

Proceso No 39244

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado acta No. 127

Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil nueve (2009)

Celebrada la diligencia de audiencia pública de juzgamiento, procede la Sala a proferir sentencia en el juicio de única instancia seguido en contra de FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO a quien, en su condición de Gobernador del Amazonas, se le acusó por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

IDENTIDAD DEL PROCESADO

FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, identificado con la cédula de ciudadanía No.5927003, es hijo de Félix Francisco Acosta Solano y Felipa Cristina Soto Almenares, nació en Maicao (Guajira) el 1 de mayo de 1955, casado con Inés Infante Bautista, con estudios tecnológicos en el Instituto Técnico Agropecuario de Lorica (Córdoba). Se desempeñó como funcionario del Instituto Colombiano Agropecuario por 10 años, fue concejal del municipio de Leticia en el período 88-90, Alcalde popular de la misma localidad en el periodo 90-92, Secretario de Gobierno Departamental del Amazonas entre 1993 y 1994 y Gobernador del Amazonas por elección popular entre 1995 y 1997 .

HECHOS

FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO fue acusado como presunto autor del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, definido y sancionado en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980 y los fundamentos fácticos de la resolución acusatoria, fueron los siguientes:

FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, en su condición de Gobernador del Departamento del Amazonas, suscribió con el representante legal del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- el convenio interadministrativo 0139 de 15 de marzo de 1995, por la suma de \$1.000'000.000, con el objeto de realizar el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá. Estos recursos fueron consignados en la cuenta del Banco de Bogotá 407-02108-8 denominada "Mejoramiento de la Carretera Leticia-Tarapacá -Convenio Interadministrativo 139-95".

En desarrollo de este acuerdo interadministrativo, el mandatario departamental suscribió durante el segundo semestre de 1995 (julio 31 a diciembre 29), 68 contratos de obra pública por vía directa, cuyos valores oscilaron entre los 14'640.000 y 14'890.000. Además, suscribió 49 órdenes de trabajo por valor de \$ 60'988.748.

Los 68 contratos de obra pública ascendieron a la suma de \$893'100.508.00, mientras que las órdenes de trabajo alcanzaron un valor total de \$60'988.748.00

Acorde con el presupuesto departamental del Amazonas para el año 1995, los contratos de menor valor serían de \$29'733.375 y, por ende, las contrataciones que superaran dicha suma estaban sujetas a licitación pública, según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 1, literal a).

Por tanto, si el convenio interadministrativo No. 0139 de 1995 era de

\$1.000.000.000.00 y su objeto consistía en el mejoramiento de la carretera Leticia - Tarapacá K 2+078 -K 3+249 y K 6+531.1 -K8+921, al fraccionar la cuantía y dividir por tramos la realización de la obra, el Gobernador evadió el procedimiento legal previsto para la contratación, esto es, la licitación pública.

El funcionario acusado suscribió de manera directa los contratos, so pretexto de beneficiar a un mayor número de familias y dar así cumplimiento a uno de los compromisos adquiridos con el plan de gobierno, consistente en realizar inversión social y enfrentar la alta ola de desempleo que afectaba a la ciudad de Leticia.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con destino a la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República remitió copia de las investigaciones fiscales No. 118 y 119 de 1999, destacando posibles irregularidades cometidas por FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO en su condición de Gobernador del Amazonas.

El 13 de junio de 2000, el Fiscal General de la Nación dispuso la práctica de diligencias previas para investigar la contratación realizada por la Gobernación del Amazonas durante los años 1995 a 1998, relacionada con la construcción de la carretera Leticia-Tarapacá y de los Aeropuertos de la Pedrera y Tarapacá.

El 22 de octubre de 2002 se dispuso la apertura de instrucción, dentro de la cual FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO fue vinculado mediante indagatoria, y el 21 de octubre del año siguiente se resolvió su situación jurídica tipificando la conducta como celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, ilícito previsto en el Código Penal de 1980, artículo 146. Además, en dicha decisión, el Fiscal General de la Nación se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra del imputado y negó la solicitud de preclusión deprecada por la defensa.

Una vez clausurada la investigación, mediante providencia de 13 de septiembre de 2005 se profirió resolución de acusación en contra de FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, en relación con el convenio interadministrativo 0139 de 1995 celebrado entre el Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y el Departamento del Amazonas para el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá, mientras que se precluyó la investigación respecto de la ejecución de los convenios que suscribió con FINDETER y la Aeronáutica Civil -0379 y 0381 de 1996, contratos 031 de 1996 y 018 de 1997-.

El 9 de noviembre de 2005 se resolvió desfavorablemente la solicitud de nulidad elevada por el sindicato a causa de no haberse decretado la práctica de pruebas solicitadas y se confirmó la resolución de acusación contra la cual se había interpuesto recurso de reposición por parte del abogado defensor.

INTERVENCIÓN DURANTE LA AUDIENCIA PÚBLICA

1. Intervención del Fiscal Delegado

1.1. La Fiscalía inicia su intervención advirtiéndole que es necesario efectuar tres precisiones, a saber:

1.1.1. La parte resolutoria de la acusación no determina de manera precisa la modalidad concursal en la que se ejecutó el ilícito, aunque la parte motiva señala con toda claridad que constituye una conducta múltiple, pues la resolución de acusación, en el acápite de las consideraciones, plantea que el procesado celebró 68 contratos por vía directa y 49 órdenes de trabajo para la ejecución de las obras, e indicó que todos los negocios presentaban dos imputaciones presupuestales “continuación de la construcción de la calzada central y mantenimiento de la carretera Leticia-Tarapacá proyecto 24 Secretaría de Obras, y continuación y construcción de la calzada central y mantenimiento de esa misma carretera, proyecto 5.6.1. sección transporte” tal como se graficó en dicha providencia.

Al respecto citó jurisprudencia de la Sala, en virtud de la cual, si al procesado se le acusa por un delito único no se puede condenar por concurso sin romper la armonía, a menos que en el pliego de cargos se haya detallado la naturaleza plural y, por inadvertencia, no se haya utilizado el término “concurso”, pues en tal caso en la sentencia no se imputan hechos nuevos, ni se estará sorprendiendo al procesado porque existe consonancia fáctica.

Por tanto, una eventual sentencia condenatoria debe proferirse por un concurso homogéneo y sucesivo del ilícito en relación con el cual se formuló acusación, en la medida en que se desplegaron múltiples acciones, con las cuales se vulneró en varias oportunidades una misma norma jurídica.

En relación con este planteamiento, solicitó a la Sala determinar si su petición constituía una variación de la calificación, caso en el cual debía surtirse el trámite del artículo 404, numeral 1, del Código de Procedimiento Penal, que ordena correr traslado de esta solicitud al acusado.

1.1.2. Solicitó que de proferirse sentencia condenatoria, no se de aplicación a la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58, numeral 9 del Código Penal, aunque así se hubiere planteado en la resolución de acusación, y para ello acude a reiterada jurisprudencia de la Sala, según la cual, tal precepto resulta inaplicable cuando la condición de servidor público hace parte del tipo.

1.1.3. En virtud del principio de favorabilidad, debe aplicarse el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, en lo que tiene que ver con la pena de multa, pues resulta más benigna que el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y que la disposición original del artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980. En consecuencia la multa a imponer en una eventual sentencia condenatoria, sería de 10 a 50 salarios mínimos legales

mensuales vigentes.

1.2. Luego de realizar las anteriores precisiones, solicita declarar la responsabilidad penal del procesado como autor del delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, dado que la conducta desplegada por el procesado es típica, antijurídica y culpable.

Sobre la tipicidad de la conducta de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se remitió a lo dispuesto en el artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 1 del Decreto 141 del mismo año, el artículos 57 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 32 de la Ley 190 de 1995.

Señaló como probada la condición de servidor público en que actuó FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, quien en calidad de Gobernador ejecutó el convenio interadministrativo No.0139 a través de multiplicidad de contratos para obtener provecho ilícito; es decir, sin observancia de los requisitos legales.

Con fundamento en los artículos 2, 6, 122, 209, 365 y 366 de la Carta Política, indicó que la función administrativa está al servicio de las finalidades esenciales del Estado y debe desarrollarse según los principios de moralidad, responsabilidad e imparcialidad. Además, destacó que los servidores públicos, a diferencia de los particulares, sólo pueden hacer aquello que la ley expresamente les autorice.

De acuerdo con esas disposiciones constitucionales, en criterio de la fiscalía, la celebración de múltiples contratos para la ejecución una sola obra pública con unidad de objeto constituye una práctica administrativa utilizada para eludir una de las condiciones o supuestos esenciales de la contratación como lo es la licitación pública, y en esos términos, los principios constitucionales que regulan la contratación pública fueron transgredidos.

Como fundamento legal hizo referencia a la Ley 80 de 1993, artículos 1, 13, 42, 23, 24, 25, 26 y 30 para destacar que por regla general, las entidades públicas deben escoger el contratista por licitación o concurso público, salvo en los casos en que se pueda contratar directamente.

Así las cosas, la excepción sólo procede en los eventos expresamente consignados en la ley, como la contratación de menor cuantía, la urgencia manifiesta o los contratos interadministrativos, entre otros. Sin embargo, advirtió que los contratos celebrados no eran interadministrativos, y por ende, era necesario elaborar pliegos de condiciones o términos de referencia con reglas objetivas, justas, claras y completas (costo y calidad de bienes, obras o servicios necesarios) tal como lo exige el artículo 24 íd.

En esas condiciones, el Decreto 855 de 1994 que regulaba la contratación directa no era el aplicable y, por el contrario, el jefe o representante legal debió ordenar la apertura de licitación para realizar la selección objetiva prevista en la Ley 80 de 1993, artículos 29 y 30.

También se desconoció el principio de planeación previsto en el artículo 25, numeral 12 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual deben realizarse estudios, diseños y proyectos, así como estudios de oportunidad y conveniencia; sin embargo, en este caso aparecen enviados y aprobados por INVÍAS en septiembre de 1995, es decir, con posterioridad a la firma del convenio.

El acusado obró con voluntad y conciencia de defraudar el ordenamiento jurídico porque tenía amplia experiencia profesional en el sector público; en consecuencia, descartó que su actuación estuviere fundada en los principios de buena fe, confianza y distribución administrativa, pues aún habiéndose apoyado en algunas de sus dependencias (jurídica y de obras públicas), era su responsabilidad

ejercer la dirección del proceso de contratación y vigilar su correcta ejecución, según lo estipula el artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Es que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual es del jefe o representante de la entidad estatal, quien no puede trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993.

Un convenio interadministrativo por valor de \$1.000'000.000.00, para la época que debía ejecutarse (1995), era una suma muy superior a \$29'000.000.00, monto al cual se aproximaba el tope que el Departamento del Amazonas podía contratar de manera directa, al tenor de la fórmula aritmética prevista en el artículo 24, numeral 1 de la Ley 80 de 1993; de ahí la necesidad de observar un cuidadoso proceder administrativo.

En la resolución de acusación (fls. 7 a 11) se observa que para la misma obra y para la misma época (31 de julio a 28 de diciembre de 1995), se celebraron 68 contratos por vía directa entre \$14'640.000.00 y 14'890.000.00 para un total de \$893.100'000,00 y 49 órdenes de trabajo por 60'988748.00. Sin embargo, se supera el tope de la menor cuantía al sumar los contratos suscritos en un mismo mes, e incluso en un mismo día, por ejemplo: el 31 de julio de 1995 se celebraron los contratos 011, 014, 013 y 012 los cuales sumados dan \$59'000.000, el 9 de agosto de 1995 se celebraron otros 8 contratos que superan la cuantía de \$29'000.000.00 y lo mismo ocurrió en cada uno de los meses siguientes, hasta diciembre del mismo año.

El fraccionamiento resulta evidente con la celebración de 68 contratos y 49 órdenes, en la misma época, para ejecutar una única obra "construcción de la

calzada central y mantenimiento de la carretera Leticia” bajo la misma sección y rubro presupuestal, aunque éste fue rotulado con dos nombres (proyecto sección obras públicas y proyecto sección transporte).

La obra fue dividida por kilómetros, cuando a lo sumo, en el análisis más riguroso y estricto, la obra podía dividirse en los dos tramos que aprobó INVÍAS y le fue comunicado al acusado mediante oficio 1761 del 13 de septiembre de 1995, suscrito por la Subdirectora de Construcción de esa entidad.

Los numerosos contratos celebrados por la Gobernación del Amazonas no fueron realizados entre entidades públicas, ni el Departamento lo ejecutó directamente, caso en el cual el ente territorial habría podido hacer la obra y alquilar la maquinaria y los demás suministros; en consecuencia, la apertura de licitación pública para su ejecución constituía requisito esencial.

Se refirió al concepto No. OAJ33162 de INVÍAS, allegado por la defensa en la etapa del juicio (sin firma) y lo aceptó en virtud del principio de la buena fe, para concluir que no aporta nada. Sostuvo que lo allí expuesto no tiene relación con los hechos por los cuales se efectuó el llamamiento a juicio e indicó que no podía prescindirse de la licitación pública, aunque así lo planteara el concepto, pues éste no tiene fuerza jurídica para desconocer las disposiciones constitucionales y legales.

Señaló que no se vulneró el principio del non bis in ídem, porque la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría no corresponde a la contratación por la cual fue acusado el procesado y en el auto inhibitorio dictado por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia el convenio no fue objeto de investigación.

Del acervo probatorio destacó el testimonio de Franco Emiro Riasco Olarte, supervisor de los contratos en representación de INVÍAS, quien dijo que

cuando llegó al Departamento del Amazonas, se habían adjudicado los contratos sin licitación pública, según el Gobernador para generar empleo, aunque por la cuantía del contrato eso no era normal.

Augusto Cruz Hernández, Secretario de OOPP del Amazonas para el año 1995, dijo que le llegaron los contratos perfeccionados porque el tema fue manejado discrecionalmente por el ordenador del gasto y la oficina jurídica, e indagado sobre el beneficio de realizar varios contratos para la ejecución de una obra, añadió que realmente era más fácil hacer un control administrativo, financiero, técnico y contable de un menor número de contratos.

Martha Inocencia Bolívar, Secretaria jurídica del Departamento del Amazonas, aseguró que en la Secretaría de OOPP se estudiaban las propuestas de los interesados y de acuerdo a las determinaciones técnicas e instrucciones dadas por el jefe de la entidad se proyectaba la minuta correspondiente y se examinaba la documentación aportada. Esta testigo indicó que verificada la parte técnica de las propuestas presentadas, recibían el aval y visto bueno del Gobernador para la contratación.

Entonces, el Gobernador actuó a título personal, con el supuesto objetivo altruista de viabilizar su plan de gobierno, consistente en generar empleo, pero ello resulta inadmisibles porque desvirtuaría el principio según el cual la contratación pública es reglada.

En cuanto al propósito de obtener provecho ilícito, exigido en el artículo 146 del Código Penal, expuso que este elemento subjetivo se deriva de la celebración del contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la contratación administrativa.

Reitera que el objeto de protección del tipo penal son los principios y reglas

establecidos en la ley y su quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente el tipo penal, aunque el resultado práctico del convenio sea benéfico para la administración y desventajoso para el contratista.

Finalmente, solicita emitir condena en contra de FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO como autor del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, conforme al artículo 146 del Decreto 100 de 1980.

1.2. Intervención del Ministerio Público

Afirmó que entre INVÍAS y el Departamento del Amazonas se celebró el contrato 0139 de 1995 (no un convenio), en el cual el acusado desconoció los postulados constitucionales y legales que rigen la contratación estatal como la transparencia, la economía y la responsabilidad, pues se omitió tanto la selección objetiva del contratista como la planeación de la obra.

Señaló como acreditado en el proceso: i) la calidad de aforado de FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, quien se desempeñó como Gobernador del Departamento del Amazonas entre 1995 y 1997; ii) la existencia del contrato interadministrativo 0139 del 1 de marzo de 1995; y iii) la celebración de 68 contratos con un mismo objeto, los cuales se diferenciaban por el número, fecha, nombre del contratado o contratante y el kilometraje de la obra a ejecutar.

Seguidamente descartó que so pretexto de generar empleo, fuera posible desconocer caprichosamente las disposiciones constitucionales y legales, especialmente los artículos 24, 25, 26, 29, 32 y 39 de la Ley 80 de 1993 que exigían la celebración de una licitación pública. En consecuencia, con el cumplimiento de los múltiples requisitos previstos para la contratación directa no se subsanaron las irregularidades en que incurrió el acusado.

Si bien es cierto que el artículo 24 de la norma citada consagra el principio de transparencia y en el numeral 1, literal c) excluye los contratos interadministrativos de la licitación pública, ha de entenderse que esa exclusión sólo es predicable cuando esa contratación y ejecución del mismo se desarrolla entre entidades estatales.

Por otra parte, aunque el contrato interadministrativo en su cláusula séptima permitía contratar con otras personas o ejecutarlo por sí mismo, coincidió con la Fiscalía en cuanto a la necesidad de ejecutar el contrato por medio de licitación pública, e indicó que su desconocimiento no exime de responsabilidad penal al procesado quien había asignado previamente los contratos, tal como lo declaró el ingeniero interventor, Franco Emiro Riascos Olarte.

Así las cosas, encontró reunidos todos los requisitos para predicar la tipicidad de la conducta por la cual fue llamado a juicio FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, quien pudo prever y previó que debía realizar licitación pública y, sin embargo, fraccionó o dividió el contrato para dar solución a un problema social, con desconocimiento de las normas que le exigían actuar en forma diferente.

También afirmó la responsabilidad del acusado, quien en calidad de representante legal del Departamento del Amazonas tenía el deber jurídico de vigilar la actuación de sus dirigidos, aun en el evento de la delegación de función y agregó que aceptar lo contrario contribuiría a la impunidad de cientos de servidores públicos.

En relación con el concepto emitido por INVÍAS, planteó las siguientes falencias:

* No lo suscribió ningún servidor público,

* No tiene relación con el asunto discutido, y

* Un concepto no puede desconocer la aplicación de la Ley 80 de 1993, artículos 24, 25 y 26 que hablan de la transparencia, economía y responsabilidad.

Finalmente solicitó proferir sentencia condenatoria por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previsto en el Decreto Ley 100 de 1980, artículo 146, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 190 de 1995, aplicable por favorabilidad.

1.3. Intervención del defensor del procesado.

Alegó que la Fiscalía no objetó la manera como se celebraron los múltiples contratos y así lo expresó en la fase de investigación, al resolver una petición de la defensa orientada a la aplicación del non bis in ídem; por tanto, se pretermitió la acusación sobre el particular, y el Ministerio Público tampoco los cuestionó, eximiéndose la defensa de referirse a cada uno de dichos contratos.

Seguidamente planteó su desacuerdo con la resolución de acusación, porque en la ejecución del convenio interadministrativo era procedente acudir a la contratación directa, en los términos de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007.

Entonces, si INVÍAS decidió contratar al Departamento del Amazonas para ejecutar la obra de mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá, era el representante legal de dicha entidad el llamado a responder por la ausencia de estudios de oportunidad y conveniencia, ya que la entidad territorial como simple la ejecutora, tenía que ceñirse a las cláusulas del contrato, en el cual no se exigió proceso licitatorio.

Con fundamento en documentos, constancias y oficios que sólo leyó en algunos apartes, concluyó que hubo coordinación permanente entre el ejecutor del contrato e INVÍAS, entidad ésta que ordenó la obra y estuvo de acuerdo con el trámite adoptado

para la ejecución de la misma.

Aseveró que el contrato es ley para las partes y, por ende, el Gobernador estaba obligado a observar las estipulaciones contractuales, entre las cuales resaltó las disposiciones laborales y la autorización para designar un interventor de la misma entidad, pues de ser necesaria la licitación, la interventoría habría tenido que ser externa. Ello, aunado a la lectura de la cláusula séptima en la que se estableció el sistema de ejecución de la obra y se autorizó al Departamento para atender los trabajos directamente o por medio de contratos, evidenciaba la posibilidad de subcontratar y permitía deducir la facultad implícita del funcionario para acudir a la contratación directa.

Cuestionó la acusación en cuanto se remitió al presupuesto departamental del Amazonas de 1995 y al salario mínimo de ese mismo año, para inferir el deber de acudir a la licitación pública prevista en la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 1, porque la partida de \$1.000'000.000.00 no pertenecía al presupuesto del ente territorial y el manejo de los fondos se efectuó en una cuenta corriente, bajo la vigilancia de INVÍAS, instituto al cual se le devolvieron los remanentes.

Indicó que la Ley 1150 de 2007, artículo 2, amplió los eventos en que puede acudirse a la contratación directa y, entre ellos, destacó los convenios interadministrativos como el 0139 suscrito entre INVÍAS y el Departamento del Amazonas; por tanto, solicitó integrar el tipo penal en blanco por el cual fue acusado su prohijado, con esta última norma, la cual es aplicable en virtud del principio de favorabilidad.

Como razones de conveniencia para acudir a la contratación directa, adujo las siguientes:

* El tiempo de duración del contrato era de 1 año y una licitación pública sin contiendas podría llevarse de 4 a 6 meses, restando agilidad, eficacia, e incluso transparencia al proceso de contratación, tal como ha sucedido en casos muy sonados donde se efectuaron trampas al proceso.

* El objeto del convenio era el mejoramiento de una vía ya existente y los trabajos a realizar consistían en: limpiar cunetas, procesos de cementación, despejar la vía de maleza, etc, es decir, no requerían conocimientos especiales por parte de los contratistas y podía realizarlos un maestro de obra o un obrero de pico y pala; de ahí que habría sido insensato tener que acudir a un proceso licitatorio, más aún si se tiene en cuenta que en la Leticia de 1995 no podía conseguirse fácilmente personal técnico y experto.

* Privilegiar a las personas de la región era una política de Estado con la cual se respondía a principios de economía, igualdad y celeridad. De lo contrario no se habría ejecutado ni la mitad de la obra y esta loable intención no puede mirarse de manera peyorativa.

Explicó que el concepto de INVÍAS relacionado con inquietudes de las entidades públicas en la ejecución de contratos interadministrativos y, aportados sin firma en la etapa del juicio, fue transmitido por vía magnética, entre diferentes departamentos, razón por la cual carece de rúbrica y resaltó que los demás sujetos procesales lo aceptaron en virtud del principio de buena fe.

Seguidamente se refirió a las respuestas consignadas en el citado concepto, destacando de la primera de ellas que, en los convenios, los entes territoriales son

los contratistas y directos responsables de la ejecución de las obras y “los contratistas no podrán abrir procesos licitatorios”. Esta afirmación es contraria a la lectura efectuada por el Fiscal en el debate oral, porque en realidad el concepto le permitía al contratista realizar adjudicación directa.

En la segunda respuesta dice: “no se incurrirá en estos casos en fraccionamiento de contrato, toda vez que se trata de objetos muy distintos...”, refiriéndose a los entes territoriales, cuando estos no cuentan con maquinaria, equipo y personal para la ejecución de la obra y deben abrir procesos de contratación.

En ese orden de ideas, el Gobernador no actuó de manera caprichosa, sino acogiendo la ley contractual para los convenios interadministrativos y en consonancia con la política contractual de INVÍAS, entidad que tenía una visión real sobre las circunstancias particulares del Departamento, en razón de lo cual consintió en dar empleo y mejoramiento económico a los pobladores de la región, sin objetar el cumplimiento de la obra por fragmentos, y a través de varias personas, a pesar de tener el control y vigilancia en la ejecución del contrato. Esta medida de fomento a la ejecución de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales aparece hoy consagrada en la Ley 1150 de 2007, artículo 12, titulado “De la promoción del desarrollo”.

La Fiscalía minimizó la prueba obrante en el plenario y del testimonio de FRANCO EMIRO RIASCOS, interventor designado por INVÍAS, dedujo la falta de planeación en la ejecución de la obra; sin embargo, un análisis íntegro de este testimonio permitía arribar a conclusiones diferentes, que sintetizó de la siguiente manera:

* INVÍAS autorizó la realización de la obra mediante contratos en cuya ejecución y liquidación no se presentaron controversias.

* El Departamento del Amazonas requiere más tecnología, para incrementar las exigencias en el control de ejecución de las obras, aunque se trata de una región muy apartada, donde los materiales son escasos y su importación incrementa los costos.

* Sus superiores tuvieron conocimiento sobre la manera como se ejecutaba la obra, pues se le informó al Secretario General de INVÍAS y prácticamente dejaron las cosas así.

* Su sede de trabajo estaba en la ciudad de Bogotá; por tanto, la Gobernación contrató una interventoría para ejercer mejores controles sobre la obra y el testigo entregó a esta interventoría unas comunicaciones relacionadas con el manejo correcto que debía darse al contrato.

* El Departamento del Amazonas subcontrató las obras de acuerdo con unos planes de trabajo aprobados por la subdirección de Construcción del Instituto Nacional de Vías.

Manifestó su desacuerdo con la interpretación que de la jurisprudencia sobre el elemento subjetivo del tipo realizaron la Fiscalía y el Ministerio Público, pues el

propósito de obtener provecho ilícito no puede identificarse con la representación cognitiva del desconocimiento de los elementos esenciales del contrato. Ello implicaría confundir el dolo con el elemento subjetivo del tipo y aunque el artículo 146 lo consagra como una exigencia para pedir condena, en este caso no se demostró.

Por otra parte, no puede impedirse la ayuda a la gente de la región, más aún en casos como este, donde se cumplió a cabalidad el proceso de selección de los subcontratistas, las obras fueron recibidas a satisfacción y la Fiscalía no objetó esos contratos, aunque en algunos eventos fue necesario recurrir posteriormente al amparo de seguridad de la obra, lo cual no resulta extraño.

Según explicó el procesado, omitió el proceso licitatorio y acudió a contratación directa, de conformidad con la disposición del INVÍAS, entidad que avaló su intención de generar empleo, porque ello se compadecía con sus programas a nivel nacional. Además, la contratación se ajustó a la Ley 80 de 1993 y Decretos reglamentarios, conservando principios de transparencia, economía y responsabilidad.

Para el mejoramiento de la carretera no se requería personal especializado y la adjudicación de su ejecución recayó en contratistas debidamente registrados y clasificados en la Cámara de Comercio del Amazonas; es decir, tenían capacidad de hacerlo y, por cada contrato se generaron entre 10 y 12 empleos, alcanzando de esa manera el cumplimiento de los fines estatales.

El Gobernador se ufanaba de haber cumplido los procesos de selección objetiva en la contratación directa, porque así se ajustaba a la estructura del contrato interadministrativo en que el Departamento del Amazonas era el ejecutante de la obra.

Existía una estrecha coordinación entre INVÍAS y el

Departamento del Amazonas, pues el Gobernador personalmente rindió explicaciones y presentó los soportes necesarios para que en común acuerdo se dispusiera esa forma de contratación.

Agregó el acusado que, una vez entregó la administración, la oposición comenzó a refundir el proyecto entregado a INVÍAS y a conspirar en su contra, porque en el subfondo hay intereses políticos desconocidos por la acusación.

La defensa insistió en el carácter interadministrativo del contrato, donde INVÍAS generó la necesidad, la conveniencia y los recursos económicos para que el Departamento ejecutara una obra, beneficiando a la región y a los habitantes de la misma. Se cumplió entonces la ley con la celebración de contratos individuales mediante selección directa; por tanto, solicitó proferir sentencia de carácter absolutoria a favor de su representado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 235-4 de la Constitución Política y 75-6 de la Ley 600 de 2000, la Corte es competente para emitir el pronunciamiento de fondo pertinente, en virtud de que el procesado, FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación como presunto responsable de la comisión del ilícito de celebración indebida de contratos cuando desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento del Amazonas¹.

2. Al efectuar su intervención oral en la audiencia pública, el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, comisionado para el efecto, solicitó proferir sentencia condenatoria en contra de FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo; sin embargo, la Sala consideró que no se trataba de una variación de calificación jurídica, y por ende, no corrió el traslado previsto en el artículo 404 del Código de

Procedimiento Penal, se dio inicio al debate oral y tras la culminación de la audiencia pública de juzgamiento, debe emitirse la correspondiente sentencia.

3. Acorde con la Ley 600 de 2000, artículo 232, sólo será posible dictar sentencia condenatoria cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la realización de la conducta definida legalmente como ilícita y sobre la responsabilidad del acusado, para lo cual deben apreciarse los medios probatorios de manera conjunta y a la luz de la sana crítica, tal como lo dispone la preceptiva del artículo 238 ibídem.

En ese orden de ideas, se debe efectuar el análisis correspondiente para determinar si en el presente caso se cumplen o no los mencionados presupuestos.

4. Al efectuar llamamiento a juicio, la fiscalía tipificó la actuación del procesado como celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y lo adecuó a la descripción del Decreto Ley 100 de 1980, artículo 146, norma seleccionada por ser la vigente para el momento en que se ejecutó la conducta y por razones de favorabilidad, pues la Ley 599 de 2000 al regular el ilícito conservó los mismos extremos punitivos en relación con la pena privativa de la libertad, pero aquella exigía “el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”, y consagraba de manera más benigna tanto la pena pecuniaria, como la interdicción de derechos y funciones públicas.

La exigencia contenida en la norma derogada, consistente en el propósito de obtener un provecho ilícito, plantea una diferencia más aparente que real, porque la Sala ha entendido que:

“...el propósito allí referido (haciendo alusión al art. 146) no sólo puede ser patrimonial sino de cualquier otra índole derivada de la transgresión de los principios que rigen la contratación estatal, lo cual resulta claro cuando se elude el procedimiento establecido, se privilegia a unos contratistas en detrimento de otros, se contrata en

condiciones técnicas que no corresponden al objeto del contrato, o se viola el principio de selección objetiva, entre otras eventualidades, pues es claro que un contratista resulta beneficiado con la adjudicación de un contrato tramitado irregular o ilícitamente”²

.

Ahora, el texto del artículo 146 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 1 del Decreto 141 del mismo año y por el 57 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en el cual se profirió resolución de acusación, es el siguiente:

“Artículo 146. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales”.

Acorde con el anterior precepto, el tipo penal de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se estructura así:

- i) Que se ostente la calidad servidor público y éste sea el titular de la competencia funcional;
- ii) Que el servidor actúe de manera alternativa, así:

* Tramite el contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o

* Celebre o liquide un contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales; y

i. Que la conducta se realice con el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero.

5. El convenio interadministrativo 0139 celebrado entre INVÍAS y el Departamento del Amazonas fue suscrito por FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO en calidad de Gobernador y representante del ente territorial, tal como se acreditó en el proceso³

, y en esa misma condición, suscribió los contratos de obra pública y las órdenes de trabajo para su ejecución, cuyas copias obran en el expediente⁴.

Ello es natural porque la Ley 80 de 1993, artículo 11, numeral 3, literal b), faculta a los gobernadores para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas, a nivel departamental.

El procesado se desempeñaba como Gobernador del Departamento del Amazonas y en calidad de representante legal del ente territorial suscribió el convenio interadministrativo No. 0139 con INVÍAS, para el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá, en cuya ejecución decidió posteriormente realizar múltiples contratos que adjudicó de manera directa; en consecuencia, se cumple el primer presupuesto de la conducta punible objeto de análisis, esto es que ostentaba la calidad de servidor público y era el titular de la competencia funcional, tal como lo reclama el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

6. En el caso que ocupa la atención de la Sala, los sujetos procesales admitieron que el Gobernador celebró el convenio interadministrativo No. 0139 para el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá, cuya copia fue allegada al proceso⁵.

También aceptaron que para la ejecución de dicho convenio, el Gobernador del Amazonas acudió a la contratación directa mediante la celebración de diversos contratos de obra y órdenes de trabajo.

Además, en el plenario está acreditada la celebración de múltiples contratos de obra celebrados para la ejecución del Convenio 0139 de 1995, así6

:

FECHA

Contrato

Valor

Objeto

31-07-95

011

\$14'860.000.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 3+098 al Km 3+182

012

\$14.847.000.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+2.46.1 al Km 2+321.1

013

\$14.564.000.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+321.1 al km 2+405

014

\$14.859.000.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 3+023 al km 3+098

09-08-95

015

\$14'711.629.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+948 al km 3+023

09-09-95

016

\$14'849.280.40

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+480 al km 2+555

09-08-95

017

\$13'890.750.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+078 al km 2+162

018

\$14'000.000.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 23+182 al km 3+249

019

\$14'858.478.49

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+405 al km 2+480.1

020

\$14'752.565.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+648 al km 2+723

021

\$14'808.691.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+798 al km 2+873

022

\$14'860.000.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+162 al km 2+246.1

023

\$14'858.100.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+873 al km 2+948

16-08-95

024

\$14'785.962.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+723 al km 2+798

025

\$14'774.094.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+555 al km 2+630

027

\$3'000.325.00

Construcción de alcantrilla en la carretera Leticia-Tarapacá, sector K12+227

12-09-95

028

\$4'541.988.00

Construcción de alcantrilla en la carretera Leticia-Tarapacá, sector K12+495

029

\$14'860.297.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 6+531.10 al Km 6+606.1

030

\$14'862.788.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 6+681 al Km 6+756.1.1

031

\$14'691.678.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 6+915 al Km 6+999.1

032

\$14'739.426.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 6+999 al Km 7+083.1

033

\$14'800.000.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+251.1 al km 7+335.1

13-09-95

034

\$14'755.500.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 6+606 al km 6+681.1

035

\$14'811.420.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 6+756 al km 6+831.1

036

\$14'818.956.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 6+831 al km 6+915.1

037

\$14'857.975.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+069 al km 8+144.1

038

\$14'854.656.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+144 al km 8+219.1

18-09-95

040

\$14'679.625.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. 210 Kg/Cm3 Sector Km 7+503 al km 7+578.1

19-09-05

041

\$14'851.870.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+335.1 al km 7.419.1

042

\$14'403.598.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+587.1 al km 7+671.1

043

\$4'825.062.50

Construcción de alcañtrilla en la carretera Leticia-Tarapacá, sector K7+320

044

\$14'645.200.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+141.1 al km 9+225.1

25-09-05

045

\$14'858.375.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000

P.S.I. Sector Km 7+746.1 al km 7.821.1

046

\$14'968.175.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+419.1 al km 7+503.1

047

\$14'761.468.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+219 al km 8+303.1

048

\$13'640.625.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+837.1 al km 8+921.1

050

\$14'793.234.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+083.1 al km 7+167.1

10-10-05

051

\$14'798.200

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+690.1 al km 98+774.1

052

\$14'795.500.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+671.1 al km 7+746.1

054

\$14'693.219.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+303 al km 8+387.1

055

\$14'636.416.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+226.1 al km 9+309.1

17-10-95

059

\$14'771.904.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+167.1 al km 7+251.1

060

\$2'560.000.00

Adelantar obras de mantenimiento de la vía, recuperación de las zonas laterales en la
carretera Leticia-Tarapacá, sector 18 al 20

19-10-05

061

\$14'803.470.08

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+537.1 al km 8+612.1

062

\$14'795.113.29

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+387 al km 8+462.1

063

\$14'861.573.75

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+462.1 al km 8+537.1

064

\$14'804.138.75

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+612.1 al km 8+687.1

25-10-95

066

\$14'745.953.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+309 al km 9+393.1

16-11-95

068

\$14'632.025.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+543.1 al km 9+618.1

23-11-95

071

\$14'843.019.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+687.1 al km 8+762.1

072

\$4'412.462.50

Construcción de un Box Coulbert en el kilómetro 13+228 de la carretera Leticia
Tarapacá

073

\$14'690.031.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto. Sector
Km 7+980.1 al km 8+064.1

074

\$14'811.870.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+468 al km 9+543.1

075

\$4'791.135.70

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 2+630 al km 2+648.1

24-11-95

076

\$14'853.856.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+905 al km 7+980.11

27-11-95

077

\$14'820.529.50

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+393.1 al km 9+668.1

04-12-95

079

\$3'670.312.50

Construcción de alcañtrilla en la carretera Leticia-Tarapacá, sector K7+500

080

\$7'262.963.00

Construcción de una alcantarilla doble con tubos de 36" en el K 19 de la carretera
Leticia-Tarapacá

13-12-95

085

\$14'828.687.50

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+762.1 al km 8+837.1

086

\$14'858.375.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+849 al km 9+921.1

087

\$14'847.197.04

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+774 al km 9+849.1

15-12-95

089

\$14'854.723.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 7+821 al km 7+905.1

090

\$14'838.182.45

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 8+762 al km 8+837.1905.1

29-12-95

092

\$14'865.388.00

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 9+618 al km 9+690.1

094

\$5'874.688.64

Mejoramiento carretera Leticia-Tarapacá Construcción calzada central en concreto de 3.000
P.S.I. Sector Km 12+399

095

\$4'854.031.25.

Construcción de alcantrilla en la carretera Leticia-Tarapacá, sector K14+450

De igual manera, el Gobernador del Amazonas efectuó numerosas órdenes de trabajo con el objeto de realizar cunetas, perfilado de bermas, arreglo de salidas de aguas, limpieza de la carretera, limpieza de descoles, limpieza de talud, etc. La relación de

dichas órdenes es la siguiente :7

FECHA

Orden

Valor

Objeto

31-07-95

059

1'749.900.00

Limpieza de descoles según diseños adjuntos

04-09-95

061

1'669.100.00

31-07-95

064

1'780.000.00

Relleno compactado que incluye limpieza de terreno Km4+200 al Km 5+400, sellado de separados en tierra y agregados, placas huellas existentes y desmonte de zonas laterales

19-06-95

069

2'130.000.00

Cunetaje, perfilado de bermas, arreglo de las salidas de aguas, limpieza de la zona de carretera (hasta la cerca) tapada de huecos en una distancia aproximada de 2500 ml (1.250 ML por cada lado de la vía) entre el abscizado Km 13+000 al Km 14+250

19-06-95

070

1'900.000.00

Cunetaje, perfilado de bermas, arreglo de las salidas de aguas, limpieza de la zona de carretera (hasta la cerca) tapada de huecos en una distancia aproximada de 2500 ml (1.250 ML por cada lado de la vía) entre el abscizado Km 13+000 al Km 14+250

28-08-95

074

1'650.800.00

Trabajo de limpieza en la vía que conduce a Tarapacá, sobre las abscizas relacionadas en la orden

31-08-95

075

1'200.000.00

Construcción y adecuación de acceso a predios laterales de las vías. Limpieza descoles.
Tramo 12+000 al 14+000.4

1995

077

1'544.000.00

09-08-95

078

507.000.00

Limpieza de talud y perfilado de cuentas Km 17-18+300

09-08-95

080

1'228.000.00

Limpieza y perfilado de cunetas en los dos lados y limpieza talud hasta la cerca de los
dos lados Km 4 -372-5+600

Sin fecha

081

1'722.000.00

Relleno y limpieza de separadores, limpieza y perfilado B de cunetas y desmonte de talud
Km 15 16+780

Sin fecha

083

1'400.000.00

Limpieza y recuperación cunetas, incluye rediseño y construcción de las mismas Km
4+531.1 al Km 6+531.1 ML 2.000

Sin fecha

090

807.400.00

Limpieza, desmalezar del talud a la cerca 2.400, cunetas y perfilado B de cunetas y
desmonte de talud Km 15 16+780

1995

091

1'200.000.00

10-05-95

092

1'550.000.00

Limpieza de talud hasta la cerca: perfilado de cunetas, perfilado de bermas Km 23 a 24

19-09-95

093

950.000.00

Limpieza en la vía que conduce a Tarapacá, sobre las abscizas Km3+500 al 4+500.
Limpieza y perfilado de cunetas 1.000 limpieza de talud hasta la cerca 1.000 3 descoles
600 costado derecho sur-norte

25-09-95

096

840.000.00

Trabajos de limpieza en la vía que conduce a Tarapacá, sobre las abscizas que se relacionan en la orden

1995

098

800.000.00

NOTA: aparece como contratista EDINSON CURICO

1995

098

781.008.00

NOTA: aparece como contratista RAMONI CAVALCANTI

1995

099

460.000.00

1995

100

1'600.000.00

29-09-95

101

1'680.000.00

Limpieza zonas laterales a borde de cerca e incluye retiro de sobrantes, de conformidad con los sectores relacionados

29-09-95

103

1'550.000.00

Limpieza de talud hasta la cerca, perfilado de cuneta B y perfilado de bermas Km 21 al Km 22

29-09-95

104

1'550.000.00

Trabajos de limpieza en la vía que conduce a Tarapacá, sobre las abscizas que se relacionan en la orden

1995

105

1'550.000.00

24-10-95

111

1'111.800.00

Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá K 12+000, descoles, cunetas perfilado D

1995

112

1'620.000.00

30-10-95

115

1'100.000.00

Limpieza y perfilado de cunetas, limpieza de talud hasta la cerca 4, descoles

1995

116

1'450.000.00

30-10-95

118

1'500.000.00

Trabajos de limpieza y descole de agua en el Km 12 por 250 metros, en la vía que conduce a Tarapacá

1995

120

751.640.00

16-11-95

123

528.280.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 4+372 al 5+246 MI
Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

Sin fecha

124

751.640.00.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 8+921 al 9+483
Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

17-11-95

128

609.000.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 13+845 al 14+370
Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

01-12-95

129

650.000.00

Limpieza y apertura de cunetas sobre el tramo del Sector Km 1+980 a 3+400

07-12-95

130A

1'680.000.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 22+200 al 23+000
Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

1995

133

1'368.000.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 16+400+600 Mejoramiento
carretera Leticia Tarapacá

12-12-95

134

1'272.000.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 17+000 al 17+600. Todo en
ambos lados. Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

Sin fecha

135

1'200.000.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas, limpieza alcantarillas K 6+12
al 7+12 1000 ML. Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

12-12-95

136

1'640.000.00

Kilómetro 13+843.80 y 13+967.80 Descoles alcantarillas con caída tipo D 2.60 MTS
C/L

19-12-95

139

900.000.00

Recuperación zona lateral derecho. Vía Leticia Tarapacá, incluye desmonte y tumba de
arbustos Km 1+998 al 3+002 1.004 ML

10-12-95

139A

1'520.000.00

Desmonte de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas, todo por ambos lados 800 Mts
ML C/L Mts Total Km 7+950 al 8+750

26-12-95

140

882.000.00

Desmonte de talud, perfilado de cunetas y limpieza de descoles K12+000 al 13+800
Ambos lados.

19-12-95

142

1'500.000.00

Trabajos de fumigación, limpieza bermas y talud Km 5+000 al 6+000

Acreditados como están los supuestos fácticos de la acusación, encuentra la Sala que el debate se centra en aspectos meramente jurídicos, pues la Fiscalía y el Ministerio Público propugnan por la condena del procesado, al considerar que éste desconoció los requisitos legales esenciales de la contratación por fraccionar la ejecución del contrato para eludir la licitación pública, mientras la defensa alega que su prohijado actuó de conformidad con la normatividad vigente porque, tratándose de un convenio interadministrativo, podía acudir al proceso de contratación directa en los términos del Decreto 855 de 1994, como en efecto lo hizo.

7. El tipo penal prohíbe una conducta alternativa, pues consagra tres hipótesis a saber: i) La “tramitación” del contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para su formación, etapa dentro de la cual se incluyen las fases anteriores a la celebración del compromiso contractual; ii) La celebración del contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales; y iii) la liquidación en las mismas condiciones que la celebración.

Sobre las diversas opciones mediante las cuales se tipifica el ilícito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos, esta Corporación ha dicho que:

“esa distinción se ofrece consecuente con la forma en que en la práctica las entidades del Estado llevan a cabo la función contractual. En efecto, es sabido que la celebración de un contrato y su posterior ejecución, conlleva la realización de un sinnúmero de actos que se realizan, normalmente, a través de diversos órganos de la administración, en una relación concatenada de antecedente a consecuente, lo que perfila uno de los procesos administrativos más complejos.

Todo indica que el legislador tuvo en cuenta esa realidad al definir la conducta prohibida, y que quiso cobijar a través de ella tanto a los servidores públicos de rango medio en la organización que por razón de sus funciones interviene en la tramitación del contrato, como a aquéllos que con ocasión de su cargo son titulares de la función contractual, últimos a quienes se reserva la facultad de celebrar y liquidar el contrato, para lo cual se demanda una estricta labor de supervisión, inexcusable, en cuanto garantes de la legalidad de la actuación, precisamente por que son los únicos que pueden comprometer con su voluntad final los dineros del erario”⁸.

Según se planteó anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, artículo 11, numeral 3, literal b), la facultad para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas, la ostentan a nivel departamental los gobernadores, quienes pueden delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos, en servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes, tal como lo autoriza el artículo 12 ibídem.

Acorde con lo que viene de decirse, se encuentra que el acusado se ocupó directamente del trámite y suscripción de los contratos, pues no aparece prueba de la delegación expresa, ni de la desconcentración; además, en este último evento, el Decreto 679 de 1994, artículo 7, que reglamenta el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, expresamente excluye la posibilidad de atribuir competencias para la adjudicación o celebración del

contrato.

La intervención del Gobernador en el trámite y celebración del contrato se corrobora con lo expuesto en su versión libre, donde aceptó que junto con su equipo de gobierno decidió distribuir los recursos en pequeños contratos que beneficiaran al mayor número de familias desempleadas y aunque afirma que la fase precontractual estuvo a cargo de la Oficina Jurídica, donde se evaluaron las propuestas con la ayuda de la Secretaría de Obras Públicas, también indica que posteriormente los contratos pasaban para su firma⁹, como en efecto se observa al revisar dichos contratos.

Al rendir indagatoria, el procesado explicó que se había acudido a la contratación directa, de común acuerdo con INVÍAS, y en términos similares, al ser interrogado durante la audiencia pública, expuso que había escogido ese procedimiento por tratarse de un contrato interadministrativo, cuya cláusula séptima así lo autorizaba expresamente¹⁰.

En igual sentido declaró AUGUSTO CRUZ HERNÁNDEZ, quien se desempeñó como Secretario de Obras Públicas del Amazonas en 1995 y al ser interrogado sobre las razones por las cuales no se realizó licitación pública, sostuvo que era de la discrecionalidad del ordenador del gasto y la oficina jurídica, pero desconocía la participación del Gobernador porque al testigo le llegaban los contratos perfeccionados ¹¹.

Por su parte, FRANCO EMIRO RIASCOS OLARTE, interventor designado por INVÍAS para la ejecución del Convenio 0139 de 1995, dijo haber hallado prácticamente adjudicados los contratos e indicó que como razones para omitir la licitación, el Gobernador adujo una mayor contratación de obra ¹².

Es evidente que el Gobernador participó activamente tanto en el trámite, como en la celebración de los contratos y así se observa en las copias que de los mismos obran en

el plenario, los cuales aparecen suscritos por FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO en su calidad de representante legal del Departamento del Amazonas.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptase que el mandatario departamental atribuyó a ciertos funcionarios la facultad de adelantar algunos trámites precontractuales, no puede olvidarse que en su calidad de Gobernador del Amazonas, era el garante de la guarda íntegra del ordenamiento jurídico en los actos de la administración seccional.

Además, Los principios de confianza y buena fe no eximen de responsabilidad al procesado y así lo dijo la Corte al señalar que:

“cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público y no ha sido expresamente delegada en otro, sino que, como en este caso, sólo ha delegado en funcionario de menor rango el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante reasume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y la justicia”¹³

Es que la administración pública tiene un desempeño complejo, pues requiere la intervención de numerosos funcionarios, pero no por ello, puede escudarse la defensa en el principio de confianza y buena fe, dado que la función del procesado no se agotaba con el examen formal de la actuación, ni con la firma mecánica de los contratos, y por el contrario, su deber ineludible radicaba en “observar” o “verificar” el

cumplimiento de los requisitos legales esenciales antes de proceder a la “tramitación”, “celebración” o “liquidación” del contrato.

Para el caso concreto, el Gobernador realizó dos de las conductas alternativas, porque tramitó y celebró los contratos de obra y las órdenes de trabajo, a través de la contratación directa, procedimiento cuestionado por la Fiscalía al proferir resolución de acusación, por considerar que el funcionario no observó, ni verificó el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

7.1. El ilícito penal imputado al procesado consagra como ingrediente normativo la violación de los requisitos legales esenciales del contrato y, por tratarse de un tipo penal en blanco, su integración debe efectuarse con las disposiciones constitucionales y legales que reglamentan el tema de la contratación administrativa.

En ese orden de ideas, tanto los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Carta, como los principios de transparencia, economía y responsabilidad previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, componen materialmente el tipo penal de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En torno a este tema y de manera reiterada, la Sala ha sostenido que:

“Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, desentrañar cuáles son esos requisitos legales esenciales con apoyo en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993 (estatuto de la contratación pública).

(...)

Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública.

La existencia de invitación a ofertar, la evaluación técnica imparcial, la acreditación de experiencia y la concesión de un puntaje justo a los concursantes son factores integrantes del principio de selección objetiva. Cuando se promueve la ausencia o la manipulación de tales exigencias, con conocimiento y voluntad inteligentemente dirigidos al desconocimiento del principio de selección objetiva, entonces se está ante un evento típico de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales.”

En igual sentido, ha dicho que si bien los trámites inherentes al procedimiento contractual, aisladamente observados no alcanzan la calidad de requisitos esenciales de los contratos, si tienen ese talante los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que se garantizan precisamente a través del cumplimiento de esos trámites; de ahí que quien voluntariamente decida desconocerlos, puede incurrir en el ilícito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales¹⁴.

7.2. Para dilucidar si en este caso existió o no incumplimiento de los requisitos legales esenciales en la celebración de los contratos, deben resolverse previamente los siguientes problemas jurídicos: i) Cuál es la naturaleza jurídica del convenio interadministrativo 0139 de 1995 y cuál la de los contratos y órdenes de trabajo mediante los cuales se ejecutó dicho convenio, y ii) Cuál es el objeto contractual del convenio 0139 de 1995.

7.2.1. Siguiendo el derrotero propuesto, debe ahora aclararse cuál es la naturaleza jurídica del denominado “convenio 0139 celebrado entre INVÍAS y la Gobernación del Amazonas” y cuál la de los múltiples contratos y órdenes de trabajo que para su ejecución fueron adjudicados mediante contratación directa.

Esta distinción se efectúa para clarificar los conceptos en torno a los cuales se desarrolló el debate oral, toda vez que la defensa arguyó insistentemente la calidad de interadministrativos de los contratos de obra y órdenes de servicio celebrados por el procesado, para concluir que su actuación se ajustó a derecho.

La Ley 489 de 1998, artículo 95, consagró la posibilidad que tienen las entidades públicas de asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos.

El convenio interadministrativo es un negocio jurídico bilateral, celebrado entre dos entidades públicas que dentro de unas típicas relaciones de colaboración pretenden alcanzar un interés general, a diferencia de lo que ocurre en el contrato interadministrativo donde cada una de las partes tiene diversidad de intereses y el contratista se encuentra en el mercado, de la misma manera que lo hacen los particulares.

Así las cosas, la característica de interadministrativo de un convenio o contrato, surge de la calidad de las partes, es decir que ambas deben ser de naturaleza pública y es esa la razón por la cual el ordenamiento jurídico colombiano les ha otorgado un tratamiento excepcional, en virtud del cual excluye estas relaciones jurídico negociales de la licitación pública y permite acudir a la contratación directa.

En este evento, una entidad pública -INVÍAS- transfirió recursos al ente territorial, con el fin de que éste los destinara al mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá y, por tanto, constituye un auténtico convenio interadministrativo.

Situación distinta se presenta cuando al ejecutar el convenio 0139 de 1995, el Departamento del Amazonas adjudicó contratos y órdenes de trabajo a personas particulares, pues éstos no constituyen contrato, ni convenio interadministrativo porque, se insiste que, para alcanzar dicha connotación, ambos contratantes tendrían que ostentar la calidad de entidades públicas. En consecuencia, esta multiplicidad de contratos y órdenes de trabajo no pueden incluirse, como lo pretende la defensa, dentro de la excepción legal que permite la contratación directa para los contratos interadministrativos, al tenor de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 1, literal c).

Por otra parte, INVÍAS es un Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, que efectuó una transferencia de recursos públicos, pertenecientes al Presupuesto Nacional, con el fin de que el Departamento del Amazonas ejecutara la obra de mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá.

Los recursos salen del presupuesto de inversión de INVÍAS, a título de transferencia y, a su vez, la entidad beneficiaria debe incorporarlos al presupuesto de inversión de la vigencia, en la sección, el programa y el proyecto para el cual se convino destinarlo, sin que pueda sufrir variación porque el giro se efectúa a una cuenta especial, con destinación específica.

Al revisar los comprobantes de pago de los contratos de obra celebrados por el Departamento del Amazonas para el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá, se encuentra que esta entidad territorial ingresó los dineros a gastos de inversión del presupuesto, en los proyectos i) Continuación construcción calzada central y mantenimiento carretera Leticia - Tarapacá, proyecto 24, Secretaría de obras públicas y ii) Continuación construcción calzada central y mantenimiento carretera Leticia - Tarapacá, Proyecto 5.6.1. Sección transporte, corroborándose así el ingreso de los recursos al presupuesto departamental.

Cuando el dinero ingresa al presupuesto departamental, genera responsabilidad para el representante de la entidad beneficiaria, en este caso para el Gobernador, quien no podría disponer de él arbitrariamente, y por el contrario, adquiriría la obligación de administrarlo y destinarlo conforme a los principios del sistema presupuestal (planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, inembargabilidad, coherencia macroeconómica y la homeóstasis) consagrados en el Decreto 360 de 1995, en el cual se compilaron la Ley 38 de 1989, artículo 8 y la Ley 179 de 1994, artículo 4 que conforman el Estatuto Tributario.

Si contrario al planteamiento defensivo, los dineros ingresaron al presupuesto departamental, la adjudicación de los contratos a través de los cuales se ejecutó la obra debía someterse a las normas que regulan la contratación administrativa (Ley 80 de 1993) y especialmente a los principios de transparencia, moralidad, eficiencia y responsabilidad.

7.2.2. De conformidad con lo estipulado expresamente en el Convenio Interadministrativo No. 0139 de 1995, el objeto contractual consistía en el mejoramiento de la vía Leticia-Tarapacá y los recursos fueron girados por INVÍAS a la cuenta del Banco de Bogotá No. 407-02108-8 denominada “Mejoramiento de la Carretera Leticia-Tarapacá -Convenio Interadministrativo 139-95”; es decir, que la totalidad de los recursos fueron girados con esa destinación específica, aunque su ejecución entre K2+078 a K 8+921 se dividió por tramos consecutivos y así puede observarse en la siguiente gráfica:

Contrato

Fecha

Sector

017

09-08-95

Km 2.078 - Km 2.162

022

09-08-95

Km 2.162 - Km 2.246

012

31-07-95

Km 2.246 - Km 2.321

013

31-07-95

Km 2.321 - Km 2.405

019

09-08-95

Km 2.405 - Km 2.480

016

09-09-95

Km 2.480 - Km 2.555

025

16-08-95

Km 2.555 - Km 2.630

075

23-11-95

Km 2.630 - Km 2.648

020

09-08-95

Km 2.648 - Km 2.723

024

16-08-95

Km 2.723 - Km 2.798

021

09-08-95

Km 2.798 - Km 2.873

023

09-08-95

Km 2.873 - Km 2.948

015

09-08-95

Km 2.948 - Km 3.023

014

31-07-95

Km 3.023 - Km 3.098

011

31-07-95

Km 3.098 - Km 3.182

018

09-08-95

Km 3.182 - Km 3.249

029

12-09-95

Km 6.531 - Km 6.606

034

13-09-95

Km 6.606 - Km 6.681

030

12-09-95

Km 6.681 - Km 6.756

035

13-09-95

Km 6.756 - Km 6.831

036

13-09-95

Km 6.831 - Km 6.915

031

12-09-95

Km 6.915 - Km 6.999

032

12-09-95

Km 6.999 - Km 7.083

050

25-09-95

Km 7.083 - Km 7.167

059

17-10-95

Km 7.167 - Km 7.251

033

12-09-95

Km 7.251 - Km 7.335

041

19-09-95

Km 7.335 - Km 7.419

046

25-09-95

Km 7.419 - Km 7.503

040

18-09-95

Km 7.503 - Km 7.587

042

19-09-95

Km 7.587 - Km 7.671

052

03-10-95

Km 7.671 - Km 7.746

045

25-09-95

Km 7.746 - Km 7.821

089

15-12-95

Km 7.821 - Km 7.905

076

24-11-95

Km 7.905 - Km 7.980

073

23-11-95

Km 7.980 - Km 8.064

037

13-09-95

Km 8.069 - Km 8.144

038

13-09-95

Km 8.144 - Km 8.219

047

25-09-95

Km 8.219 - Km 8.303

054

10-10-95

Km 8.303 - Km 8.387

062

19-10-95

Km 8.387 - Km 8.462

063

19-10-95

Km 8.462 - Km 8.537

061

19-10-95

Km 8.537 - Km 8.612

064

19-10-95

Km 8.612 - Km 8.687

071

23-11-95

Km 8.687 - Km 8.762

085

13-12-95

Km 8.762 - Km 8.837

048

25-09-95

Km 8.837 - Km 8.921

Además se contrataron obras complementarias a través de órdenes de trabajo consistentes en realizar cunetas, perfilado de bermas, arreglo de salidas de aguas, limpieza de la carretera, limpieza de descoles, limpieza de talud, etc, en la misma carretera Leticia-Tarapacá, es decir que correspondían al mismo objeto.

A lo anterior, debe añadirse que las órdenes de trabajo fueron imputadas casi en su totalidad al rubro presupuestal "Continuación construcción calzada central y mantenimiento carretera Leticia - Tarapacá, Proyecto 5.6.1. Sección transporte", mientras que los contratos de obra fueron imputados presupuestalmente a dos rubros: "i) Continuación construcción calzada central y mantenimiento carretera Leticia - Tarapacá, proyecto 24, Secretaría de obras públicas; o ii) Continuación construcción calzada central y mantenimiento carretera Leticia - Tarapacá, Proyecto 5.6.1. Sección transporte".

La relación de los rubros presupuestales a los cuales se imputaron los contratos de obra según la resolución de acusación, es la siguiente¹⁵:

FECHA

Contrato

Rubro

Cuenta de la cual se giró el pago de cada contrato

31-07-95

011

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.293)

012

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.266)

013

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 6, fls.204)

014

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.364)

09-08-95

015

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.306)

09-09-95

016

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.202)

09-08-95

017

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.97)

09-08-95

018

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.319)

09-08-95

019

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.150)

020

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.254)

021

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.67)

022

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.44)

023

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.285)

08-16-95

024

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.51)

025

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 7, fls.231)

09-09-95

027

Proyecto 24 Sec. Obras públicas

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.227)

09-12-95

028

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.306)

029

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.24)

030

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.132)

031

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 10, fls.348)

032

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.191)

033

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.169)

13-09-95

034

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.308)

035

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 7, fls.272)

036

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 7, fls.260)

037

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.26)

038

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.88)16

18-09-95

040

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 7, fls.158)

19-09-05

041

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 6, fls.97)

042

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.221)

043

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.109)

044

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

25-09-05

045

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 6, fls.66)

046

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.446)

047

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

048

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.407)

050

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.361)

10-10-05

051

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.134)

052

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.423)

054

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.253)

055

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 6, fls.41)

17-10-95

059

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 6, fls.170)

060

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 7, fls.124)

19-10-05

061

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

062

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.342)

063

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

064

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

25-10-95

066

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.70)

16-11-95

068

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 9, fls.158)

23-11-95

071

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

072

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.392)

073

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.204)

074

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.262)

075

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.204)

24-11-95

076

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.138)

27-11-95

077

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 6, fls.277)

04-12-95

079

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 11, fls.84)

080

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.337)

13-12-95

085

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 4, fls.44)

086

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 11, fls.120)

087

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 11, fls.136)

15-12-95

089

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.112)

090

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 11, fls.182)

29-12-95

092

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 7, fls.182)

094

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 8, fls.222)

095

Proyecto 5.6.1 Sec. Transporte

401-2108-8 (Cdno Anexo 5, fls.382)

La división del objeto contractual se confirma al verificar que las obras fueron imputadas presupuestalmente a dos rubros de gastos de inversión, pero los comprobantes de pago de unos y otros fueron imputados contablemente a la cuenta corriente No. 407-02108-8, la misma a la cual se giraron los dineros transferidos por INVÍAS al Departamento del Amazonas, para el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá.

Es cierto que, mediante oficio 17621 fechado el 13 de septiembre de 1995, la Subdirectora de Construcción de INVÍAS informó al Gobernador sobre la aprobación del plan de inversiones propuesto para la recuperación de la carretera Leticia-Tarapacá, así:

“1. K 2+078 - K3+249 construcción de una calzada central en concreto rígido de 3.000 PSI, 3.50 mts de ancho y espesor de 0.15 debidamente reforzado.

2. K 6+531 - K8+921.1. Construcción de una calzada central en concreto rígido de 3.000 PSI, 3.50 mts de ancho y espesor de 0.15 debidamente reforzado.

La ampliación de las alcantarillas existentes de 24 a 36 pulgadas, se adelantará a la altura de las abscisas: K10+500, K11+300, K19+700 y K23+650. El puente del K. 24+400, así como los Box-Culverts de los K. 18+500; K19+500 y K20+700 estarán sujetos a las especificaciones técnicas de diseño y de construcción que el Instituto Nacional de Vías aprobará...”.

Sin embargo, este oficio no permite la división del objeto contractual en dos tramos, como lo admite la Fiscalía, pues se trata de un documento en el que sólo se consignaron las especificaciones técnicas relacionadas con determinados parajes de la vía, las cuales debían tenerse en cuenta en los términos de referencia.

Aunque el fraccionamiento de contratos no aparece regulado expresamente en la Ley 80 de 1993, como ocurría con las disposiciones legales que le antecedieron; no por ello está permitido y, al contrario, la prohibición se infiere implícitamente a partir de reglas y principios como el contenido en el artículo 24, numeral 8, según el cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al mismo tiempo proscribire eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos consagrados en dicho estatuto.

Es claro, conforme a lo visto, que cuando un servidor público elude los procedimientos de selección objetiva, por ejemplo mediante el fraccionamiento de contratos, incurre en un favorecimiento indebido y, por ende, su actuación acarrea las responsabilidades previstas en la misma ley.

Recientemente esta Corporación sostuvo que el fraccionamiento de contratos tiene lugar:

“... 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”.¹⁷

En síntesis, el objeto contractual era único y esa unidad natural se fraccionó artificiosamente, al adjudicar la ejecución de la carretera en forma segmentada, es decir, dividiendo la vía en trayectos consecutivos y obras complementarias.

7.3. Efectuadas las anteriores precisiones, se ocupará la Sala de determinar si las irregularidades advertidas en la adjudicación de la obra de mejoramiento de la vía Leticia-Tarapacá, constituyen una violación de los requisitos legales esenciales.

Tal como se anotó anteriormente, los principios constitucionales y legales integran materialmente el tipo penal; de ahí que el análisis sobre la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tenga que remitirse indefectiblemente a ellos, bajo el entendido de que quienes intervengan en la contratación estatal deben actuar con arreglo a los postulados superiores y a los principios de transparencia, economía y responsabilidad definidos en los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, e igualmente con sujeción al deber de selección objetiva previsto en el artículo 29 ibídem.

7.3.1. El principio de transparencia y la licitación pública

En virtud del principio de transparencia, la actuación de la administración debe ser imparcial y pública, para que los funcionarios estatales ejerzan sus atribuciones de manera diáfana, cristalina, evitando arbitrariedades o desafueros.

Concretamente en materia contractual, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 contempla el principio de transparencia, según el cual, las autoridades tienen el deber de ceñirse al principio de legalidad y a la finalidad de interés público; por tanto, no pueden obrar con abuso o desviación de poder y les está prohibido eludir tanto los procedimientos de selección objetiva como los demás requisitos legales.

Por regla general la escogencia del contratista debe efectuarse a través de licitación o concurso públicos para garantizar la escogencia objetiva, ajena a motivaciones subjetivas y a intereses particulares; no obstante, de manera excepcional y restrictiva, en eventos señalados taxativamente, se permite acudir a otros procedimientos como el de la adjudicación directa en los contratos interadministrativos y en los de menor cuantía.

La defensa del procesado sostuvo que los contratos celebrados para la ejecución de la vía eran interadministrativos, y en consecuencia, el Gobernador no estaba obligado a acudir a una licitación o concurso; sin embargo, sólo una de las partes (el Departamento del Amazonas) ostentaba la calidad de entidad pública, y la adjudicación de contratos y órdenes de trabajo a personas particulares no encaja en la excepción de la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 1, literal c), que autoriza la contratación directa de los contratos interadministrativos; de ahí que, al menos por esta causa, no fuera posible evadir la licitación pública.

Otra de las excepciones legales a la licitación o concurso público es la prevista en la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 1, literal a) relacionada con los contratos de menor cuantía, la cual ha sido determinada legalmente con fundamento en los salarios mínimos legales mensuales y el presupuesto anual de la respectiva entidad pública.

Para la vigencia fiscal de 1995 el presupuesto del Departamento del Amazonas se fijó en la suma de tres mil sesenta y un millones quinientos setenta y cinco mil trescientos cincuenta y cuatro pesos (\$ 3.061'575.354)¹⁸

y mediante el Decreto 2872 de 1994, el salario mínimo para el mismo año se fijó en \$118.933.50.

En esas condiciones, el Departamento del Amazonas tenía un presupuesto anual de 27.742 salarios mínimos legales mensuales, es decir, superior a 12.000 e inferior a 120.000, y ello, en los términos de la norma citada le permitía contratar de manera directa hasta 250 salarios mínimos legales mensuales, lo que equivale a \$29'733.375.00

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, ninguno de los contratos y órdenes de trabajo adjudicados para el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá superaba la menor, pero ello se debió al fraccionamiento del contrato, proceder que está prohibido legalmente.

En verdad, como lo afirmó la Fiscalía, la suma de los contratos celebrados en un mes, e incluso en un mismo día, rebasan el tope de la menor cuantía, por ejemplo: el 31 de julio de 1995 se celebraron cuatro (4) contratos de obra pública por valores que oscilaron entre \$14'564.000.00 y \$14'860.000.00, cuya suma asciende a \$59'130.000.00 y lo mismo ocurrió durante los meses siguientes.

En suma, analizadas las causales legales que permiten de manera excepcional acudir a la contratación directa, se concluye que en este caso no concurría ninguna de ellas, pues no se trataba de un convenio interadministrativo, ni de contrato de menor cuantía.

Acudió entonces el procesado a la práctica administrativa de fraccionamiento del contrato, para evadir la licitación pública, y pretendió así, dar apariencia de legalidad a la adjudicación directa.

Así las cosas, en nada favorece a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO el haberse ceñido al procedimiento previsto en el Decreto 855 de 1994 para la contratación directa, pues en virtud del principio de legalidad que rige la contratación administrativa, carecía de facultad para escoger arbitrariamente el proceso a seguir en la adjudicación de los contratos, y por el contrario, ante lo reglado del procedimiento, estaba en el deber de seleccionar el contratista mediante licitación pública.

Tampoco podía el acusado apoyarse en el convenio interadministrativo No. 0139 de 1995 para desconocer el procedimiento de selección objetiva, pues la cláusula séptima de dicho convenio lo que establece es la posibilidad de “atender los trabajos directamente o por medio de contratos”. Lo anterior quiere decir que, el Departamento habría podido ejecutar la obra si contaba con la infraestructura y los medios adecuados para realizarla con sus propios recursos humanos y técnicos, pero ello no ocurrió. Entonces, al elegir la realización de la obra a través de contratos, en su tramitación y celebración debía observar los requisitos legales de la contratación estatal.

Más aún, en el evento de que el Convenio autorizara al Gobernador para contratar directamente, un pacto en tal sentido carecería de toda validez porque la autonomía de la voluntad que se erige en postulado rector de los contratos, no tiene el alcance de facultar a una de las partes para desconocer la ley, en este caso la de contratación estatal, y entronizar criterios de discrecionalidad absoluta en contravía de normas acorde con las cuales tenía el deber jurídico de agotar un proceso de selección objetiva.

La prueba aportada por la defensa durante el juicio, esto es el memorando No. OAJ 33162, originado en la Subdirección de Red Terciaria y Férrea de INVÍAS, donde se emite concepto sobre aspectos relacionados con los convenios celebrados con los entes territoriales en la vigencia de 2007, tampoco justifica la conducta del procesado porque allí se hace referencia a un tipo de convenios en relación con los cuales se advierte que

“si los entes territoriales, ... no cuentan con la maquinaria y equipos, ni con el personal suficiente para la ejecución de las obras, deberán abrir procesos de contratación sujetándose a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y a la actual Ley de garantías, a fin de contratar el equipo, el personal y adquirir los suministros necesarios para la ejecución de las obras objeto del convenio...”(negrillas fuera del texto)

Y al responder la cuarta pregunta, insiste en que:

“Como se ha dicho, el ente territorial es el directo ejecutor de las obras en calidad de contratista. No obstante y si como igualmente se ha dicho, el ente debe abrir procesos de contratación para la adquisición de materiales, alquiler de maquinaria y contratación de personal, etc, deberá sujetarse a sus procesos de contratación según Ley 80 de 1993 y de conformidad con las limitaciones que le imponga la Ley de garantías” (negrillas fuera del texto)

Cuando en la primera respuesta se le niega la posibilidad a los entes territoriales de abrir procesos licitatorios, se refiere a una modalidad de convenio en la cual dichos entes territoriales “son los directos responsables por la ejecución de las obras en calidad de contratistas” y en estos casos “no se trata de una delegación de funciones para que el ente territorial contrate su ejecución..”.

Por su parte, el convenio firmado doce (12) años atrás entre INVÍAS y el Departamento del Amazonas, tiene unas connotaciones totalmente diferentes, porque de conformidad con lo previsto en la cláusula séptima, el Departamento podría atender los trabajos directamente, pero también se le autorizó para realizar la obra a través de contratos, es decir subcontratando, lo cual se encuentra expresamente prohibido en los convenios a que alude el concepto esgrimido por la defensa para alegar que el ente territorial no podría abrir proceso licitatorio.

Y finalmente, si se aceptara que el concepto sustenta la pretensión de la defensa, tendría

que reiterarse la conclusión según la cual, una autoridad administrativa no puede autorizar el desconocimiento de la legislación vigente en materia de contratación estatal.

Patente se advierte, así, que los contratos celebrados no eran interadministrativos y tratándose de un objeto único por valor de \$1.000'000.00, se superaba con creces la menor cuantía; además, no existían razones técnicas, ni económicas que le permitieran al procesado acudir de manera excepcional a la contratación directa.

En ese orden de ideas, también se llega a la conclusión de que el contrato no podía fraccionarse para su ejecución porque una actuación de esa naturaleza contrariaba el principio de transparencia y evidenciaba el interés en esquivar el cumplimiento de la ley, lo cual se encuentra prohibido en el Estatuto contractual (Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 8).

7.3.2. Principio de Planeación

El principio de planeación contractual también está previsto en la Ley 80 de 1993, artículo 25, numerales 7 y 12, según los cuales, antes de abrir un proceso de selección o de la firma del contrato, se analizará la conveniencia o inconveniencia del objeto o se impartirán las autorizaciones o aprobaciones; en consecuencia, se elaborarán los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia. Además, los términos de referencia, como lo dispone el numeral 5, literal c) ídem, deben definir entre otros aspectos, las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

A su vez, el artículo 30, numerales 1 y 2 estableció las reglas para efectuar la licitación o concurso, cuyo texto se transcribe en los apartes pertinentes:

“1. El jefe o representante legal de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de

acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad”.

Es grande la trascendencia que alcanza el requisito de planeación, porque con él se pretende obtener una sólida justificación del gasto público y un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento:

“La planeación constituye una fase previa y preparatoria del contrato, que determina su legitimidad y oportunidad para la consecución de los fines del Estado y permite políticamente su incorporación al presupuesto por cuanto la racionalidad de los recursos públicos implica que todo proyecto que pretenda emprender la Administración Pública debe estar precedido de un conjunto de estudios dirigidos a establecer su viabilidad técnica y económica, así como el impacto social que ésta tenga en la satisfacción de las necesidades públicas. Se trata de obtener una sólida justificación del gasto público con el objeto de lograr un manejo óptimo de los recursos financieros del Estado¹⁹

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente²⁰

que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir

compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y por supuesto mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos y análisis técnicos; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de los contratos, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras y servicios que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores y constructores profesionales que estén en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”²¹

La improvisación en la ejecución del convenio 0139 de 1995 es palpable, pues sin fórmula de juicio, ni estudio de conveniencia, el Gobernador del Amazonas dividió la vía en tramos consecutivos y obras complementarias, los cuales fueron suscritos

en distintas fechas y con precios totalmente diferentes, aunque se tratara de la realización de obras similares.

Como ejemplo de la irregular situación se encuentran las siguientes órdenes de trabajo:

17-11-95

128

609.000.00

Desmante de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 13+845 al 14+370
Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

07-12-95

130A

1'680.000.00

Desmante de talud, limpieza de cunetas, perfilado bermas K 22+200 al 23+000
Mejoramiento carretera Leticia Tarapacá

Obsérvese que la diferencia entre una y otra obra es de aproximadamente 300 mts y el valor de la segunda excede en mucho del doble a lo pactado por la primera.

A lo anterior, debe agregarse que el 13 de septiembre de 1995, cuando el INVÍAS aprobó el plan de inversiones, ya se habían celebrado diversos contratos y órdenes de trabajo para la ejecución de la obra, indicando ello que el interés primordial estaba orientado al gasto de los recursos.

8. La Corte tiene dicho que el elemento subjetivo del tipo, esto es, la realización de la conducta “con el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”, resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, pues el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal; de ahí que, cuando se transgreden los principios como el de selección objetiva, eludiendo el procedimiento preestablecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente²² y se estructura objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración y genere desventaja para el contratista.²³

Al ejecutar el convenio 0139 de 1995, FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO eludió la selección objetiva de los contratistas, adjudicando los contratos y ordenes de trabajo de manera directa, con lo cual favoreció a un gran número de personas, entre ellas a maestros de obra y obreros de pico y pala, que no habrían resultado beneficiados si se hubiera celebrado la licitación pública de acuerdo a la ley, porque carecían de las condiciones económicas, técnicas y administrativas para efectuar el mejoramiento de la carretera. Con ese proceder, de contera se evitó que otros contratistas, con el conocimiento y la capacidad de realizar la obra, pudieran participar en el proceso de contratación.

9. La conducta del procesado, a más de típica, es antijurídica, porque sin, justificación atendible, vulneró el bien jurídico tutelado de la administración pública, concretamente el principio de legalidad de la contratación administrativa, que es el valor protegido con el ilícito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El delito por el cual fue llamado a juicio FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, no protege

de modo directo los recursos del Estado, sino el proceso reglado mediante el cual las entidades públicas adelantan la contratación administrativa para la satisfacción de los intereses generales y, es esta la razón por la cual, se tipifica la conducta aunque la entidad resulte beneficiada.

Como corolario de lo expuesto, la conducta del procesado deviene antijurídica por haber desatendido el trámite legal de la contratación estatal, especialmente aquéllos preceptos que consagran los principios de transparencia planeación y responsabilidad, contenidos en el estatuto contractual de la administración pública, en desarrollo de las disposiciones supralegales y, los cuales le imponían el deber de adelantar una licitación pública para la adjudicación de los contratos.

10. Finalmente, encuentra la Sala que la conducta desplegada por el procesado fue dolosa, porque su amplia experiencia profesional y laboral, específicamente en el sector oficial (como concejal de Leticia, Alcalde Popular de la misma ciudad y Secretario de Gobierno del Departamento del Amazonas), le permitía conocer claramente cuál era el proceso legal de contratación al que debía someterse, y sin embargo, se encaminó a la ejecución de la conducta prohibida de manera libre y voluntaria, sin que en su favor, aparezca alguna de las causales de ausencia de responsabilidad dispuestas en el artículo 32 del Código Penal.

La función del acusado consistía en dirigir y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, según lo dispone la Ley 80 de 1993, artículo 26, numerales 1 y 5; en consecuencia, su función no se limitaba a la mera firma de los contratos y órdenes de trabajo preparados por sus colaboradores.

Entonces, con conocimiento de las consecuencias que acarreaba la infracción a los requisitos legales esenciales de los contratos estatales, el acusado intervino activamente tanto en la tramitación, como en la celebración de los mismos, para

favorecer ilícitamente a unos contratistas.

El acervo probatorio corrobora que fue el acusado, quien en compañía de su equipo de gobierno decidió deliberadamente adjudicar los contratos por vía directa, sin atender criterios razonables y soslayando las normas que rigen la contratación pública. Su anómalo comportamiento no es admisible, aunque para el efecto invoque el concepto favorable emitido por su Asesora Jurídica, toda vez que ello no lo relevaba de extremar la vigilancia y estricto control que le correspondía ejercer en relación con todas las fases contractuales.

Evidentemente el funcionario decidió fraccionar el contrato, con el único fin de habilitarse para ejecutar la obra mediante contratación directa, so pretexto de erradicar el alto índice de desempleo por el cual atravesaba el Departamento, pero con su irregular actuación olvidó que como funcionario oficial y, especialmente en su condición de Gobernador elegido por voto popular, estaba obligado a orientar su acción en beneficio del interés general; por tanto, el cumplimiento de fines altruistas no constituye una excusa válida para situarse, libre y voluntariamente, al margen de la ley.

11. En las anteriores condiciones, se alcanzó la certeza sobre la realización de la conducta punible atribuida al procesado y de su responsabilidad en calidad de autor, lo que impone emitir sentencia de carácter condenatorio.

12. Respuesta a los alegatos de los sujetos procesales.

A continuación se pronuncia la Sala sobre los argumentos de los sujetos procesales en aquellos aspectos que, hasta ahora, no han sido objeto de pronunciamiento en la presente providencia.

12.1. Durante su intervención en la audiencia pública, la Fiscalía solicitó proferir fallo condenatorio por el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos

legales, en concurso homogéneo y sucesivo, pues con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, ello no rompe la armonía cuando en el pliego de cargos se detalló la naturaleza plural del hecho y, por inadvertencia, no utilizó el término “concurso”, pues en tal caso existe consonancia fáctica.

Esta solicitud no está llamada a prosperar, si en cuenta se tiene que la resolución de acusación al resolver una petición de la defensa, insistió en que no se vulneró el principio del non bis in ídem, porque la resolución de 18 de julio de 1996 examinó exclusivamente la adjudicación directa de contratos a personas que no cumplían requisitos de idoneidad, pero allí no se efectuaron reparos al proceso mismo de contratación.

Se refería dicha decisión a las diligencias adelantadas por la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, donde se investigó a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO por los diversos contratos de obra pública celebrados para el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá (Amazonas), en relación con los presuntos delitos de prevaricato por acción, tráfico de influencias para obtener favor de servidor público, peculado por apropiación, celebración indebida de contratos y otros²⁴.

Esta actuación preliminar culminó con providencia de 18 de julio de 1996 en la cual la Fiscalía se abstuvo de abrir investigación contra el procesado, de tal manera que, condenarlo ahora por un hecho en relación con el cual se dictó auto inhibitorio, constituiría una franca vulneración al derecho de defensa.

De otro lado, la resolución de acusación señaló que el presente proceso “se encaminó a examinar precisamente el proceso de contratación, desde la óptica de si tenía o no que haberse llevado a cabo licitación pública para la ejecución de los

recursos del convenio 0139 cuyo objeto era el mejoramiento de la carretera Leticia-Tarapacá".(negrillas fuera del texto)

No se trató entonces de una "inadvertencia" de la Fiscalía al momento de atribuir jurídicamente la comisión del ilícito, sino que la investigación se orientó exclusivamente a establecer la necesidad de adjudicar la ejecución de la obra a través de licitación pública.

En consecuencia, el marco fáctico está definido por la elusión del procedimiento legal correspondiente, esto es la convocatoria a una licitación pública con el fin de adjudicar un solo contrato para el desarrollo del objeto.

De lo anotado emerge con facilidad que el llamamiento a juicio se ocupó del fraccionamiento de contrato como el medio para la ejecución de la conducta punible atribuida, al encontrar que el procesado evadió el proceso licitatorio; es decir, que la imputación fáctica se efectuó por un delito unitario.

En ese orden de ideas, si el pliego enjuiciatorio no cuestiona fácticamente cada uno de los contratos y órdenes de servicio, sino la irregularidad en que se incurre al esquivar la selección objetiva del contratista, una condena por concurso homogéneo y sucesivo rompería la armonía y devendría incongruente.

12.2. El ente acusador solicitó aplicar por favorabilidad la Ley 190 de 1995, artículo 32, en relación con la multa y no imputar la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58, numeral 9 del Código Penal, las cuales serán resueltas al momento de dosificar la pena.

12.3. La defensa solicitó integrar el tipo penal en blanco con la Ley 1150 de 2007, donde se autoriza la contratación directa para los convenios interadministrativos y para ello invocó razones de favorabilidad.

En réplica a esta tesis, se dirá que la Ley 1150 de 2007, al igual que la Ley 80 de 1993, artículo 24, contemplan como regla general la licitación pública y como excepción la contratación directa, entre otros, para los contratos interadministrativos; por tanto, si el legislador reprodujo la norma en los mismos términos, ninguna favorabilidad puede invocarse.

Y como si lo anterior fuera poco, se reitera, acorde con lo dicho anteriormente, que no estamos ante un convenio interadministrativo porque sólo el Departamento del Amazonas tenía la calidad de entidad pública.

12.4. Finalmente, la defensa invocó razones de conveniencia para acudir a la contratación directa, como: i) la eficacia y celeridad porque la duración del proceso licitatorio sin contienda sería de cuatro (4) a seis (6) meses, cuando el término de duración del convenio era de un (1) año, ii) el objeto contractual consistía en el mejoramiento de la vía, no en su construcción, y por ello, no eran necesarios conocimientos especiales, y iii) se buscó favorecer a las personas de la región.

Ninguno de estos argumentos enerva el juicio de reproche que amerita la conducta del procesado, quien como representante legal de la entidad territorial estaba obligado a obedecer disposiciones constitucionales y legales, según las cuales para ejecutar una obra de semejantes dimensiones tenía que realizar un solo contrato y acudir a la selección objetiva del contratista, a través de la licitación pública.

Existiendo norma legal aplicable, no puede el funcionario público anteponer razones de conveniencia para su desconocimiento, máxime si se tiene en cuenta que requiere autorización legal para legitimar sus actos, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Política, los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, mientras que los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas.

Por otra parte, no puede olvidarse que la actuación de la administración debe estar orientada a la satisfacción del interés general; sin embargo, el procesado prefirió satisfacer intereses particulares, que no por incluir a numerosas personas, pueden prevalecer sobre los de toda una comunidad.

Tampoco resulta cierto, como lo afirma la defensa, que cualquier ciudadano estuviera en capacidad de emprender el mejoramiento de la vía y realizar la obra en las condiciones requeridas. Así lo confirma la prueba a la que se aludirá enseguida.

Si bien es cierto que los contratos individualmente considerados no fundamentaron la resolución de acusación, también lo es que las copias allegadas regularmente al proceso constituyen prueba válida y permiten inferir la inexperiencia de los contratistas, quienes aparentemente no contaban con la infraestructura y los recursos necesarios para la correcta ejecución de la obra.

Bastante significativo resulta el oficio dirigido el 25 de junio de 1996 por ANTONIO JOSÉ RAMÍREZ SANTOS, el Ingeniero interventor de la Secretaría de Obras Públicas del Amazonas, a la Directora Jurídica de ese ente territorial y con copia al Gobernador, donde expone que fue necesario cumplir funciones extras a las propias de interventor como: “facilitar transporte de personal, equipo, herramienta y material. Enseñar al señor Mozombite al realización de la mayoría de las tareas de la construcción de alcantarillas” y finalmente recomienda la suspensión unilateral del contrato²⁵ (negritas fuera del texto).

Posteriormente, mediante oficio de 25 de julio de 1996, la Profesional Universitaria y el Técnico Operativo de Obras Públicas le informan al mismo interventor la existencia de irregularidades en la ejecución del mismo contrato (072-95)²⁶.

El mismo 25 de julio de 1996, el señor RAMÍREZ SANTOS dirige comunicación al Secretario de Obras Públicas Departamental, en la que lo alerta sobre las malas

condiciones de la obra ejecutada con el contrato 072 de 1995, así:

“El aspecto estético exterior acabados finales dejan mucho que desear y son claras muestras de cómo se pudo haber trabajado en su interior.

No se trabajó bajo ningún concepto técnico, luego es difícil proyectar su comportamiento...”²⁷

No empuce, el 16 de agosto del mismo año se suscribe acta de recibo final de la obra y liquidación del contrato, indicando que cumplió a cabalidad con las obras y se hicieron de acuerdo a las cantidades y especificaciones contratadas²⁸

.

El desconocimiento de los contratistas sobre las funciones que debían ejecutar, también quedó patente en el oficio remitido el 9 de noviembre de 1995, por el Arquitecto AUGUSTO CRUZ HERNÁNDEZ al contratista AUGUSTO DOÑEZ, con copia entre otros, al Gobernador del Amazonas. En dicho oficio, se le anuncia al señor DOÑEZ algunas recomendaciones técnicas y se le solicita suspender las labores hasta que aplique las recomendaciones sugeridas.

Se le enseña allí la manera cómo debía ejecutar el contrato No. 044-95 y dada la importancia de este escrito para ilustrar la incompetencia del contratista y analizar posteriormente la indolente conducta del acusado, se transcribe su texto completo:

“... Teniendo en cuenta que la mayoría de los contratistas están mezclando a mano y no a máquina, me permito hacerle recomendaciones para un buen mezclado:

MEDIDA DE LOS MATERIALES

La resistencia que se obtiene en el concreto depende, entre otras cosas, de las

proporciones de los materiales, por eso es muy importante medir las cantidades con cuidado.

Los agregados no se deben medir a paladas ni a carretilladas, porque quedan siempre llenas con cantidades diferentes, se debe usar siempre una misma medida para todos los materiales.

Como quiera que en la obra se está trabajando en la gran mayoría de los casos con sacos de 42.5 kgs, RECOMIENDO fabricar un cajón medidor sin fondo de las siguientes dimensiones 40 x 40 x 20 centímetros, que corresponde a un bulto de cemento de 42.5 kgs.

PROPORCIONES DE LA MEZCLA

La proporción exigida en la obra es de Una (1) parte de cemento, dos (2) partes de arena y dos (2) partes de gravilla, con lo cual las proporciones se dan por bultos y cajonados. La cantidad de agua a utilizar en la mezcla varía entre 20 y 25 litros pro cada saco de cemento (sic).

Como exigencia que teneos es principalmente la calidad y resistencia del concreto LA INTERNVENTORIA NO ACEPTARA MEZCLADAS MAYORES DE SEIS (6) SACOS DE CEMENTO CON DOCE (12) DE ARENA Y DOCE (12) DE GRAVILLA.

Lo anterior se debe a que con cantidades mayores NO SE TIENE UNA MEZCLA HOMOGENEA.

MEZCLADO A MANO DEL CONCRETO

Las mezclas producidas, siguiendo los pasos que le indico a continuación, dan buenos resultados.

1. Las mezclas se deben hacer sobre un piso limpio, plano, que no absorba agua. lo mejor es mezclar sobre un piso en concreto, un entarimado de madera o láminas metálicas, nunca sobre el suelo ya que al palear la mezcla puede resultar tierra o barro dentro del concreto, disminuyendo su calidad.
2. Se coloca el cajón medidor encima del piso sobre el que va a mezclar, se llena con arena suelta y se enrasa, teniendo en cuenta retirar del piso la arena que sobra. Para el caso nuestro se hace doce (12) cajonadas. Se riega toda la arena sobre el piso formando una capa de aproximadamente 10 centímetros de espesor.
4. Se mezclan la arena y el cemento, pasandolos con la pala de un sitio a otro, dos o tres o más veces, hasta que quede de color uniforme, es decir, que no se noten partes con más cemento que otras.
5. Cuando la arena y el cemento estén bien mezclados se mide la gravilla a un lado de la mezcla, de la misma manera como se midió la arena (6 cajonados)
6. Para echarle agua, se amontona la mezcla en forma cono, con un hueco en el centro, en el cual se le echa la cantidad de agua indicada.
7. Con la pala se echa la mezcla sobre el agua poco a poco, hasta que la absorba toda, luego se pasa toda la mezcla dos, tres o más veces de un sitio a otro hasta que quede uniforme.

RESISTENCIA DEL CONCRETO

SE PUEDE OBTENER UNA MASA SUAVE Y FACIL DE TRABAJAR O UNA MEZCLA ASPERA O DIFICIL DE TRABAJAR CON ELLA, DEPENDIENDO DE LA CANTIDAD DE AGUA QUE SE ADICIONE.

Sin embargo, no se debe agregar a la mezcla toda el agua que quisiéramos, ya que si el Concreto queda muy liquido va a tener mu POCA RESISTENCIA cuando endurezca.

La cantidad de agua que se debe agregar a la mezcla varia entre 20 y 25 litros por saco de cemento.

Para saber si la cantidad de agua es suficiente se alisa la mezcla con el revés de la pala y si resulta una superficie lisa, sin gravilla y poco pegajosa es porque la cantidad de agua que se le echó es la indicada.

Otro método es hacer una bola con un poco de la mezcla, si no se puede formar la bola es porque le falta arena o agua. Si al hacer la bola se escurre la mezcla entre los dedos, es porque le sobra el agua.

CURADO DEL CONCRETO

Para que el concreto se endurezca bien, hay quemantenerlo húmeod al menos durante los TRES A SIETE primeros días después de vaciado. A esto se le conoce con el nombre de curado.

Si el concreto no se cura, la superficie se agrieta, dura poco tiempo y queda feo.

Las placas o losas de concreto se deben CURAR DURANTE UNA SEMAN y no se debe poner al servicio antes de DOS SEMANAS, preferiblemente NO ANTES DE TRES SEMANAS, para darle tiempo de endurecerse.

Para hacer un buen curado sigas estas indicaciones:

Después de dos (2) horas de terminado el vaciado, o cuando el concreto esté suficientemente duro como para que no queden huellas de las manos al apoyarse sobre él, se debe tapar con algún material que se pueda humedecer como costales de cabuya,

sacos en donde viene empacado el cemento, arena, aserrín, etc.

Después de tapado se riega agua hasta que queden empapados y se les sigue echando agua sin dejar que se sequen, al menos tres (3) veces al día, para así mantenerlos húmedos entre 3 y 7 días”²⁹.

A lo anterior, se agrega que el deterioro prematuro de la obra, por mala calidad de la misma y de los materiales, fundamentó las resoluciones de realización del riesgo de estabilidad expedidas en diciembre de 1996 por lo menos a 22 contratos. Esas pólizas de estabilidad de la obra debían constituirse por un 10% del valor del contrato, “para garantizar los posibles vicios de la construcción y de los cuales el CONTRATISTA debió conocer en razón de su oficio o profesión”

Los contratos en los cuales se realizó el riesgo de estabilidad de la obra, en diciembre de 1996, es la siguiente:

Contrato

Fecha celebración

Fecha realización de riesgo

033

12-09-95

Resolución No. 1183 de 19 de diciembre de 1996

037

13-09-95

Resolución No. 1127 de 20 de diciembre de 1996

038

13-09-95

Resolución No. 1184 de 18 de diciembre de 1996

040

18-09-95

Resolución No. 1185 de 18 de diciembre de 1996

041

19-09-95

Resolución No. 1186 de 18 de diciembre de 1996

042

19-09-95

Resolución No. 1198 de 20 de diciembre de 1996

046

25-09-95

Resolución No. 1187 de 19 de diciembre de 1996

047

25-09-95

Resolución No. 1188 de 19 de diciembre de 1996

048

25-09-95

Resolución No. 1189 de 19 de diciembre de 1996

050

25-09-95

Resolución No. 1190 de 19 de diciembre de 1996

052

03-10-95

Resolución No. 1200 de 20 de diciembre de 1996

055

10-10-95

Resolución No. 1996 de 20 de diciembre de 1996

059

17-10-95

Resolución No. 01203 de 20 de diciembre de 1996

063

19-10-95

Resolución No. 01204 de 20 de diciembre de 1996

066

25-10-95

Resolución No. 01205 de 20 de diciembre de 1996

068

16-11-95

Resolución No. 01206 de 20 de diciembre de 1996

073

23-11-95

Resolución No. 01207 de 20 de diciembre de 1996

074

23-11-95

Resolución No. 01208 de 20 de diciembre de 1996

074

24-11-95

Resolución No. 01208 de 20 de diciembre de 1996

076

24-11-95

Resolución No. 01209 de 20 de diciembre de 1996

077

27-11-95

Resolución No. 01210 de 20 de diciembre de 1996

085

13-12-95

Resolución No. 01213 de 20 de diciembre de 1996

089

15-12-95

Resolución No. 01207 de 20 de diciembre de 1996

Llama la atención que todas las resoluciones expedidas en diciembre de 1996 se fundaron en el informe del 23 de mayo de 1996, presentado por el Ingeniero ANTONIO JOSÉ RAMÍREZ y ello implica que la mala calidad se observó a escasísimos meses de la realización de la obra.

Suficiente es la prueba para inferir que el acusado desaprovechó la oportunidad de

beneficiar a la región con el mejoramiento de la única vía de acceso a Leticia y en lugar de adjudicar responsablemente su ejecución, para generar prosperidad y bienestar general, prefirió favorecer a unos cuantos ciudadanos, traicionando así el mandato constitucional de satisfacer los intereses generales y el compromiso adquirido por mandato popular.

13. Dosificación punitiva

El artículo 146 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por los artículos 1° del Decreto 141 de 1980, 57 de la Ley 80 de 1993, 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, vigente para el momento de los hechos, establece una pena principal de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En este caso, al procesado no se le imputó ninguna de las circunstancias de mayor punibilidad contenidas en la Ley 599 de 2000, artículo 50 y sí concurre una de menor punibilidad como lo es la carencia de antecedentes penales; por tanto, el ámbito de punibilidad está limitado dentro del cuarto mínimo, que en este caso será de cuarenta y ocho (48) a setenta y dos (72) meses de prisión.

No se tendrá en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58, numeral 9, tal como lo solicitó la Fiscalía en tesis coincidente con el criterio de la Sala, ya que tratándose de un ilícito de sujeto activo calificado, agravar la situación del sentenciado por la posición distinguida que ocupe en la sociedad, implicaría una doble imputación.

Ahora, la conducta ilícita atribuida al procesado es sumamente grave, si se tiene en cuenta que desperdició los importantes recursos obtenidos a través de un cuantioso contrato interadministrativo cuyo objeto consistía en el mejoramiento de la única vía de acceso a Leticia y en lugar de adelantar la licitación pública, asignó directamente los

contratos y órdenes de trabajo a personas que carecían de las condiciones para ejecutar correctamente la obra.

Conoció además el procesado las irregularidades presentadas en la ejecución de dicha obra, porque tanto el Ingeniero ANTONIO JOSÉ RAMÍREZ SANTOS, como el Arquitecto AUGUSTO CRUZ HERNÁNDEZ, funcionarios adscritos a la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, le remitieron copia de los oficios que daban cuenta de ellas.

Pero esa inexperiencia e incapacidad de los contratistas ya podía pronosticarse, por que la misma defensa destacó las escasas posibilidades de conseguir personal técnico en la Leticia de 1995. De ahí que cuando menos, debió llamar la atención del Gobernador el inusitado incremento de contratistas inscritos en la Cámara de Comercio apenas unos 10, 15 o 20 días antes de que se les adjudicaran los respectivos contratos.

La abundante prueba a la que se aludió en precedencia, permite incluso afirmar que desde la administración de FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO se incentivó la masiva inscripción de contratistas ante la Cámara de Comercio, pues aquél siempre planteó que al ejecutar la obra, pretendió darle a su mandato un gran sentido social y de erradicación del desempleo, e incluso admitió haber adelantado gestiones ante INVÍAS para que se le permitiera acudir a la contratación directa.

No obstante, el propósito argüido no parece tan loable como lo expone el procesado, porque sacrificó de esa manera el bienestar general y optó por solucionar el problema laboral de unas cuantas personas a las cuales benefició, contribuyendo de paso a su propia causa, pues cuando menos ello le permitía capitalizar políticamente la adjudicación directa de los contratos de obra y órdenes de trabajo.

So pretexto de generar empleo, el procesado festinó la contratación dando lugar a obras de mala calidad, tal como se comprobó con la documentación que fundamenta las

numerosas resoluciones mediante las cuales se declaró, en igual número de contratos, el riesgo de estabilidad de la obra por deterioro prematuro a causa de la mala calidad de los materiales y de la obra misma.

Se frustraron de esa manera las legítimas expectativas de la comunidad para acceder a una vía idónea, cuya construcción habría redundado en mejores condiciones de vida para la población de esa apartada región, cuya situación socioeconómica demanda de sus administradores un óptimo y cuidadoso manejo de los recursos públicos.

El procesado contaba con una larga trayectoria política y ello, aunado al elevado valor del convenio para la época en que se le transfirieron los recursos (\$1.000'000.000.00 para el año de 1995) exigía un extremo cuidado en su manejo.

Acorde con las anteriores consideraciones, la dolosa conducta del enjuiciado amerita una sanción consonante con la gravedad del hecho y por ello se le impondrá a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO pena privativa de la libertad de setenta y dos (72) meses de prisión, lo que equivale a la máxima prevista dentro del cuarto mínimo.

En cuanto a la pena de multa, se tendrá en cuenta la norma más favorable invocada por la Fiscalía (Ley 190 de 1995, artículo 32) y siguiendo los mismos lineamientos, se impondrá el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de comisión de los hechos (1995).

Finalmente, se impondrá al acusado la inhabilitación para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, tal como lo prevé la Ley 80 de 1993, artículo 58, norma declarada exequible en sentencia C-178 de 1996.

14. Determinación de la responsabilidad civil.

El detrimento patrimonial no es connatural a la comisión del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues el bien jurídico tutelado en este evento, es el de legalidad del proceso contractual; sin embargo, en la fase del juicio se intentó establecer la causación del daño material y en caso de haberse causado, no fue posible tasarlo, lo que impide efectuar una condena en perjuicios.

15. Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

15.1. El factor objetivo exigido en el artículo 63 del Código Penal para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no se cumple, dado que la pena a imponer supera los tres (3) años de prisión. Esta circunstancia torna innecesario el análisis del factor subjetivo.

15.2. El artículo 38 del Código Penal, autoriza la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de residencia del condenado, o en el que el juez determine, siempre que el delito por el cual se impone sentencia tenga prevista en la ley una pena mínima de cinco (5) años de prisión o menos y el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente, que no colocará en peligro la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la pena.

El delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales tiene prevista en la ley una pena mínima de cuatro (4) años, lo que objetivamente haría viable la sustitución de la privación de la libertad por prisión domiciliaria.

A pesar de ello, la Sala ha negado reiteradamente el sustituto de prisión domiciliaria en situaciones como la que hoy ocupa su atención y ha consolidado la siguiente tesis:

“deviene igualmente improcedente tal subrogado en casos de la naturaleza del aquí examinado por la profunda trascendencia social que éstos tienen, que implica, en aras de las funciones que de la pena ha establecido el artículo 4º ibídem, esto es, prevención

general, retribución justa y prevención especial, que la prisión carcelaria se torna en un imperativo jurídico, pues, si de la primera se trata, la comunidad debe asumir que ciertos hechos punibles que lesionan sus intereses más preciados, como la administración pública y la de justicia, merecen un tratamiento severo que no sólo expíe la conducta del autor, en tanto retribución justa, sino que además, como prevención especial, lo disuada de la comisión de nuevos hechos punibles, de modo que no quede en aquella sensación alguna de impunidad o de un trato desproporcionado, por la gracia del beneficio, frente a la gravedad del delito o a las obligaciones y especiales calidades de su autora”³⁰.

Incuestionable resulta la gravedad de la conducta por la cual se impuso la condena, considerando la cuantiosa suma transferida por INVÍAS al Departamento del Amazonas para el mejoramiento de la única vía con la cual contaba Leticia y el irregular manejo que al mismo le otorgó el condenado, quien en lugar de realizar un solo contrato para el desarrollo del objeto, con personal calificado técnica y económicamente, prefirió seleccionar de manera directa a personas que sin experiencia y capacitación en la ejecución de la obra, terminaron favorecidos.

Esa conducta devela la personalidad de su autor como indolente, insensible y desinteresada en el correcto ejercicio de la función pública y el bienestar general.

Además, por la gravedad de la conducta, resultaría extraño entre la comunidad ver “premiado” a quien abusó de su alta investidura para burlar principios básicos del Estado Social de Derecho y causaría desazón no verlo ejemplarmente sancionado, después de que su actuación francamente irresponsable, privó a la región de una buena vía de acceso y de contera sacrificó el progreso de la misma.

Por tanto, se niega el sustituto de la prisión domiciliaria y se ordena la captura FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, Gobernador del Amazonas, quien actualmente se desempeña

como Gobernador del Departamento del Amazonas, de conformidad con lo previsto en el artículo 359 de la Ley 600 de 2000 y 304 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, para hacer efectiva la decisión, se solicitará previamente al Presidente de la República que de manera inmediata suspenda a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO en el ejercicio del cargo de Gobernador del Amazonas, y si pasados cinco (5) días de dicha solicitud de suspensión, ésta no se produce, se dispondrá la captura del mismo.

Remítase el proceso al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para que conozca de la ejecución del fallo como asunto de su competencia.

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

1. DECLARAR penalmente responsable a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, como autor de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, prevista en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, modificado por los artículos 1° del Decreto 141 de 1980, 57 de la Ley 80 de 1993, 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, cometida cuando se desempeñó como Gobernador del Amazonas.
3. CONDENAR, en consecuencia, a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, a la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión, multa por valor de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los sucesos, a favor del Tesoro Nacional, y a la inhabilitación para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

4. NEGAR la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

En consecuencia, se ORDENA la captura de FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO, quien actualmente ostenta la condición de Gobernador del Amazonas, para que cumpla la pena impuesta en el lugar de reclusión que determine el Director del INPEC.

En consecuencia, para hacer efectiva la decisión, se solicitará previamente al Presidente de la República que de manera inmediata suspenda a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO en el ejercicio del cargo de Gobernador del Amazonas, y si pasados cinco (5) días de dicha solicitud de suspensión, ésta no se produce, se dispondrá la captura del mismo.

5. NO CONDENAR al pago de perjuicios derivado de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

6. LIBRAR por la Secretaría de la Sala las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes, conforme lo normado por el artículo 472 Ley 600 de 2000.

7. COMUNICAR esta decisión a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para efecto del recaudo de la multa impuesta.

8. En firme esta providencia, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, para lo de su cargo.

9. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
GONZÁLEZ DE LEMOS

MARÍA DEL ROSARIO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
LUIS

QUINTERO MILANÉS

JORGE

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
ZAPATA ORTIZ

JAVIER

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 C. Anexo No. 16, fls. 128 aparece Acta de posesión como Gobernador del Amazonas.

2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, auto de 20 de agosto de 2002, radicado 18.029.

3 Fls. 240 C. Anexo. No. 03

4 C. Anexo No. 2 fls. 210 (contrato No. 011-95), C. Anexo No.3, fls. 17 (contrato 01-95),

fls. 47 (contrato No. 075-95), fls. 81 (contrato 062-95) fls. 168 (contrato 019-95), C.Anexo No. 4, fls. 1 (contrato 085-95), FLS. 46 (contrato 021-95) fls. 77 (contrato 043-95), fls. 111 (contrato 051-95), fls. 139 (contrato 033-95), fls. 170 (contrato 073-95), fls. 205 (contrato 027-95), fls. 228 (contrato 020-95), fls. 255 (contrato 023-95), fls. 228 (contrato 028-95) y fls. 308 (contrato 080-95), C. Anexo No. 5, fls. 1 (contrato 037-95), fls.28 (contrato 063-95), fls. 58 (contrato OOPP 038-95), fls. 889 (contrato de compraventa 038-95), fls. 114 (contrato 076-95), fls 139 (contrato 047-95), fls. 190 (contrato 016-95), fls. 228 (contrato 054-95), fls. 274 (contrato 015-95), fls. 307 (contrato 062-95), fls. 343 (contrato 095-95), fls. 383 (contrato 048-95), fls. 408 (contrato 046-95), C. Anexo No. 6, fls. 1 (contrato 055-95), fls. 42 (contrato 045-95), fls. 67 (contrato 041-95), fls. 141 (contrato 059-95), fls. 171 (contrato 013-95), fls. 205 (contrato 064-95), fls. 235 (contrato 077-95), fls. 278 (contrato 061-95), fls. 427 (contrato 044-95), C. Anexo No. 7, fls. 26 (contrato 075-95), fls. 103 (060-95), fls. 125 (contrato 040-95), fls. 159 (contrato 092-95), fls. 183 (contrato 025-95), fls. 232 (contrato 036-95), fls. 261 (contrato 035-95), C. Anexo No. 8 fls. 1 (contrato 022-95), fls. 45 (contrato 066-95), fls. 71 (contrato 089-95), fls. 113 (contrato 019-95), fls. 131 (contrato 032-95), fls. 198 (contrato 094-95), fls. 223 (contrato 074-95), fls. 263 (contrato 034), fls. 318 (contrato 014-95), fls. 365 (contrato 072), C. Anexo No. 9, fls. 1 (contrato 029-95), fls. 25 (contrato 024-95), fls. 52 (contrato 017-95), fls. 98 (contrato 030-95), fls. 133 (contrato 068-95), fls. 159 (contrato 071-95), fls. 192 (contrato 042-95), fls. 222 (contratyo 012-95), fls. 267 (contrato 011), fls. 295 (contrato 018-95), fls. 325 (contrato 050-95), fls. 393 (contrato 052-95), C. Anexo No.10 fls. 87 (contrato 008-95), fls. 213 (contrato 011-95), fls. 272 (contrato 018-95), fls. 323 (contrato 031-95), C. Anexo No. 11 fls. 61 (contrato 079-95), fls. 85 (contrato 086-95), fls. 121 (contrato 087-95), fls. 137 (contrato 090-95).

5 Fls. 240 C. Anexo. No. 03

6 Ver informe CTI No. 1110 de 4 de marzo de 2002, fls. 101 y ss. C. Original 1.

7 Ver informe CTI No. 1110 de 4 de marzo de 2002, fls. 101 y ss. C. Original 1.

8 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de febrero de 2005, radicado No.21547.

9 Cdno Original No. 1, fls. 135

10 Cdno Original No. 2, fls. 211

11 Cdno Original No. 2, fls. 79.

12 Ver fls. 108, Cdno O. No. 2.

13 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, auto de 20 de agosto de 2002, radicado No. 18029.

14 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicado No.25149.

15 La gráfica fue elaborada por la Fiscalía General de la Nación con fundamento en el informe rendido por el CTI a fls. 113 y ss. del C. Original No. 1.

16 Cdno Anexo No. 5, fls. 113, aparece otro contrato No. 038-95 pero de compraventa de materiales, imputado al rubro 5.6.1. Secc. Transporte.

17 Sentencia de única instancia de 23-03-06, Rad. 21.780.

18 Cdno Anexo No19, fls. 2.

19“La falta de planeación del contrato no sólo se refleja en la etapa de formación, sino también en la fase de cumplimiento de las prestaciones recíprocas, donde las omisiones de la Administración Pública afectarán sensiblemente el interés

público de la comunidad y la economía del contrato.

“Siempre, como regla general, la falta de estudios serios y completos en torno a los bienes objeto del contrato ocasiona graves obstáculos durante su ejecución, especialmente en los de obra pública y concesión de servicios públicos, donde se presentará la necesidad de paralizar el proyecto, mientras se elaboran y deciden por las instancias competentes los planes y diseños definitivos; o será necesario proceder a una modificación de las cantidades de obra y especificaciones técnicas inicialmente acordadas; o finalmente conllevará la frustración del proyecto por la aparición de dificultades que debieron preverse al momento de evaluarse la conveniencia u oportunidad del contrato.

“La falta de los estudios técnicos previos se traduce en un mayor valor del contrato, que necesariamente se imputará al tesoro público, por las mayores erogaciones y gastos que deberá asumir el contratista, derivados de una mayor permanencia en el lugar de los trabajos, con los sobrecostos que esta situación genera en gastos de administración, mano de obra, maquinaria y equipo, incremento de los costos de los factores determinantes del precio, etc. Además, los cambios y modificaciones de los diseños y especificaciones técnicas se reflejan en la necesidad de realizar obras adicionales que encarecerán la ejecución del proyecto. Estos problemas, colocan a la administración y a su colaborador privado ante una razonable imposibilidad de ejecutar el contrato, cuando no se frustra la realización del proyecto por dificultades técnicas que pudieron conocerse anticipadamente.

“La oportuna y diligente elaboración de los estudios, es una obligación de las entidades públicas que se deriva de la ley, del principio general de la buena fe y de los postulados de economía, eficacia y eficiencia de la función administrativa, que tiene como finalidad la conformación óptima del contrato para asegurar el cabal cumplimiento de las obligaciones de las partes.” ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de

la administración pública. Bogotá: Editorial Legis S. A. 1999. Págs.71-72.

“Antes del conocimiento público de los procesos de selección, existe una fase preparatoria en la que interviene exclusivamente la Administración. La Ley 80 de 1993 confiere singular importancia a esta etapa pues entiende que las equivocaciones que se presentan, incidirán negativamente durante la ejecución del contrato. De lo que se trata, entonces, es de realizar lo necesario para que una vez seleccionado el contratista y celebrado el contrato, puede ejecutárselo de manera inmediata, evitando demoras por la ausencia de requisitos o condiciones necesarias para el cumplimiento de su objeto. DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Aproximación crítica a la ley 80 de 1993. Bogotá: Editorial Legis S.A. 2003. Pág. 195-196.

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto de 2006, Exp.14287 y Sentencia de agosto 29 de 2007.

21 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, radicado 16.103

22 Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Auto de 20 de agosto de 2002, radicado 18029.

23 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicados No. 23836 de 22 de mayo de 2006, 19383 del mismo año, 18754 de 5 de mayo de 2003 y 18608 de 17 de junio de 2004.

24 Cdno Anexo No. 18, fls. 1-57.

25 Cdno Anexo No. 3, fls. 62

26 Cdo Anexo No. 3, fls. 66

27 Cdo Anexo No. 3, fls. 63.

28 Cdo Anexo No. 3, fls. 67 yss.

29 Cdo Anexo No. 3, fls. 120.

30 Ver, entre otras, sentencia de única instancia del 30 de marzo de 2006, radicado No. 23.972.