

Proceso No 27440

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 109

Bogotá, D. C., veintisiete de junio del año dos mil siete.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación que presenta el defensor del procesado LUIS ALBERTO FONSECA RODRÍGUEZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida el treinta de noviembre de dos mil seis por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual lo condenó a la pena principal de cuatro (4) años de prisión, como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, entre otras determinaciones.

1.- Antecedentes.

La cuestión fáctica fue declarada por el juzgador de la manera siguiente:

“Con motivo de visita o inspección practicada por la Contraloría Municipal- División de Contratación del Municipio de Tunja-, se hallaron algunas irregularidades como sobre costos y adulteración de cotizaciones en varios contratos suscritos en la Alcaldía de la localidad, en especial con la firma FOOREST Ltda. cuando LUIS ALBERTO FONSECA se desempeñó como Jefe de Contratación por el año 1996, y por ello fue vinculado a la investigación con base en la denuncia instaurada por el ente de control prenombrado”.

2.- Agotada la fase correspondiente a la investigación y previa clausura de ésta por la Fiscalía Trece Seccional Especial con sede en Tunja (fl. 476), el cuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra del procesado LUIS ALBERTO FONSECA RODRÍGUEZ por el concurso de delitos de peculado por apropiación, celebración indebida de contratos y falsedad ideológica en documento público (fls. 736 y ss.), mediante determinación que adquirió ejecutoria en esa instancia (fl. 775).

3.- El juicio fue asumido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Tunja (fl. 777), autoridad que llevó a cabo la vista pública (fls. 866, 983, 1077, 1101, 1138 y ss.) y el veintiocho de junio del año dos mil cinco puso fin a la instancia condenando al procesado LUIS ALBERTO FONSECA RODRÍGUEZ a la penas principales de setenta y ocho (78) meses de prisión, multa en cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena privativa de la libertad al tiempo que le negó los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, entre otras determinaciones, a consecuencia de declararlo penalmente responsable del concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación. En esa misma decisión, lo absolvió del delito de falsedad ideológica en documento público, también imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 1241 y ss.).

4.- Recurrida esta decisión por la defensa (fl. 1289), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por medio del fallo de segunda instancia proferido el treinta de noviembre de dos mil seis, resolvió declarar prescrita la acción penal en lo relativo al delito de peculado por apropiación; modificarla en lo atinente al monto de la pena principal impuesta al procesado como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que se fija en 4 años de prisión, revocarla parcialmente en lo atinente a la negativa de conceder la prisión domiciliaria y

confirmarla en lo demás (fls. 17 y ss. cno. sda. inst.).

Contra este fallo, oportunamente el defensor del procesado LUIS ALBERTO FONSECA RODRÍGUEZ interpuso recurso extraordinario de casación (fl. 85), el que fue concedido por el ad quem (fl. 89), y presentó la correspondiente demanda (fls. 95 y ss.), sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

La demanda.

Después de identificar los sujetos procesales y la sentencia demandada, y luego de hacer una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación llevada a cabo en las instancias ordinarias del trámite, con apoyo en la causal primera de casación, un cargo formula contra el fallo del Tribunal en el que lo acusa de ser violatorio, por la vía directa, de disposiciones de derecho sustancial, por falta de aplicación del artículo 3º del Decreto 855 de 1994 y la consecuente aplicación indebida del artículo 146 del Decreto 100 de 1980 que define el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Sostiene que de haberse aplicado la disposición que extraña otra habría sido la decisión adoptada. Esto en razón a que como el tipo penal descrito en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, se constituye en aquellos denominados tipos en blanco, el supuesto de hecho se halla consignado en el estatuto de contratación de que trata la Ley 80 de 1993, y las normas que lo reglamentan y modifican, en especial el Decreto 855 de 1994.

Anota que si bien en la contratación directa operan todos los principios de la contratación estatal, ellos no se desarrollan de igual manera que en la licitación o concurso públicos que es la regla general. Menciona así, que la legalidad del procedimiento para la escogencia de los contratistas a que se refiere el literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, para el momento de la ocurrencia de los hechos objeto de la

sentencia impugnada, se encontraba establecida en el artículo 3º de la Ley 80 de 1994, disposición que prevé varios procedimientos legales, o requisitos legales esenciales.

Uno es la obtención previa de por lo menos dos ofertas de proponentes; el segundo procedimiento consiste en que la escogencia del contratista se haga a partir de la selección de los precios del mercado; el tercer procedimiento se refiere a que la invitación a contratar se haga a través de aviso; el cuarto procedimiento permite prescindir de la publicación del aviso cuando la necesidad del bien o servicio objeto del contrato no lo permita y; el quinto procedimiento, dice, permite contratar directamente a la persona que esté en la capacidad de ejecutar el objeto del contrato sin que sea necesario obtener previamente las ofertas.

