condenar al doctor Avilán Prada al pago de nueve millones quinientos setenta y siete mil setecientos cincuenta pesos (\$9.577.750) a título de daños y perjuicios, más los intereses causados hasta el momento en que cumpla la obligación.

7. Compulsar y remitir las copias a las que se hizo alusión al final de la parte de sustento de este fallo.

8. Tener como parte cumplida de la sanción, el tiempo que el doctor Avilán Prada estuvo en detención preventiva y domiciliaria.

9. Oficiar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que ejerza el control de la medida sustitutiva.

10. Expedir las comunicaciones que dispone el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO ÉDGAR LOMBANA
TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN MARINA PULIDO DE
BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria