

Proceso n.º 30933

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado acta N° 168.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010).

VISTOS

Mediante sentencia del 14 de julio de 2005 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena absolvió a NICOLÁS FRANCISCO CURI VERGARA respecto del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, imputado por la unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación.

Por apelación interpuesta por el Ministerio Público, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla¹, en decisión del 27 de enero de 2008, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, condenó al procesado a las penas principales de cuatro (4) años de prisión y 10 salarios mínimos legales mensuales de multa, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso determinado para la sanción privativa de la libertad.

Contra la decisión de segunda instancia la defensa interpuso el recurso

extraordinario de casación, cuya demanda fue admitida por la Corte en auto del 15 de diciembre de 2008.

Obtenido el concepto de rigor, la Sala procede a emitir la sentencia que en derecho corresponda.

HECHOS

Los resumió el ad quem de la siguiente manera:

“Por informe que la Contraloría General de la República presentó –en el mes de julio de 1999- ante la Fiscalía Seccional de Cartagena, se denunció al entonces alcalde de la citada ciudad Nicolás Curi Vergara por la celebración indebida de contratos. Siete contratos fueron firmados el 21 de enero del citado año y dos más suscritos ulteriormente, uno el 25 del mismo mes y otro el 5 de marzo siguiente. La contratación se hizo con diferentes contratistas y con el mismo objeto que denominó ‘ejecución por el sistema de precios unitarios de las obras de reparcheo en diferentes sitios de la ciudad’, en uno de tales contratos se estipuló como objeto el suministro y transporte de material seleccionado.

Que sumado el valor de los contratos –que la Contraloría calculó en \$646.908.5352

– y como había disponibilidad de los recursos, el alcalde denunciado violó el principio de transparencia –art. 24 Ley 80 de 1993- al optar por la excepcional modalidad de contratación directa en lugar de someterla a la regla general de la licitación pública. Y que el mecanismo empleado limita el acceso de todas aquellas personas que quieran contratar con el ente territorial”.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La investigación la inició el 21 de julio de 1999 la Fiscalía Seccional de Cartagena, en cuyo desarrollo vinculó mediante indagatoria a NICOLÁS FRANCISCO CURI VERGARA, resolviendo su situación jurídica el 20 de agosto siguiente con medida de aseguramiento de detención preventiva, que sustituyó por domiciliaria.

2. En decisión del 10 de julio de 2002 el instructor decretó el cierre de la investigación, calificando el mérito del sumario el 5 de marzo del año siguiente cuando profirió resolución de acusación contra el indagado, por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en concurso homogéneo.

3. Por vía de apelación, el 13 de noviembre de 2003 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la providencia calificatoria, precisando que la acusación procede por un único delito y no por concurso.

4. El trámite del juicio correspondió al Juez Quinto Penal del Circuito de Cartagena, cuyo titular realizó las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, tras lo cual puso fin a la instancia con la sentencia absolutoria que el Tribunal Superior de Barranquilla, en su Sala de Justicia y Paz, revocó para condenar al procesado.

5. Contra la sentencia de segundo grado, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, demanda que la Magistrada sustanciadora de la Corte admitió en auto del 15 de diciembre de 2008, por cuya razón el proceso se remitió al Ministerio Público para la emisión del respectivo concepto, labor que correspondió al Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien lo presentó el pasado 28 de enero del cursante año, solicitando no casar la sentencia impugnada.

LA DEMANDA

El recurrente formula tres cargos, el primero por violación directa de la ley sustancial y los dos restantes por violación indirecta. Sus fundamentos medulares se

reseñan a continuación.

Primer cargo:

La infracción directa de la ley que denuncia la radica en el hecho de interpretarse indebidamente el artículo 146 del Código Penal de 1980, modificado por el Decreto 141 del mismo año y por los artículos 57 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, en cuanto se refiere al concepto “requisitos legales esenciales”, cuyo error impidió al Tribunal concluir que la conducta es atípica.

Al desarrollar el cargo sostiene que aun cuando la licitación pública constituye uno de los requisitos esenciales de la contratación, en este caso el procesado no pretermitió esa exigencia, pues si contrató por separado el “reparqueo” de la red vial de Cartagena, tal proceder obedeció al deterioro de las vías de la ciudad, su costo disímil y la urgencia de su realización.

Dichas motivaciones, en sentir del actor, muestran a las claras que los distintos contratos no versaron sobre el mismo objeto. Al respecto, entiende que unidad de objeto, en tratándose de esa clase de obras, solamente ocurre cuando se divide una sola vía o una calle, lo cual no aconteció en este caso, pues la ciudad se escindió en grupos debidamente singularizados, ofreciéndose la motivación pertinente por parte del secretario de obras públicas, conforme aparece en el documento obrante al folio 85 del cuaderno del juzgado.

Por lo anterior, estima que los dos requisitos establecidos jurisprudencialmente por la Corte Suprema para configurarse el fraccionamiento indebido de un contrato no se presentan en este caso, “pues de un lado no existe unidad de objeto porque el denominado ‘reparqueo’ de toda una ciudad compuesta por diversas vías y sectores,

con disímiles trabajos a realizar, así se encuentre bajo la misma denominación por unidad de presupuesto a destinar, no puede ser un (sic) objeto de un único contrato, porque se desconocerían otros principios de contratación tan importantes como el económico y el de la eficiencia de la administración pública, o como dice la sentencia de la Corte a la cual se aludió anteriormente, existían criterios ‘razonables de interés público’ no para incurrir en fraccionamiento, sino para realizar múltiples contratos con objetos distintos pero sobre el mismo género”.

Considerando de esa manera que las normas permitían al alcalde procesado realizar la contratación directa, solicitó casar la sentencia para en su lugar proferir sentencia absolutoria en su favor.

Segundo cargo:

Predica la presencia de un error de hecho por falso juicio de existencia al omitirse la valoración de pruebas legalmente aportadas, las cuales acreditan causal excluyente de responsabilidad por falta de imputación objetiva o por error de tipo.

Para el libelista, las pruebas omitidas son: testimonio de Jorge Pino Ricci, abogado experto en materias contractuales, quien declaró haber sido consultado por CURI VERGARA acerca de la viabilidad de celebrar los contratos objeto hoy de cuestionamiento; documento suscrito por el secretario de obras públicas de la alcaldía de Cartagena, en el cual formuló la propuesta de dividir la ciudad para efectos del “reparcheo”; testimonio del propio secretario de obras públicas, señor Luis Sierra Samer, quien confirmó que suscribió dicha propuesta, explicando las razones para hacerlo; y, finalmente, testimonio del abogado Eduardo Vizcaíno Zagarra, secretario de asuntos jurídicos de la alcaldía de Cartagena, quien manifestó que avaló los referidos contratos luego de establecer su viabilidad.

En criterio del casacionista, de los reseñados elementos de convicción se deduce claramente la no responsabilidad del procesado, bien porque en virtud del principio de confianza se excluye la imputación objetiva o porque se estructura un error sobre el tipo subjetivo doloso.

Lo primero, según expresa, porque la prueba omitida demuestra que el ex alcalde tenía razones suficientes para confiar en las personas que desempeñaban cargos en la institución, quienes ostentaban funciones relacionadas con el agotamiento de la etapa precontractual, siendo responsables de la legalidad de todo el proceso, sin que el funcionario procesado tuviera motivos para desconfiar del concepto de sus asesores, máxime cuando su profesión es la medicina.

En relación con lo anterior, el demandante estima que el Tribunal también olvidó valorar las aseveraciones del propio acusado, quien explicó que el alcalde nunca participa en la preparación de un contrato, labor que pertenece a las secretarías, pues esa es la razón de ser de su existencia.

Sobre el error de tipo, sostiene que el ad quem dio por demostrado el dolo a partir de irregularidades ocurridas en la contratación y por razón de la condición de ordenador del gasto del procesado, pero pasó por alto la actividad desplegada por éste antes de celebrar los contratos, en cuanto consultó primero con un experto en la materia y atendió luego las recomendaciones de sus colaboradores, quienes le confirmaban la viabilidad y legalidad del proceso de contratación.

En esas condiciones, considera que si se predica la existencia del tipo objetivo por la celebración de los múltiples contratos, el Tribunal debió reconocer el error invencible excluyente del tipo subjetivo, pues el acusado agotó todos los recursos a su disposición para tener un conocimiento adecuado acerca del cumplimiento de los requisitos

esenciales del contrato, aun cuando de estimarse que no los agotó todos, se estaría ante un error vencible que de todas formas excluye la responsabilidad, por cuanto el delito imputado no admite la modalidad culposa.

De esa manera, pidió casar la sentencia y, en su lugar, proferir fallo absolutorio.

Tercer cargo:

Acusa también al Tribunal de incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia, esta vez por suponer una prueba que no obra en el proceso.

Al respecto, refiere que el juzgador dio por establecida en este caso la necesidad de la licitación pública para la escogencia de los contratistas a partir de simples suposiciones, pues consideró que el monto de los contratos superaba el tope de la menor cuantía, excluyendo así la contratación directa, sin que en la actuación se haya establecido el presupuesto anual de la ciudad de Cartagena, aspecto indispensable para determinar la modalidad de la contratación, conforme lo establece los Decretos 2150 de 1995 y 62 de 1996.

Al considerar, de esa manera, que el ad quem supuso la prueba de uno de los elementos estructurantes del tipo penal, solicitó casar la sentencia y proferir en su reemplazo fallo absolutorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Primer cargo:

Considera desacertado el sentido de la violación aducido por el actor, porque al afirmar que la conducta desplegada por el ex alcalde NICOLÁS CURI VERGARA es atípica, en cuanto el estado de las vías de la ciudad “hacían aconsejable desde el

punto de vista técnico y económico, sectorizar el trabajo para asegurar la eficacia y respuesta adecuada a la comunidad”, en realidad lo que postula es una indebida aplicación del artículo 146 del Código Penal de 1980, mas no su errónea interpretación.

De todas formas, estima que la conclusión del censor parte de la base de una particular e interesada visión de los hechos, la cual no desvirtúa la decisión contenida en el fallo, cuyos fundamentos el Procurador Delegado juzga acertados, pues en los autos aparece claro que el procesado, al fraccionar el objeto único de la contratación, denominado “ejecución por el sistema de precios unitarios de las obras de reparcheo en diferentes sitios de la ciudad”, violó la legalidad que rige la materia y con ella los principios de transparencia, responsabilidad, moralidad y selección objetiva de los contratistas, los cuales irradian en todo momento el ejercicio de la contratación pública, conforme lo ha expuesto esta Corporación.

En ese sentido, no le parece objetivo ni transparente que el burgomaestre hubiese celebrado dos contratos que tenían idéntico objeto con la misma firma, como ocurrió con los contratos 600674 y 600099. Esa división, en su criterio, revela el fraccionamiento y el favoritismo por dicha empresa.

Igual situación, añade, sucedió con los contratos 600169 y 602192, el primero para “reparcheo de vías en diferentes sitios de la ciudad” y el segundo para el suministro y transporte de 17.500 mtrs. cúbicos de “zahorra”. Sobre este particular, encuentra que si los contratos se celebraron por el sistema de precios unitarios, en donde cada uno de los contratistas suministrarían los materiales necesarios para la reparación de las vías, le parece que esa última contratación no resulta favorable a los intereses de la ciudad, pues se dividió su objeto y se contrató el transporte de la “zahorra” con la misma firma escogida para el “reparcheo”, y ello a pesar, además, de que en el primero de esos contratos (el 600169) se consagró que el

contratista se haría cargo del suministro de los materiales necesarios para la construcción y mantenimiento de las obras.

Para el Delegado de la Procuraduría, la existencia en el presupuesto de la ciudad de Cartagena de un ítem específico destinado al mejoramiento de la infraestructura urbana de la ciudad, obligaba a celebrar un solo contrato. De ahí, añade, que en seis de esos contratos se haya estipulado como objeto el “reparqueo en diferentes sitios de la ciudad”, especificándose solamente en uno, el número 600099, que su objeto era “el reparqueo en el barrio los caracoles”. En su criterio, si la división de la contratación tenía como finalidad garantizar la eficacia y la respuesta adecuada a las necesidades de la comunidad, no se entiende por qué la administración se abstuvo de señalar en cada caso el sector donde se adelantarían las obras.

Más aún, considera que la falta de mención en los distintos contratos de las circunstancias por las cuales se realizó el fraccionamiento, impide analizar si a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema esa forma de contratar estaba cimentada en criterios razonables de interés público. Sobre el particular, le parece infortunado aducir que la eficacia y pronta realización de las obras de “reparqueo” quedaban mejor garantizadas con la contratación directa de 9 convenios similares, “pues es evidente que de haberse efectuado una licitación pública con esa única finalidad, en las condiciones fijadas en la ley, muy seguramente se habría tenido la oportunidad de escoger una gran empresa dotada de los elementos técnicos necesarios y suficientes para el cabal cumplimiento de esas precisas finalidades”.

Tras poner de presente, según lo informado por el proceso, que el ex alcalde suscribía los contratos sin conocer la oferta más favorable y cuando aún no se habían aportado los certificados de existencia y representación legal de las empresas contratistas, concluyó en la ausencia de transparencia y objetividad hasta en la selección

de las personas contratadas directamente, conforme lo dedujo el Tribunal. Por tanto, consideró que el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo:

Solicita también su desestimación porque, contrario a lo afirmado por el actor, el juzgador de segundo grado sí ponderó la expresión material u objetiva de la prueba echada de menos por aquél.

En apoyo de su criterio el Ministerio Público encuentra que el Tribunal, al no acoger las conclusiones del a quo, fundadas en las pruebas cuya no valoración atribuye a la referida colegiatura, examinó rigurosamente cada uno de los contratos cuestionados, encontrando que 8 de ellos tenían por objeto la ejecución de las obras necesarias para el “reparcheo en diferentes sitios de la ciudad”, sin especificar el lugar exacto donde debería efectuarse esas obras, salvo en uno, en el cual se indicó que la labor se realizaría en el barrio Los Caracoles, amén de haberse pactado en todos ellos el sistema de precios unitarios, a pesar de lo cual el alcalde celebró otro contrato para el suministro y transporte del material requerido para la realización de dichas obras.

El examen de dichos documentos, así como de la propia indagatoria del procesado, estimó el Delegado, permitió colegir al ad quem que el alcalde primero suscribía los contratos y después examinaba las minutas en donde el secretario de obras públicas le indicaba cuál había sido la oferta más favorable. Para el Procurador, ello prueba que el funcionario procesado, independientemente de la opinión de sus colaboradores, ya tenía seleccionados a sus contratistas. Tal situación, añade, puede observarse en los contratos 674, 678, 674 y 099, situación que también se refleja frente a los certificados de existencia y representación legal de los contratos 698 y 169, “cuya expedición fue autorizada después de la suscripción de los contratos”.

Más aún, al Tribunal no le mereció credibilidad la explicación de CURI VERGARA, según la cual su conducta obedeció a la presión de la comunidad y la prensa que le reclamaban gestión por razón del deterioro de las calles, porque de ser así habría dado prelación a las vías situadas en los sectores críticos, mas no contratar en una misma fecha con siete contratistas el “reparqueo” indeterminado en diferentes sitios de la ciudad.

En esas condiciones, consideró que varios hechos declarados probados por el ad quem demuestran que el ex alcalde no atendió los informes técnicos del secretario de obras públicas de la ciudad, “en tanto suscribió algunos contratos antes de que éste le presentara las correspondientes minutas con las recomendaciones del caso y, además, no dio prelación al arreglo de algunos sectores críticos”.

Reitera así que el Tribunal sí valoró el contenido de la prueba que se dice omitida, aun cuando apoyado en otros elementos de juicio arribó a una conclusión diversa a la planteada por el casacionista, la cual el Ministerio Público juzga coherente y ajustada a derecho, porque si quedó demostrado que el procesado “en algunos casos ya tenía de antemano seleccionados a sus contratistas, ello significa entonces que deliberadamente dejó de atender la ‘propuesta’ o recomendación técnica de sus colaboradores inmediatos, por lo menos en el punto de la selección objetiva, es decir, no confió en ellos y, en tales circunstancias, mal puede alegarse ausencia de responsabilidad por virtud del principio de confianza o por error de tipo subjetivo”.

Tercer cargo:

Estima intrascendente la no aportación de copia del presupuesto general de la ciudad de Cartagena para el año 1999, pues a la actuación se recaudaron otros elementos de juicio que permiten establecer el monto de la cuantía, como el informe presentado

por la Contraloría General de la República, así como los certificados de disponibilidad presupuestal expedidos por la Secretaría de Hacienda, en los cuales se señala, como lo concluyó el Tribunal, que en la mencionada vigencia fiscal existía un rubro específico por valor de \$1.737.701.794 distribuido en dos cuentas, ambas destinadas para “el mejoramiento de la infraestructura urbana del Distrito”.

En esas condiciones, sostiene que si de acuerdo con el Decreto 62 de 1996, para efectos de la contratación se entendía por menor cuantía hasta el valor equivalente a 1.000 salarios mínimos legales mensuales para aquellas entidades con un presupuesto superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales y si, además, la primera de esas cifras correspondía a la máxima posible respecto de la cual podían contratar directamente las entidades públicas, era hasta ese último monto que el alcalde de Cartagena estaba autorizado para realizar contratación de esa naturaleza, valor superado ampliamente en este caso, pues los 1.000 salarios equivalían a \$236.460.000, en tanto los nueve contratos fraccionados ascendieron a \$732.602.035.

Para el Procurador Delegado, en el remoto evento de haber sido posible la contratación directa, de todas maneras en este caso se violaron flagrantemente los principios de transparencia y selección objetiva, porque el alcalde CURI VERGARA en algunos casos “tenía de antemano seleccionados sus contratistas, se aportaron certificados de existencia y representación legal después de haberse firmado los convenios y adicionalmente se contrató el suministro y transporte de material seleccionado (zahorra), no obstante que en todos los contratos se pactó que los contratistas a su costa lo aportarían”.

Por tal razón, pidió considerar también impróspero el tercer cargo.

A manera de cuestión adicional, el Ministerio Público plantea su desacuerdo con el Tribunal por haber concedido al acusado la prisión domiciliaria, no obstante la

gravedad de la conducta cometida, que incluso hace pensar en la posibilidad de un peculado por apropiación porque el material seleccionado para el “reparqueo” se habría cancelado dos veces. No obstante, observa que aquel desacierto no puede corregirse por virtud del principio de la no reformatio in pejus, amén de encontrar que la Contraloría General de la República certificó que dicho comportamiento no ocasionó detrimento patrimonial a la ciudad de Cartagena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala examinará los reproches en el orden que se vienen resumiendo.

1. Cargo primero. Violación directa por interpretación errónea del artículo 146 del Código Penal de 1980:

Según el actor, el Tribunal interpretó erróneamente el elemento “requisitos legales esenciales” exigido para la estructuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al entender que los distintos contratos celebrados por el ex alcalde NICOLÁS CURI VERGARA obedecían a un mismo objeto, por lo cual su fraccionamiento se realizó con el único fin de eludir la licitación pública. En su criterio, dicho error le impidió advertir que la conducta del procesado es atípica porque en realidad los contratos tenían objeto diverso.

Así confeccionado el reproche, es evidente que, como atinadamente lo pone de presente el Ministerio Público, el demandante no debió aducir la presencia de una interpretación errónea de la ley sustancial sino predicar su aplicación indebida, pues, conforme lo tiene ampliamente precisado la jurisprudencia de la Sala, el primero de esos sentidos de la violación directa se presenta cuando el juzgador selecciona bien y adecuadamente la norma aplicable al caso, pero desacierta al interpretarla porque le atribuye un alcance jurídico que no tiene o le asigna efectos distintos o contrarios a su real contenido.

La indebida aplicación, en cambio, ocurre cuando el funcionario desatina en el proceso de adecuación de los hechos probados, en tanto el aspecto fáctico reconocido no coincide con los supuestos contemplados por el precepto. En el caso analizado, lo apropiado era afirmar la aplicación indebida del artículo 146 del Código Penal de 1980, norma que tipificaba el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales cuando ocurrieron los hechos, pues el error habría consistido en seleccionarse indebidamente esa norma sustancial a pesar de resultar atípicos los hechos.

El reseñado desacierto técnico, empero, no impide estudiar el mérito del reparo, pues constituye ya criterio consolidado de la Corte que la admisión de la demanda hace surgir en el impugnante el derecho a obtener la respectiva respuesta de fondo.

Uno de los principios que informan la contratación administrativa es el de la transparencia, el cual está consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1983. De conformidad con esa disposición, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los casos en los cuales procede contratar directamente.

La licitación o concurso público, en aquellos casos en los cuales se torna legalmente indispensable, se erige así en requisito esencial del contrato administrativo, en su fase pre-contractual, cuyo incumplimiento comporta la configuración del tipo penal previsto en el artículo 410 del Código Penal (antes 146 del estatuto punitivo de 1980)³.

La modalidad del ataque seleccionado por el libelista, esto es, violación directa, le implicaba aceptar la situación fáctica declarada probada por el ad quem, consistente en que el procesado NICOLÁS CURI VERGARA, en su condición de alcalde de la ciudad de Cartagena, celebró nueve contratos administrativos, cuya suma total hacía necesaria la licitación pública.

Así, ciertamente, procedió el actor. La controversia que presenta apunta a

demostrar que los nueve contratos tenían diverso objeto, por cuya razón el ex funcionario procesado estaba autorizado para celebrarlos por separado, sin estar obligado a abrir licitación pública para el efecto.

La propuesta del actor conduce a dilucidar si en el presente caso se presentó o no el fenómeno del fraccionamiento indebido de contratos, el cual tiene lugar, como lo ha precisado la Sala, “en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas. En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública”⁴.

Con acertada cita jurisprudencial⁵, el Procurador Delegado destaca cómo por unidad de objeto se entiende la especie de los bienes u obras contratadas de un mismo género, sin que la ley entonces prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (mismo género), pero sí cuando corresponden a la misma especie. Y refiere como ejemplo de los primeros los contratos que recaen sobre obras públicas o bienes muebles, mientras considera prototipo de los segundos el arreglo de la malla vial de una ciudad, cuando se realiza en un lapso determinado, tal como lo concluyó el Tribunal.

La Sala encuentra que siete (7) de los contratos (rotulados con los números 600698, 600675, 600676, 600169, 600678, 600674 y 600099) celebrados por el ex alcalde de Cartagena se suscribieron el 21 de enero de 1999, mientras uno más (identificado con número 600231) el 25 de los mismos mes y año y el último (radicado con el número 602192)

el 5 de marzo siguiente.

Adicionalmente, se tiene que cuatro (4) de ellos tenían una vigencia de 90 días y un plazo de ejecución de 60 días, cuatro (4) más una vigencia de 60 días y un plazo de ejecución de 30 y el restante, precisamente el celebrado el 5 de marzo de 1999, una vigencia de 45 días y un plazo de ejecución de 15 días. Es decir, en su vigencia y ejecución existía simultaneidad.

A lo anterior se suma que todos tenían como propósito el mejoramiento de la malla vial de la referida ciudad, como expresamente se estipuló en ocho (8) de los contratos, pues en siete (7) de ellos se señaló que su objeto era el “reparqueo en diferentes sitios de la ciudad” y en otro (el 600099) se indicó como objeto del mismo la realización de “reparqueo en el Barrio Los Caracoles”. Por lo demás, en el último (el celebrado el 5 de marzo) se especificó que su objeto era el suministro y transporte de “zahorra” para diferentes sitios de la ciudad, la cual, como lo refirió el Tribunal, constituye el material utilizable en las obras de “reparqueo”.

Siendo así la situación, no surge la menor duda acerca de que se trató de una contratación celebrada respecto de una obra de la misma especie, en otras palabras, existía unidad de objeto.

La precedente conclusión se confirma, como lo puso de presente el ad quem, al observar que los contratos estaban subordinados a las apropiaciones presupuestales del año fiscal 1999, la mayoría de ellos (seis) con cargo al rubro 031007100119, mientras otros dos al 031007100106, uno de los cuales correspondía al relacionado con el suministro y transporte de la “zahorra”. Finalmente, el noveno contrato pertenecía a ambos rubros presupuestales, y éstos, por lo demás, estaban destinados al mejoramiento de la infraestructura urbana del distrito de Cartagena.

Visto, pues, que en los contratos existía unidad de objeto, debe ahora analizarse si las circunstancias que llevaron a la administración distrital a dividir la contratación tenían o no como finalidad eludir la licitación pública.

El demandante sostiene que la división contractual obedeció al deterioro de las vías de la ciudad, su costo disímil y la urgencia de su realización, cuyas motivaciones quedaron expresadas en documento suscrito por el secretario de obras públicas, el cual fue aportado a la actuación.

El documento aludido por el actor registra fecha del 6 de enero de 1999 y aparece dirigido al entonces alcalde de Cartagena, doctor NICOLÁS CURI VERGARA. Allí se señala que por razones técnicas y económicas resulta más rentable distribuir las calles de la ciudad en varios grupos en orden a que su “reparqueo” se adjudique entre varios contratistas, quienes harían las obras “con celeridad y al unísono”.

Al respecto, no advierte la Sala que el procesado haya seguido la recomendación de su secretario de obras públicas, pues siete (7) de los contratos los celebró “para reparqueo en diferentes sitios de la ciudad” y otro más para ejecutar en el “barrio Los Caracoles, sin entonces especificar, en los primeros, cada una de las zonas en las que se dividió la ciudad. Por su parte, en el último tampoco se indicaron las calles en las cuales se realizarían las obras, aspecto que había sido precisado en dicho documento.

Aparte de lo anterior, se tiene que si el propósito de dividir la ciudad era agilizar los trabajos, asignando a distintos contratistas el “reparqueo” de cada una de esas zonas, no tiene explicación alguna que dos de los contratos hubieran sido adjudicados por el alcalde a la misma empresa, tal como ocurrió con los contratos 600674 y 600099, suscritos con la firma F. Gómez y Cia. Ltda., incluso, el mismo día, esto es el 21 de enero de

1999.

Tampoco se entiende que si ocho (8) de los contratos se celebraron por el sistema de “precio unitario”, en virtud del cual los contratistas se obligaron a suministrar y aportar los materiales y “los demás elementos para la construcción y mantenimiento de las obras, temporales y permanentes”, “sin que por estos hechos el Distrito adquiriera responsabilidad alguna”, a pesar de ello el procesado suscribió contrato adicional con una de las firmas a las cuales, precisamente, se le adjudicó uno de los contratos de “reparqueo” (se trata de la compañía Cicon S.A. E.S.P.) para el suministro de la “zahorra”, escindiendo el objeto de la contratación que, por lo menos, en ese aspecto había quedado a salvo inicialmente, sin que aquel proceder hiciera parte de las recomendaciones incluidas en el documento suscrito por el secretario de obras públicas.

Las comentadas circunstancias permiten concluir que el fraccionamiento de la contratación no se cimentó en criterios razonables de interés público. Contrariamente, su finalidad estuvo enderezada a soslayar la licitación pública, en orden a abrir paso a la contratación directa.

La anterior conclusión se fortalece cuando se observa que algunos de esos contratos los suscribió el burgomaestre sin saber cuál era la oferta más favorable y sin contar si quiera con los certificados de existencia y representación de las firmas contratistas. Así ocurrió con los contratos 600698 y 600169, en el primero de los cuales el referido certificado tiene fecha 3 de febrero de 1999, no obstante que su suscripción ocurrió el 21 de enero anterior, fecha en que también se celebró el segundo, pero el certificado data del 22 de enero del citado año. La primera de las referidas situaciones (no conocimiento de la oferta más favorable) aconteció también con los contratos 600678 y 600674, en los cuales la respectiva minuta con la mención de la propuesta más favorable fue enviada al alcalde al día siguiente de su suscripción.

No erró entonces el Tribunal cuando predicó que en el proceso de contratación se violó el principio de transparencia y de paso el de selección objetiva, este último consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

No prospera el cargo.

2. Cargo segundo. Violación indirecta proveniente de error de hecho por falso juicio de existencia por omisión:

Sostiene el casacionista que el ad quem dejó de apreciar los testimonios de Jorge Pino Ricci, abogado experto en materias contractuales, Luis Sierra Samer, secretario de obras públicas de la alcaldía de Cartagena y Eduardo Vizcaíno Zagarra, secretario de asuntos jurídico del mismo ente territorial, así como documento suscrito por Sierra Samer el 6 de enero de 1999 y, finalmente, las aseveraciones del propio acusado.

Esos elementos de prueba, en su criterio, acreditan que el procesado suscribió los contratos porque previamente dichas personas le conceptuaron acerca de la legalidad del proceso de contratación y de su viabilidad, de modo que en su condición de médico obró amparado en el principio de confianza o, en todo caso, bajo error del tipo subjetivo.

El falso juicio de existencia por omisión se presenta, como lo tiene precisado la Sala, cuando el juzgador fundamenta la decisión sin apreciar uno o más elementos de prueba legal y oportunamente aportados al proceso. Para su demostración es necesario que el actor identifique el medio de convicción dejado de valorar y luego fundamente la trascendencia del yerro.

Según la jurisprudencia de la Corte, no hay falso juicio de existencia cuando el

fallador aprecia el contenido del elemento de juicio, así no haga referencia expresa al mismo⁶. Esta situación, como lo pone de presente el Ministerio Público, fue exactamente lo ocurrido en el caso materia de análisis.

En efecto, las pruebas echadas de menos por el libelista sirvieron de base al a quo para concluir que el ex alcalde de Cartagena no actuó dolosamente, en cuanto suscribió los contratos por la recomendación recibida de sus asesores. Sobre el particular, el juzgado reflexionó en los siguientes términos:

“Por manera que siendo una conducta eminentemente dolosa el alcalde, aunque limitadamente conocía la Ley 80 porque no es abogado sino un médico, por su conocimiento y por la orientación de sus asesores, particularmente por la oficina jurídica y la secretaría de obras públicas, consideró particularmente aplicable el procedimiento de contratación directa, y por lo mismo no se observa que haya querido realizar el tipo objetivo de la conducta atribuida, esto es, omisión de licitación...” (subraya la Sala)⁷.

Frente a tal modo de razonar del a quo, la Corporación de segunda instancia opuso el siguiente análisis:

“... el Tribunal no le halla sentido a la deducción contenida en la sentencia cuando considera que la división de la malla vial, a la que dice haber acudido el mandatario acusado, no tuvo más propósito que el de sectorizar las obras de reparcheo y clasificar en grupos las distintas vías que requerían esa clase de mantenimiento. Si tal era la intención del alcalde, cuál la razón para no incluir en cada contrato el sector específico y tampoco la extensión de la vía que correspondía reparar a cada contratista. De qué manera podía entonces el alcalde exigir el cumplimiento de cada contrato y cómo creer que con tal proceder el mandatario local estaba realmente protegiendo los intereses del distrito de Cartagena”⁸.

Como se observa, el ad quem desechó tácitamente el alcance dado por el fallador de primer grado a las mencionadas pruebas, concluyendo que realmente el procesado no actuó movido por la recomendación de sus asesores sino con el propósito de eludir el requisito de la licitación pública. Para ello partió de evidenciar cómo en los contratos en ningún momento se especificó el sector ni tampoco la extensión de la vía en la cual se haría la respectiva reparación, conforme se indicaba en el documento suscrito por el secretario de obras públicas.

Aparte de lo anterior, el Tribunal aludió a otros aspectos con los cuales reforzó su razonamiento, como el hecho de que, si de acuerdo con el referido documento, la finalidad de la propuesta de sectorizar la ciudad era agilizar la realización de las obras, para lo cual se requería asignar éstas a distintos contratistas, por qué –se preguntó la Colegiatura de segunda instancia– dos de esos contratos fueron adjudicados a la misma empresa, tal como aconteció con los rotulados bajo los números 600674 y 600099, suscritos con la firma F. Gómez y Cia. Ltda.

Adicionalmente, resaltó cómo después de celebrar los primeros ocho contratos por el sistema de unidad de precios, en los que cada contratista se encargaba de suministrar la “zahorra” necesaria para la realización de las obras, el doctor CURI VERGARA resultó celebrando un nuevo contrato con una de las empresas contratistas con el exclusivo fin de suministrar dicho material.

Esas circunstancias, sumadas al hecho de que algunos contratos los suscribió antes de conocer la propuesta más favorable, como ocurrió con los números 600698, 600169, 600678 y 600674 e incluso sin la previa aportación de los certificados de existencia y representación de las empresas contratistas, conforme aconteció con los dos primeros antes mencionados, permitió al ad quem, se insiste, concluir que el acusado, lejos de obrar con criterios razonables de interés público, encaminó su conducta a soslayar deliberadamente la licitación pública para poder adjudicar los contratos a personas y

empresas que ya previamente había escogido, sin observar entonces los principios de transparencia y selección objetiva.

Como el yerro denunciado, según lo antes analizado, no existió, pues el Tribunal sí sopesó las pruebas echadas de menos por el demandante, ninguna razón le asiste a éste cuando sostiene que su falta de apreciación impidió dar por demostrada causal excluyente de responsabilidad por falta de imputación objetiva o por error de tipo.

Tampoco prospera el cargo.

3. Cargo tercero. Violación indirecta proveniente de error de hecho por falso juicio de existencia por invención:

Como se recuerda, el censor cuestiona al Tribunal por inventar la prueba demostrativa de la necesidad de realizar licitación pública para la escogencia del contratista, porque en el proceso no está establecido el presupuesto anual de Cartagena, aspecto indispensable para determinar la modalidad de la contratación.

El reproche carece de fundamento porque el ad quem no supuso el medio de prueba aludido por el libelista. En efecto, aun cuando no lo anotó expresamente, resulta evidente que la conclusión del Tribunal tuvo como fundamento tanto el valor total de los nueve (9) contratos, como el contenido del artículo 1º del Decreto 62 de 1996.

Dicha norma, la cual corrigió el artículo 38 del Decreto 2150 de 1995, establecía para la época de los hechos los valores correspondientes a la menor cuantía que permitía la contratación directa en las entidades públicas. El texto legal del precepto primeramente citado era el siguiente:

“Corrígese el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2150 del 5 de diciembre de 1995, en el sentido de que su tenor literal únicamente modificó la menor cuantía para

efectos de la contratación pública de las entidades públicas cuyos presupuestos anuales sean inferiores a 12.000 salarios mínimos legales mensuales. En tal virtud, el artículo corregido es del siguiente tenor:

‘Artículo 38º.- Menor cuantía para la contratación. Para efectos de la contratación pública se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

“Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 125 salarios mínimos legales mensuales’”.

Como se observa, la disposición contempla como menor cuantía una gradualidad de montos en forma descendente, cuyo máximo es 1.000 salarios mínimos legales mensuales y el mínimo 125 del mismo valor nominal, aplicables dependiendo del presupuesto anual de la entidad pública, de modo que si éste es igual o supera la cifra de 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales la menor cuantía será hasta el monto primeramente mencionado (1.000 salarios), en tanto si el presupuesto es inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales la menor cuantía no excederá de 125 salarios.

Se sigue de lo anterior que, con independencia del presupuesto anual de la entidad pública, el valor máximo posible para contratar directamente será en todo caso de 1.000 salarios mínimos legales mensuales. Si el valor del contrato excede esa cifra, tendrá que necesariamente acudir a la licitación pública.

En el caso sometido a estudio de la Sala, el monto total de los nueve (9) contratos ascendió a \$732.602.035. En el año de 1999 el salario mínimo legal mensual equivalía a \$236.460, lo cual significa que los 1.000 salarios mensuales correspondían a \$236.460.000, cifra muy inferior al valor integral de la contratación realizada por el alcalde de Cartagena.

En ningún yerro, por tanto, incurrió el Tribunal cuando infirió que el procesado debió adelantar licitación pública en orden a celebrar la contratación requerida para realizar el “reparqueo” de la malla vial de la referida ciudad.

Como, en consecuencia, el tercer cargo está también llamado al fracaso, la Corte no casará la sentencia impugnada.

Al margen de lo anterior, debe anotarse que la Sala no considera pertinente hacer referencia a los aspectos comentados de manera adicional por el Procurador Delegado, pues éstos no están contemplados en la demanda, cuyo contenido, en virtud del principio

de limitación que rige en esta sede, fija el ámbito de competencia del juez de casación, a menos de advertirse la vulneración de garantías fundamentales, lo cual no acontece en el presente caso. Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que cuando tal quebranto no ocurre, al Ministerio Público no le es permitido “complementar o enmendar el libelo objeto del concepto, ni formular sus propios cargos, pues se estaría atribuyendo la calidad de impugnante de la que carece y desnaturalizando la razón de ser del traslado”⁹.

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 impugnado.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO

ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO

J.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

- 1 Actuó en desarrollo de la medida de descongestión dispuesta por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 3935 del 22 de febrero de 2007.
- 2 En realidad, el valor de los nueve contratos ascendieron a \$732.602.035.
- 3 Cfr. Sentencia del 6 de octubre de 2004, radicación 16066.
- 4 Sentencia del 28 de noviembre de 2007, radicación 26857. En el mismo sentido, sentencia del 23 de marzo de 2006, radicación 21.780.
- 5 Se trata del concepto emitido el 18 de diciembre de 1989 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dentro de la radicación 328.
- 6 Cfr. Sentencias del 3 y 24 de octubre de 2002, radicaciones 15927 y 15298. En el mismo sentido auto del 30 de mayo de 2007, radicación 27174, sentencia del 1º de noviembre de 2007, radicación 25236 y sentencia del 21 de julio de 2009, radicación 32099.
- 7 Pág. 39 del fallo del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena.
- 8 Pág. 19 del fallo de segunda instancia.
- 9 Sentencia del 10 de noviembre de 2004, radicación 18428.