Indica que el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 es la disposición legal que establece los requisitos esenciales del contrato celebrado bajo la forma de contratación directa, “y los únicos cuyo cumplimiento es exigible al imputado en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad”.

En este caso, dice, el Tribunal, “en su condición de juez de segundo grado, omitió hacer el examen y el ejercicio de verificar, como era su deber, uno a uno los doce (12) contratos para establecer cuáles requisitos esenciales, de los señalados en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, plenamente determinados en el numeral segundo de este acápite de la demanda se desconocieron dolosamente por el procesado, en calidad de Director de Contratación y Suministros del municipio de Tunja. No obstante, de acuerdo con lo plasmado al inicio de este cargo, encontró demostrado el Tribunal lo siguiente, sin remitirse a la norma de remisión antes señalada, pues téngase en cuenta que en ninguna parte del fallo se hace referencia a esta disposición fundamental para la estructuración del tipo penal en blanco”.

Después de aludir a lo que en su concepto fueron las consideraciones del fallo, observa que

el Tribunal no realizó “el proceso de adecuación típica del comportamiento imputado, conforme a la norma legal de remisión y complemento del tipo penal en blanco, al omitir la aplicación del artículo 3 del Decreto 855 de 1994 con cada uno de los doce contratos”.

En tal medida, dice, el Tribunal ha debido establecer la cuantía de cada uno de los contratos, “y de esta forma determinar cuál de los cinco procedimientos señalados en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, era el aplicable a cada uno de ellos. Una vez efectuado lo anterior y establecido el procedimiento para cada caso, verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales en el procedimiento desarrollado para cada contrato”.

Agrega que el Tribunal reconoce que aunque no es un requisito legal el registro del contratista en la respectiva cámara de comercio, ello sí permitía observar el recorrido del contratista, su existencia y representación en nuestro medio, e información básica como el cumplimiento de contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas, sanciones, impuestas y el término de su duración.

Anota que fue por norma posterior a la ocurrencia de los hechos que se estableció como requisito esencial la selección del oferente en la contratación directa mediante el sistema de conformación dinámica de la oferta, lo que a su vez implica la obligación para los oferentes de presentar los documentos que acrediten la capacidad jurídica y el cumplimiento de las condiciones exigidas en relación con la experiencia, capacidad administrativa, operacional y financiera.

El Tribunal echa de menos el requisito concerniente a los términos de referencia, no obstante, a criterio del casacionista, “este requisito a que se refiere la norma en cita, y que tiene como incumplido probatoriamente, hace referencia al contenido de los pliegos de

condiciones y términos de referencia para los contratos a través de licitación o concurso públicos, mas no para la contratación directa, y no se encuentra señalado en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994 como requisito esencial”.

Agrega que el Tribunal le imputa a su asistido no haber verificado la realidad de los precios en el mercado de las cotizaciones presentadas por los presuntos proponentes, pues algunas resultaron ser falsificadas y otras con exagerados sobrecostos, con lo cual se soslayó el principio de planeación, que resulta ser requisito esencial a términos del artículo 25 -12 de la ley 80 de 1993. En opinión del censor, contrario sensu, este presunto requisito esencial tampoco se encuentra señalado en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994.

Sostiene, que para el fallador existió un buen número de minutas de contrato no revisadas por la Oficina Jurídica, y que a pesar de ello se adelantó la contratación por parte de Luis Alberto Fonseca. El casacionista, sostiene, por el contrario, que de conformidad con el artículo 3º del decreto 855 de 1994 dicha exigencia no constituye requisito legal esencial para la contratación.

Concluye entonces que los hechos, tal como procesalmente fueron demostrados, no encuadran en el presupuesto fáctico complementario del tipo penal del artículo 146 del Decreto 100 de 1980, “es decir en el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, por lo que aflora la atipicidad de la conducta por error del Tribunal en la aplicación de la norma al caso concreto”.

Después de realizar algunas otras consideraciones en torno a la aplicabilidad al caso de lo dispuesto por el decreto 855 de 1994, solicita a la Corte casar el fallo recurrido y absolver a su asistido del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (fls. 95 y ss.).

SE CONSIDERA:

Por incumplir los requisitos de admisibilidad expresamente indicados por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 2000, la Corte no tiene más alternativa que inadmitir la demanda de casación formulada a nombre del procesado LUIS ALBERTO FONSECA RODRÍGUEZ.

No obstante que el casacionista trata de acertar identificando el fallo impugnado y los sujetos procesales, así como resumir los hechos declarados probados en el fallo y la actuación llevada a cabo durante el trámite judicial, no logra lo mismo en relación con la necesidad de indicar clara y precisamente los fundamentos de la causal que aduce.

Si bien en el único cargo, formulado al amparo del motivo primero de casación, denuncia violación directa de la ley por el fallo, lo que supondría reconocer que la Corte estaría en posibilidad de proferir sentencia de reemplazo para el evento de llegar a prosperar la censura por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de un precepto de derecho sustancial, es lo cierto que no solamente no demuestra su aserto sino que indebida e inopinadamente entremezcla argumentos referidos a la causal tercera, tras sugerir que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad, lo cual hace de su discurso una mezcla ininteligible de conceptos e ideas que impiden desentrañar el verdadero propósito que el censor persigue con la presentación de la demanda.

Así, cuando era de esperarse que reconociera que fue inmaculado el trámite ordinario del proceso, y presentara su disenso en el ámbito del raciocinio estrictamente jurídico en orden a acreditar la violación directa de algún precepto de derecho sustancial por el fallo, abandona el enunciado de que dijo haber partido y sostiene que el sentenciador “omitió hacer el examen y el ejercicio de verificar,

como era su deber, uno a uno los doce (12) contratos para establecer cuáles requisitos esenciales, de los señalados en el artículo 3 del Decreto 855 de 1994, plenamente determinados en el numeral segundo de este acápite de la demanda se desconocieron dolosamente por el procesado, en calidad de Director de Contratación y Suministros del municipio de Tunja”, con lo cual da en sugerir que el sentenciador trasgredió el debido proceso por haber emitido un fallo carente de la debida motivación, denunciable al amparo del motivo tercero de casación y no del primero que erradamente invoca.

Tan particular manera de razonar, impide saber si lo que el casacionista pretende es que la Corte profiera un fallo de reemplazo sobre la base de la validez del juicio, case la sentencia y absuelva a su asistido de los cargos que le fueron formulados por atipicidad de la conducta, o declare la nulidad del fallo por defectos de motivación, nada de lo cual puede suponerse sin transgredir la verdadera voluntad del censor.

Pero aún de llegar a suponer la Corte que la nulidad del fallo no es la pretensión del censor, sino que en verdad el reparo se funda en denunciar la falta de aplicación del artículo 3º del Decreto 855 de 1994 y la consecuente aplicación indebida del tipo que define el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin dificultad alguna se advierte, que pese a los esfuerzos que realiza para demostrar el cargo, la censura permanece en su solo enunciado.

Nótese que en lugar de acreditar, pese a tener el deber de hacerlo, que el Tribunal encontró establecido probatoriamente el cumplimiento estricto, por parte del procesado, de los requisitos legales esenciales de la contratación previsto en el estatuto que rige la materia y las demás normas que le sirven de complemento y que sin embargo decidió aplicar la norma sustancial que define el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, con total desconexión de las consideraciones realizadas

por el sentenciador en la sentencia, se dedica a sostener que en su opinión los requisitos legales esenciales de la contratación son los señalados en el Decreto reglamentario de la Ley 80 de 1993 y no los previstos en ésta, con lo cual lejos está de poder demostrar la violación de la ley por el fallo, pese a ser uno de los fines del recurso extraordinario a que se acude.

Lo que se establece de los términos en que el censor formula el reparo, es la inconformidad del impugnante con el sentido del fallo tan sólo porque no se atendió favorablemente su postura cuando recurrió en apelación la sentencia de primera instancia, y no la demostración concreta de que los juzgadores hubieren incurrido en la violación directa de las disposiciones de derecho sustancial que estima conculcadas, lo cual indica que la propuesta quedó a medio camino.

Lo pretendido por el censor, atendiendo el particular entendimiento que posee sobre la naturaleza y fines del instrumento a que acude, es que en sede extraordinaria la Corte revise integralmente el fallo, a manera de tercera instancia y, acorde con sus pretensiones, establezca si en todos y cada uno de los contratos celebrados por el procesado se cumplieron o no los requisitos legales esenciales previstos exclusivamente en la norma que en su criterio es la aplicable al caso, lo cual no constituye error alguno denunciable en casación.

Siendo entonces ostensibles los defectos que la demanda acusa, pues, como se deja expuesto, de ella no se desentraña precisa y claramente los fundamentos de la causal que invoca, y no pudiendo la Corte corregirla por virtud del principio de limitación que rige su actuación, lo procedente será inadmitirla, declarar desierto el recurso y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen, conforme así se establece de los artículos 197 del decreto 2700 de 1991 y 213 de la ley 600 de 2000.

Esto último, si se da en considerar que de la revisión de lo actuado tampoco se observa violación de garantías fundamentales que tornen viable el ejercicio de la oficiosidad por parte de la Sala.

Contra estas decisiones no procede recurso alguno.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E:

INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado LUIS ALBERTO FONSECA RODRÍGUEZ, por lo anotado en la motivación de este proveído. En consecuencia se DECLARA DESIERTO el recurso.

Contra este auto no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria