

Proceso No 27395

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 236

San Gil, veintidós (22) de agosto de dos mil ocho (2008)

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Manlio Fidel Tejada Gutiérrez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla -Sala de Justicia y Paz-, el primero de diciembre de 2006, revocatoria de la decisión absolutoria emitida en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito el 28 de febrero del mismo año, que condenó al aquí procesado a la pena principal de cinco (5) años de prisión y multa en el equivalente a 36.35 s.m.l.m. e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos de este proceso aparecen glosados en la sentencia impugnada, así:

“Se desprende de la foliatura, que para el 2 de agosto de 1997, cuando el señor

Adalberto Llinas se desempeñaba como Alcalde del Municipio de Malambo Atlántico, se celebró entre éste y el FIS (Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social), el Convenio 1780 (folios 150-153 primer cuaderno), que tenía por objeto la financiación para la construcción de un centro de vida para las personas de la tercera edad en ese municipio, el cual tendría un valor de \$148'603.000 de los cuales el FIS aportaba \$90'000.000 y el municipio los \$58'603.000 restantes. El plazo del convenio era de 12 meses, que vencían el 30 de octubre de 1998.

Para el 2 de octubre de 1998, esto es, a pocos días de vencerse el plazo pactado y ya siendo alcalde del citado municipio el Doctor Manlio Fidel Tejada Gutiérrez y según él, con el único fin de no perder el aporte del FIS, y sin el lleno de los requisitos legales que le exigía la Ley 80 de 1993, celebró tres contratos para la ejecución de la obra antes dicha, así: uno con el señor Edgardo Rosas, por \$47'119.150; otro con Fredy Domínguez Castilla, por \$49'882.300; y otro con Miguel Ángel Auza Hermosa, como representante de la firma INCRO LTDA, por \$49'673.000".

Estos hechos fueron originalmente puestos en conocimiento de las autoridades por el ciudadano Erasmo Acelas Acevedo, quien acompañó a la denuncia anexos relacionados con el Convenio 1780 del FIS y de los diversos contratos celebrados directamente para la ejecución de la obra contenida en el referido acto, elementos en cuyo sustento fundamentó la Fiscalía 31 Seccional de Barranquilla la formal apertura instructiva el 1° de julio de 1999 (fl.42 c.o.1).

Vinculado mediante indagatoria el alcalde procesado Manlio Fidel Tejada Gutiérrez (fl.367 c.o.2), el 12 de noviembre de 1999 se definió su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (fl.401 c.o.2).

Por vía de reposición, el 16 de diciembre posterior la Fiscalía de primer grado precluyó la

investigación, al tiempo que la Delegada ante el Tribunal de Medellín revocó dicho proveído para confirmar la medida de aseguramiento el 24 de octubre de 2000 (fl.588 c.o.2).

Una vez aportada prueba de diversa índole al expediente, ampliada la indagatoria al procesado (fl.843 c.o.4) y aportado dictamen del CTI sobre la ejecución de la obra a que se contraía el Convenio 1780, el 26 de enero de 2001 se decretó el cierre parcial de la investigación, en lo concerniente con el delito de contrato sin requisitos legales (fl.954 c.o.6).

El 7 de marzo siguiente la Fiscalía 53 Seccional de Medellín calificó el mérito de las pruebas profiriendo resolución acusatoria en contra de Manlio Fidel Tejada Gutiérrez por el delito que se le mantuvo privado de la libertad (fl.113 c.o.6).

En actuación independiente, por proveído del 2 de mayo de ese año, esta misma Fiscalía se abstuvo de afectar al procesado con medida de aseguramiento en la actuación seguida por el delito de peculado por apropiación, para en su lugar declarar la preclusión por el mismo (fl.1172 c.o.6).

Culminada la etapa del juicio con el adelantamiento de la audiencia pública, fueron emitidas las sentencias en los términos reseñados en precedencia.

DEMANDA:

Un cargo es aducido por el procurador judicial del procesado Manlio Fidel Tejada Gutiérrez, acusando el fallo de ser violatorio de una norma sustancial “por vía de hecho”, con respaldo en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 207 del C. de P.P.

Asegura estar incurso en falso juicio de existencia por omitir valorar diversas pruebas, tales como:

a) Sin mencionar a qué elemento está referido, alude en primer término que no se tuvo en cuenta que el FIS hizo el primer desembolso por valor de \$45'000.000 el 30 de octubre de 1997 y el segundo por el mismo valor el 1° de abril de 1998, con ocasión del Convenio 1780 y en donde consta que el mismo vencía el 30 de octubre de 1998 (fl.243 c.o.4); b) Convenio 1780 fechado el 2 de agosto de 1997, en cuya cláusula 7ª., se señala expresamente el plazo de su vencimiento (fl.284 c.o.2); c) Acuerdo No.20 del Consejo municipal de Malambo aprobado el 23 de mayo de 1998, en el que se adicionan recursos del FIS (fl 183 y ss c.o.2); d) Acuerdo No.27 del Consejo Municipal de Malambo, aprobado el 31 de julio de 1998, en el que se le otorgan facultades al Alcalde para comprar un lote en donde se construiría el Centro de Vida Para la Tercera Edad (fl. 293 y ss c.o.2); e) Promesa de compraventa de un lote de terreno fechada el 15 de septiembre de 1998, celebrada entre el Municipio de Malambo y Ana Cecilia Camacho (fl. 149 y ss c.o.2) y f) estudios técnicos de obra (fls 1 y ss c.o.9).

Para el actor, el Tribunal hizo caso omiso de las pruebas en mención, a tal punto que si bien se celebraron tres contratos cuando el objeto era uno sólo, ello no se hizo con el propósito de evadir la selección objetiva en licitación pública y así contratar directamente, pues siendo claro que el plazo señalado de vencimiento por el FIS constituía una camisa de fuerza la contratación directa se adelantó pero para no reembolsar los recursos, por lo que lo adecuado fue hacerlo a través de tres contratos de menor cuantía con miras a tener oportunidad de acreditar lo ejecutado y así mismo cumplir con los requisitos para su prórroga, conforme a la cláusula séptima del Convenio.

No siendo, por tanto, suficiente el tiempo con el que se contaba para licitar, comprometer los recursos y acreditar el inicio de ejecución del Convenio, fue gracias a la diligencia mostrada por su asistido como se logró proponer el proyecto de acuerdo para adicionarlo, sin que el propósito fuera fraccionar el contrato y favorecer a los contratistas.

Tampoco valoró el Tribunal la prueba glosada en el literal c), en cuanto a que negado el

primer proyecto de adición por el Concejo, su asistido presenta otro el 12 de mayo, todo lo cual es demostrativo de su interés y diligencia por utilizar el menor tiempo posible para cumplir con el Convenio.

Lo propio dice sucede con los elementos destacados como d) y e), conforme a los cuales se conoce que el Concejo de Malambo aprobó el acuerdo de adición del presupuesto el 23 de mayo de 1998, que es sancionado el día 29 posterior y el acuerdo que lo faculta para adquirir el lote es del 31 de julio, ni la promesa de compraventa que está calendada el 15 de septiembre siguiente, restándole nada más 45 días que no alcanzaban para efectuar el trámite de la licitación.

Para el censor, si el Tribunal hubiera valorado las pruebas en cita, tendría que concluir en que la tardanza en la aprobación de los Acuerdos, restringió el término para el trámite de la licitación, pues el Convenio vencía el 30 de octubre, desechándose de esta manera el propósito de provecho ilícito.

Así, recuerda cómo el juzgador dejó de aplicar el artículo 32.10 del C.P., en tanto el procesado obró con error invencible de que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica del artículo 146 de la misma normativa, pues Manlio Fidel Tejada Gutiérrez estuvo convencido de que “al celebrar los tres contratos no actuaba con el propósito de obtener provecho ilícito, ni tuvo la intención dolosa de dicho provecho, sino que su actuar tuvo otro propósito: el de salvar el Convenio y realizar la obra Centro de Vida para la Tercera Edad”, no siendo su proceder típico.

