

Proceso No 21171

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.42

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor del procesado RAMIRO MANUEL CORREA DÍAZ, contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Pasto, a través del cual confirmó el emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial en cuanto lo condenó como autor del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. También se absolvió a IRMA LEONOR FAJARDO acusada por la misma conducta, en calidad de cómplice.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos fueron resumidos por los sentenciadores de primero y segundo grado, así:

“... hacen referencia a la adquisición de un computador, la impresora y la respectiva mesa por parte del señor Director del Centro Médico Municipal de Sandoná, Nariño, Doctor Ramiro Manuel Correa por la suma de \$5.100.000,00, según convenio hecho por el señor Fabio López Insuasty, representante de la Firma ‘impresiones Alfa’, por cuanto

no se realizó contrato escrito, no se constituyó póliza, ni se exigió (sic) cotizaciones de otros proponentes, requisitos que la Ley de contratación administrativa exige para estos casos, pues el valor superó el autorizado para la contratación directa sin estas formalidades. Se dice además, que se adquirió con un sobrecosto cercano al cincuenta por ciento, incluso en la resolución acusatoria se dice que el sobrecosto fue de cien por cien”.

En virtud de las copias que remitió la Contraloría Municipal de Sandoná del proceso fiscal adelantado contra el doctor RAMIRO MANUEL CORREA DÍAZ y LEONOR FAJARDO MONCAYO por la compra de los bienes aludidos, la Fiscalía 18 Seccional de Pasto, Unidad de Delitos contra la Administración Pública, abrió investigación penal por proveído de 23 de mayo de 2000, y vinculados a través de indagatoria, les resolvió la situación jurídica mediante resolución de 4 de agosto de 2001 al abstenerse de imponerles alguna medida de aseguramiento.

Clausurado el ciclo instructivo, calificó el mérito sumarial el 14 de

marzo de 2002, con resolución de acusación en contra de RAMIRO MANUEL CORREA DÍAZ y LEONOR FAJARDO MONCAYO al primero en condición de autor y a la segunda como cómplice del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, afectando a CORREA DÍAZ con medida de aseguramiento de detención preventiva que le sustituyó, en la misma decisión, por detención domiciliaria, la cual revocó ulteriormente, cuando resolvió el recurso de reposición interpuesto por el defensor.

La fase del juicio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, despacho que tras adelantar las correspondientes audiencias preparatoria y pública, mediante fallo de 13 de enero de 2003, condenó a RAMIRO MANUEL CORREA DÍAZ como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a las penas principales de cuatro (4) años de prisión y multa en cuantía de diez (10) salarios mínimos

legales mensuales, así como a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso que la pena privativa de libertad, al tiempo que dispuso la expedición de copias a fin de investigar al procesado por el probable ilícito de peculado.

A IRMA LEONOR FAJARDO MONCAYO la absolvió del cargo de cómplice del mismo delito por el cual fue acusada.

El defensor del enjuiciado impugnó la decisión, y el Tribunal Superior de Pasto mediante fallo de 28 de febrero de 2003, la confirmó en su integridad, por lo que insiste el mismo sujeto procesal con la formulación del recurso extraordinario, cuya demanda de casación la Corte declaró ajustada a los requisitos legales y sobre la cual se recibió el concepto del Ministerio Público.

LA DEMANDA

Bajo la premisa relacionada con que el procesado debió haber sido acusado por el delito de peculado por apropiación o en favor de terceros en cuanto considera que jurídicamente no comparecen las exigencias que estructuran el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos esenciales, el recurrente al amparo de la causal tercera de casación, formula un solo cargo, por nulidad, ante el error en la denominación jurídica de la infracción.

Considera que con tal proceder se infringieron los artículos 28 y 29 de la [Constitución Política](#), 6° y 16 del Código de Procedimiento Penal y 401 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Luego de acudir a los argumentos expuestos en el recurso de apelación por el defensor que lo antecedió relacionados con que los requisitos legales esenciales del contrato son aquellos sin los cuales pierde su naturaleza o se transforma en uno distinto del

pretendido, distinguiéndose así de los elementos accidentales o accesorios y de los naturales, agrega el censor que uniformemente se admite como elementos esenciales del contrato; el objeto, precio, causa, los sujetos y el consentimiento, implicando este último la capacidad de las partes y la competencia del funcionario que compromete al Estado.

Los hechos, en su criterio, configuran una forma irregular de adquisición de un bien, que no dio lugar a la estructuración de un contrato, aserto que construye sobre la base de que no existieron convocatorias o invitaciones a terceros a cotizar el producto, no se formalizó el contrato y la negociación estuvo ausente de póliza de cumplimiento, garantía y calidad.

Asegura, que el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, reclama para su estructuración la pretermisión de los requisitos legales esenciales, la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos “y ello se puede plantear en forma gráfica, se refiere exclusivamente a los que deben contener los contratos. Al no existir éste, la figura típica violada no puede ser la ya referida”.

De este modo, afirma que la conclusión del Tribunal acerca que el procesado violó flagrantemente el régimen de contratación administrativa, con el claro propósito de obtener provecho ilícito a favor de terceros, no es cierta, porque desatender el régimen de la contratación administrativa no significa que se haya celebrado contrato, pues esa pretermisión se hizo por la vía fáctica y no por la contractual, de ahí que el tipo penal violado sería diferente.

Al no haberse formulado imputación al procesado por el delito de peculado, afirma, devinieron en su contra consecuencias desfavorables, pues no obtuvo los beneficios punitivos del reintegro efectuado del supuesto faltante, que fuera admitido por el órgano de control competente, al tiempo que se le privó de la posibilidad de que se le concediera

la suspensión condicional de ejecución de la pena.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada por las razones expuestas por el defensor. Empero, depreca se case oficiosamente en relación con la orden de expedición de copias para que se investigue al procesado por el probable delito de peculado.

Considera que si bien la vía de ataque escogida por el casacionista es la correcta, se quedó corto en el desarrollo de la censura, porque no intentó, ni logró demostrar la violación directa o indirecta trascendente de la ley sustancial.

Advierte, que la postura del demandante relacionada con la indebida aplicación del artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, con la correlativa exclusión evidente del artículo 133 del mismo estatuto, corresponde a un error de juicio, pero que seguidamente encamina la censura a una apreciación indebida de los medios de convicción a partir de los cuales debió inferirse que la conducta constituía el delito de peculado, sin que se acredite cabalmente la violación indirecta de la ley sustancial.

Señala que la crítica probatoria que hace el recurrente se aparta de las decisiones dictadas en el juicio fiscal en el cual se declaró la existencia del faltante y se aceptó el reintegro del valor del sobrecosto del bien así como la ausencia de contrato del que se predica incumplimiento de los requisitos, sin que con tal argumento logre demostrar si el error proviene de falso juicio de identidad, falso juicio de existencia, falso raciocinio, y menos su trascendencia en el fallo, quedándose simplemente tal argumento enfrentado a la estimación probatoria del juzgador.

Afirma que la demanda se reduce a un alegato libre a través del cual el censor insiste en que los hechos constituyen el delito de peculado por apropiación para rechazar el punible

de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales que le fuera imputado, estimando que ni siquiera se puede pregonar la celebración del acto contractual.

Para la Procuradora, la prueba allegada demuestra los elementos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues teniendo en cuenta el presupuesto de la entidad municipal y la Ley 80 de 1993 que regula los eventos de contratación con formalidades plenas y contratación directa, el ordenador del gasto debió observar los procedimientos precontractuales legalmente allí previstos.

Así, teniendo en cuenta que el presupuesto del Centro Médico Municipal de Sandoná era de \$464.338.354 para el año 1998, conforme con el artículo 39 de la citada ley, toda adquisición que superara el equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales para esa calenda, podía contratarse directamente, como lo permite el artículo 24 del Decreto 2150 de 1995. Sin embargo, debía someterla a las formalidades plenas, esto es, constancia por escrito, suscripción de pólizas de cumplimiento y presentación de cotizaciones, en cumplimiento del principio de selección objetiva.

Aduce que si bien ni la Procuraduría, el municipio u otro organismo se constituyeron en parte civil dentro del proceso penal para reclamar los perjuicios originados en el delito y que en la investigación fiscal se aceptó el reintegro del faltante, tales circunstancias no descartan las irregularidades contractuales, porque esa no es la función de la investigación fiscal, como sí corresponde a la penal o disciplinaria, sin que tampoco la consecuencia fiscal del comportamiento del procesado sujete la calificación penal del investigador que puede versar sobre el mal manejo de los recursos, irregularidades contractuales o bien la existencia de otros delitos.

De otra parte, señala que los requisitos legales esenciales a los cuales hace referencia el artículo 146 del anterior Código Penal no son los mismos del artículo 1502 del Código Civil, pues la contratación estatal se rige por normas legales específicas, se sujeta a los

principios de moralidad, transparencia, imparcialidad, mandatos de contenido superior que se desarrollan en la Ley 80 de 1993, por cuya naturaleza deben entenderse como esenciales, pues no se ajustaría a la hermenéutica jurídica tener como cardinal un mandato legal y accidental un principio constitucional que regula y sujeta a aquél a valores superiores.

En criterio de la Delegada, la intención del procesado de generar un provecho ilícito a favor del contratista es evidente al no someter su elección a las normas mínimas de selección objetiva, como sí lo hizo en otros contratos, por lo tanto, estima que se trató de un acto irregular y que la omisión en la aplicación del estatuto contractual estatal es lo que sanciona el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Finalmente, tras destacar que el a quo ordenó la expedición de copias a fin de que se investigara al procesado por el probable ilícito de peculado al considerar que el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales no subsume al de peculado, solicita la Procuradora la casación oficiosa respecto de tal orden, toda vez que en la resolución de acusación al denominar jurídicamente la conducta investigada el fiscal instructor la calificó como contrato sin cumplimiento de requisitos legales, decisión que debe respetarse, pues ha hecho tránsito a cosa juzgada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala se pronuncia en torno del único cargo propuesto por la defensa, advirtiendo desde ahora, como lo señaló la Delegada de la Procuraduría, que no está llamado a prosperar.

En tal sentido se observa que la censura está referida exclusivamente en torno del nomen iuris de la conducta atribuida al procesado, la que en criterio del casacionista se ajusta al delito de peculado y no al ilícito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, razón por la cual solicita la nulidad de la actuación porque al modificarse su calificación jurídica, en los términos que propone, no se guardaría la

congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia.

En tales condiciones, frente al contexto de la demanda, observa la Sala que no obstante haber escogido la vía correcta para anunciar la censura, como lo acotó la Delegada, no desarrolla de manera lógica el cargo.

Aun cuando escogió la senda de la causal primera planteando la existencia de error de juicio bajo la advertencia de que los falladores de instancia incurrieron en apreciación indebida de los medios de convicción, en el desarrollo del reproche no demuestra el libelista tal aserto, dado que no precisa si se trata de un error de hecho o error de derecho en la aprehensión, contemplación o valoración probatoria, y sobre todo, la forma como tal error se reflejó en el fallo, simplemente ensaya una crítica en orden a probar, según su convencimiento, que la conducta de su representado se acomoda exclusivamente al delito de peculado, oponiendo de esta forma su sindéresis a la del juzgador, que se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

La afirmación del casacionista relacionada con que el fallo no consideró que la conducta de su prohijado se acomoda al delito de peculado, no consulta la realidad de lo ocurrido, pues una revisión atenta de las sentencias, que como se sabe conforman un todo inescindible, permite concluir que sí examinó esa posibilidad, luego de lo cual se determinó que la misma actualiza los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, motivo por el cual ordenó la expedición de copias para que se investigue éste último ilícito, en tal sentido dijo:

“Conveniente es precisar en este momento, que dada la forma en que se tipificaba el referido delito, en cuanto incluía entre sus elementos configurativos, ese ingrediente subjetivo referente al propósito de obtener provecho ilícito, se presenta como punto álgido de establecer, la posibilidad concursal en este caso, entre el comentado punible y el

delito de peculado por apropiación en favor de terceros, pues no cabe duda alguna, que demostrado el sobrecosto, al menos igual a un cien por cien del valor real del equipo, sobresale que hubo apropiación del valor sobrefacturado a favor del contratista: La Fiscalía, al parecer, desestima la existencia del concurso entre los mencionados delitos, pues no emitió acusación por el delito de peculado, aun cuando hizo referencia al mismo en la resolución del 4 de octubre de 2002, mediante la cual se (sic) resolvió la situación jurídica del procesado, lo que hizo al considerar la existencia del delito de “Celebración indebida de contratos”, que ameritaba tal pronunciamiento, pues dada la cuantía del peculado y por ende la pena, ello no era menester, en relación con este delito.

“El Juzgado considera que en este caso es perfectamente viable la existencia de concurso real entre las mencionadas figuras delictivas, por cuanto, si bien en su momento la tipicidad contemplada en el artículo 146 del anterior Código Penal, exigía ese ingrediente subjetivo, eliminado en la nueva disposición penal, ello no significaba que ese delito subsumiera el de peculado, por apropiación por dos razones principales: una que dicho delito es formal, no exige un resultado, es decir, la obtención del provecho ilícito, pues lo que exige es el ‘propósito’ de obtenerlo, y otra, que ese provecho no solamente puede ser de carácter económico, sino de otra índole. En tales condiciones, si a parte de celebrarse un contrato administrativo sin el cumplimiento de los requisitos legales, exige apropiación de bienes del erario público, el servidor público responder también por peculado por apropiación, así sea que, como ocurre en este caso, la apropiación se haga en favor de un tercero, el señor López, que fue quien suministró el equipo de computación con exceso en el precio real, por lo que igualmente se compromete penalmente, en razón de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 80 de 1993.”¹

La Sala advierte que los juzgadores de instancia encontraron probada la comisión del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en cuanto surge evidente que RAMIRO MANUEL CORREA DÍAZ, como Director del Centro Médico de

Sandoná (Nariño) no observó los procedimientos precontractuales señalados en la Ley 80 de 1993.

Efectivamente, en primer lugar, hizo abstracción del valor del presupuesto anual fijado para el año de 1998 en \$464.338.454 para el Hospital de Sandoná, así como del mandato del artículo 39 de la misma ley, conforme con el cual toda adquisición que superara el equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes en esa anualidad a tres millones cincuenta y siete mil trescientos noventa pesos (\$3.057.390,00) debía hacerse por escrito, exigir póliza de cumplimiento y solicitar cotizaciones en orden a garantizar el cumplimiento del principio de selección objetiva, cuando aquí el valor de lo contratado fue de cinco millones cien mil pesos (\$5.100.000.00).

También la Corte destaca el acierto jurídico de los juzgadores para adecuar típicamente el comportamiento como contrato sin cumplimiento de requisitos legales en el artículo 146 del anterior Código Penal, frente a lo dispuesto en el artículo 410 de la ley 599 de 2000, pues ello no solo obedeció a los aspectos favorables de dosificación punitiva, sino principalmente, por la exigencia probatoria en relación con el complemento subjetivo del propósito destinado a obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero como configuración del delito, finalidad que desapareció en el nuevo precepto.

En este orden, el Tribunal subrayó que el computador y los demás elementos fueron adquiridos para el hospital de Sandoná, sin tener en cuenta los precios del mercado, con el claro fin de enriquecer al contratista, que incluso no se dedicaba exactamente a la venta de computadores.

En efecto, se acreditó que la compra del computador, la mesa para el mismo y la impresora fue por el doble del precio real, como quedó establecido en el informe rendido por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía², el cual indica que el

sobrepeso de tales elementos oscila entre dos millones novecientos mil pesos (\$2.900.000,00) y tres millones cien mil pesos (\$3.100.000,00), además, se hizo respecto de una empresa que dentro de su objeto comercial no tenía la venta de los mismos, pues fue él único computador que vendió en el aludido año.

El hecho de que en la adquisición de los citados elementos, el procesado no se hubiese allanado a los requerimientos de la Ley 80 de 1993, en manera alguna significa que no se haya celebrado contrato, como equivocadamente lo plantea el defensor, sino simplemente que no se observaron los requisitos legales establecidos en los artículos 24 y 39 del ordenamiento contractual estatal, situación que originó el proceso y el juicio de reproche que se le hace en la sentencia, por acomodar su conducta al tipo penal de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Para la Sala el argumento de que no se ejecutó aquella conducta prohibida porque los requisitos legales en la contratación administrativa, establecidos en la Ley 80 de 1993, son accesorios o accidentales, no constituyen más que una refutación sofística en torno de la cual se hace necesario precisar que se habla de contrato administrativo cuando la administración pública establece una relación comercial con un contratista en orden a satisfacer una necesidad³, el cual por su naturaleza no puede guiarse por el derecho privado, sino por normas especiales que garantizan el cumplimiento de los principios de la función pública previstos en la Constitución Política, de tal modo que las exigencias o requisitos de aquella ley sin duda alguna constituyen elementos necesarios o indispensables del contrato, cuya inobservancia, desde la perspectiva del derecho penal, configura delito.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Ahora, en relación con la solicitud de casación oficiosa que plantea la Procuradora Delegada, en cuanto considera que la orden de expedir copias para que se investigue al

procesado por el probable delito de peculado, vulnera el principio de doble incriminación, encuentra la Sala no le asiste razón, por lo siguiente:

Las copias ordenadas tienen como objeto investigar al doctor CORREA DÍAZ por el delito de peculado porque en criterio del juzgador, no sólo celebró el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sino que comprometió, de acuerdo con los precios del mercado, en más de lo debido el presupuesto del hospital de Sandoná al ordenar el pago de los bienes adquiridos con un sobreprecio de más del cien por ciento por el suministro de los bienes, lo cual eventualmente puede constituir un peculado cuya naturaleza deberá determinarse en la respectiva investigación.

El hecho de expedir copias para que se investigue una presunta violación a la ley penal, corresponde a una manifestación del ejercicio del deber de denunciar que le asiste a todo servidor público, actuación del juzgador que en consecuencia se ajusta cabalmente a lo normado en el artículo 27 de la Ley 600 de 2000.

Además de lo anterior, no puede cotejarse en esta sede el fallo condenatorio por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales frete a la simple expedición de copias para advertir de allí el desconocimiento del principio non bis in ídem, cuando no ha existido pronunciamiento expreso sobre el delito de peculado.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo por razón de los cargos formulados en la demanda presentada por el defensor de RAMIRO MANUEL CORREA DÍAZ.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

Excusa justificada

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 342 del c.o. 2.

2 Folio 141 del c.o. 1

3 Diccionario Jurídico Espasa Calpe, 2001