Por ende, el error acusado recayó sobre un elemento normativo del tipo, esto es, el “propósito de obtener un provecho ilícito”, en forma tal que si el Tribunal no hubiera omitido las pruebas aludidas, habría absuelto a su defendido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En criterio del Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, el actor incurre en evidente falta de técnica al no señalar la trascendencia de los pretendidos yerros acusados.

Apunta el Delegado que el Tribunal introdujo en su decisión los medios a que alude el casacionista al desestimar las conclusiones del juez de primer grado por estar puestas fuera de contexto, excluyendo así la eximente de responsabilidad aducida, pues fue muy claro en señalar que la única excepción para que se pueda obviar la licitación tiene que ver con la urgencia manifiesta que en el caso concreto no fue aducida.

Para el Ministerio Público está fuera de toda discusión que el procesado celebró tres contratos administrativos “sobre el mismo objeto sin cumplir las etapas de la licitación pública”, requisitos que fueron eliminados de tajo por el imputado con evidente ofensa al ordenamiento jurídico, como que conocía la “ilicitud de no adelantar el proceso licitatorio para contratar la construcción de la edificación”, motivos todos para solicitar a la Corte no casar el fallo.

CONSIDERACIONES:

1. Dentro de los linderos de la primera causal de casación, es teóricamente plausible como correcta proposición de una tacha contra la sentencia impugnada, que se aduzca quebranto de la ley sustancial por la vía indirecta acusando la presencia de errores de hecho por haber ignorado el juzgador pruebas que en criterio del actor habrían incidido positivamente en el desenlace de la actuación procesal para el imputado, bien por atenuar el sentido de la decisión en su favor o por definitivamente estar en capacidad de desvirtuar la responsabilidad que en los hechos investigados hubo de declarar el fallo.

2. Imprescindible es, sin embargo, que el libelista además de aludir a aquellos elementos de convicción que asegura fueron omitidos en el mancomunado análisis de las pruebas que sirvieron de fundamento para la decisión atacada, demuestre la

trascendencia de las mismas, aspecto al que apunta la necesidad de dinamizar los medios pretendidamente omitidos con aquellos que habiendo servido de soporte al fallo, posibilitarían aprehender la realidad de lo investigado en forma tal que, según se advirtió, conduzcan a definir el proceso de manera favorable a los intereses del casacionista.

3. Este es un aspecto que encuentra el Procurador ostensiblemente precario en el escrito de demanda y a cuya crítica coadyuva la percepción de la Sala, pues al margen de aludir el casacionista a diversas pruebas que asegura no consultó el fallo, no son correlacionadas con aquellas que sirvieron de sustento para su emisión, sino que intenta hacer una valoración del proceso al margen de la concreción misma contenida en los cargos y consiguientemente de lo que ha sido objeto de imputación y final condena.

4. De ahí que sea forzoso comenzar por recordar que la concreta imputación de cargos contenidos en la resolución acusatoria -acorde con la cual por demás conexamente se emitió el fallo-, acusó al ex alcalde de Malambo (Atlántico) Manlio Fidel Tejada Gutiérrez de haber suscrito en la aludida condición y por ende en su desempeño como servidor público, tres contratos relacionados con un mismo e idéntico objeto, como lo era la construcción de un centro de vida para las personas de la tercera edad por la suma de \$148'603.000 -en cuya realización el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social FIS desembolsó \$90'000.000, correspondiéndole al Municipio aportar los \$58'603.000 restantes-, en forma tal que acudiendo a un evidente fraccionamiento contractual, eludió el imperativo de la licitación pública que se imponía dada la cuantía de la obra, para adjudicar en forma directa los tres negocios jurídicos.

5. Las pruebas que aduce obviadas en el fundamento de la sentencia el impugnante, en ningún momento entran a controvertir el hecho censurado como constitutivo del reato de contrato sin requisitos legales, que desde la propia resolución de la situación jurídica del ex burgomaestre le fuera imputado, esto es: haber fraccionado un contrato en tres

distintos con el mismo cometido que en virtud de su objeto único y suficientemente clarificado debía cumplir -en evidente quebranto de las normas contenidas, entre otros, en los artículos 22, 23, 24, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993- incumpléndose por ende con aquellos presupuestos legalmente previstos para la contratación estatal dada su naturaleza, cuantía y finalidad, todo lo cual implicó necesariamente arrasar con principios como el de transparencia, imparcialidad, selección objetiva, contradicción, publicidad, igualdad, moralidad, etc. -máxime cuando también se hizo ostensible dentro del cúmulo de irregularidades observadas: que se pactaron para construir una sede social cuando ni siquiera se tenía el lote comprado; se señalaron plazos para la ejecución de la obra que no podrían satisfacerse por el mismo motivo; se asumieron pólizas de seguro de cumplimiento de una obra que en tanto no se adquiriera el inmueble no tendría ejecución y por idéntica razón se dispuso mendazmente la ‘suspensión’ de la obra, en el propósito de simular su materialización, sin siquiera haberla comenzado habida cuenta que los contratos se celebraron el 2 de octubre de 1998 y aún en junio de 1999 la construcción no había podido iniciarse-.

6. Por el contrario, de manera inconexa, refiere el impugnante diversos elementos con base en los cuales no es que el propósito de la tacha sea desvirtuar la ilegalidad manifiesta en la manipulación contractual en la forma señalada, sino en edificar una justificación para la conducta del procesado que culmina paradójicamente reclamando el reconocimiento de una causal de ausencia de responsabilidad por “error invencible” en términos del artículo 32.10 del Código Penal.

7. Así, para el actor, todo cuanto hizo el ex alcalde procesado fue lo conducente a fin de no “perder” los recursos asignados por el FIS para construir el Centro de Vida para la Tercera Edad, pues dada la premura de tiempo con el que contaba, aquél indispensable para abrir una licitación pública habría desbordado el plazo de un año señalado en el Convenio 1780, cuyo vencimiento era en octubre de 1998, en forma tal que tendría como destino su inminente liquidación.

En respaldo de dicha hipótesis alude a diversas pruebas con base en las cuales asegura se corrobora que al inculcado le resultaba imperioso ignorar los términos reglados para la contratación estatal en el caso concreto y en procura de consolidar el bienestar para las personas de la tercera edad en el municipio, proceder conforme lo ha censurado la justicia penal.

8. Así, en los términos destacados, circunstancias tales como la fecha de vencimiento del Convenio, las actuaciones adelantadas ante el Concejo municipal por el entonces alcalde Manlio Fidel Tejada Gutiérrez para la consecución de la adición presupuestal, o para la adquisición del lote en donde se levantaría la obra, carecen de la más mínima posibilidad de enervar el juicio de reproche de su conducta, estando en el mismo orden el argumento según el cual el Centro de Vida finalmente fue construido sin que existieran reparos desde el punto de vista presupuestal o sin que se advirtiera menoscabo para el erario.

Todas estas circunstancias, según se anotó, son aducidas por el demandante para afirmar la presencia de la excluyente de responsabilidad por error sobre un elemento normativo del tipo penal de contrato sin requisitos legales, esto es, que el imputado actuó pensando que al celebrar los tres contratos no se obtenía provecho ilícito.

9. Circunscrita entonces la propuesta a un aparente error de tipo, que se dice derivado del argumento según el cual en ningún momento el actor estimó concurrente el elemento “provecho ilícito” integrado en la estructura descriptiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en la forma que lo contempla el artículo 146 del Código Penal (modificado por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993), debe en primer término precisar la Sala que obedeciendo la noción de error de tipo a la conceptualización explicativa de la conducta como derivada de una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad en cuanto a alguno de los aspectos objetivos del modelo penal que la describe, si bien cuando se está en su presencia dicese eliminar el dolo, esto

solamente es admisible en la aplicación práctica de sus fundamentos teóricos, siempre y cuando el error sea invencible o inevitable, esto es, en aquellos supuestos en que dadas las condiciones en que el actor desarrolla su conducta estaba o no en posibilidad de tomar entendimiento de que su acción actualizaba la totalidad de elementos componentes del tipo penal.

10. Como emerge con absoluta claridad del caso concreto, Manlio Fidel Tejada Gutiérrez, a quien en desempeño de funciones como burgomaestre del municipio de Malambo estuvo la celebración de los contratos que se imputan viciados en sus requisitos legales, es un abogado de profesión, con especialización en derecho administrativo, esto es, en el área del conocimiento a que se contraen precisamente el cumplimiento de sus obligaciones y por ende quien revestido de tan cualificada formación profesional y jurídica no le era dable considerar que podía separarse de las normas legales que le imponían pautas de inexorable rito, fundamento legal y constitucional para la contratación estatal, sin desde luego advertir dentro de dicha forzosa sujeción que hacerlo comportaba un atentado contra la administración pública, con el consiguiente beneficio ilícito para quienes en semejantes condiciones se vieron beneficiados con la celebración de los convenios con el municipio.

La jurisprudencia de la Corte no ha pasado desapercibido, desde luego, que la descripción típica para el delito de contrato sin requisitos legales en el C. P. de 1980 -y sus modificaciones-, contemplaba un elemento referido al propósito que debía signar la conducta del autor, como lo era “obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero” -que no aparece en el tipo penal del artículo 410 del nuevo estatuto y en dicha medida su proceso de adecuación deviene de la celebración o tramitación de contratos sin el cumplimiento de los requisitos esenciales-, ingrediente que no obstante en momento alguno se identificó o restringió a una connotación de contenido estrictamente económico o patrimonial -bajo el clarificado entendido que si la conducta objeto de juzgamiento además comportaba menoscabo para otros

bienes jurídicos, como el atinente a los bienes estatales, esto comportaba el concurso del punible de contrato sin requisitos legales con otros reatos-.

En efecto, en sentencia 18754 del 20 de mayo de 2003, la Corte hubo de precisar que:

“No bastaba por tanto, y tampoco en este asunto, 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 propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”, ingrediente éste que, como equivocadamente lo señala y reitera insistentemente la defensa, 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 y 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.

En ese orden, obviamente, el provecho, sin que necesaria y exclusivamente sea económico, debe derivarse de la vulneración de ese proceso reglado y en este asunto ello efectivamente aconteció en la medida en que los contratistas se beneficiaron con la contratación misma, pues es evidente que de no haber mediado la voluntad y el criterio subjetivo del gobernador no habrían sido contratados, o por lo menos no en las condiciones en que lo fueron. Beneficiados con la contratación misma, también lo fueron con la utilidad que ello les derivó, así como con la relación con la administración y acaso con el afianzamiento en sus respectivos nombres, pero tal beneficio se les proporcionó no porque se hubieran sometido al proceso reglado de contratación, sino gracias al criterio personal y subjetivo del gobernador acusado, por eso, dicho beneficio o provecho así obtenido, resulta ilícito, porque se logró con detrimento de las normas que rigen de modo estricto la contratación estatal, su ilicitud no se deriva de la mala calidad de las obras que no se constató, todo lo contrario, ni de algún desmedro patrimonial para el departamento que tampoco se demostró, por eso las argumentaciones de la defensa acerca de que no hubo finalmente obras de mala calidad o indebidamente

ejecutadas, o que ninguna afectación negativa se causó al erario del departamento, resultan intrascendentes cuando, ciertamente lo que se tutela a través del tipo penal en examen, no son esas facetas de la administración, sino, se reitera, el principio de legalidad de la contratación, por eso, con mejor técnica legislativa la Ley 599 de 2.000 eliminó ese elemento que hacía parte de la descripción típica, pues indudablemente, si de lo que se trata es de proteger la legalidad de la contratación administrativa, suficiente es el desconocimiento de la regulación positiva que rige la contratación del Estado para que la conducta ya se considere típica, sin necesidad de ingrediente subjetivo alguno”.

En los términos señalados y advertido por la Corte que el yerro acusado no tuvo ocurrencia, el fallo se mantendrá incólume.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

Excusa Justificada

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria