

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP4347-2015

Radicación n° 45662

(Aprobado Acta No. 271)

Bogotá, D.C., cinco (05) de agosto de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Humberto Agamez Ortiz contra la sentencia dictada por la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Manizales, por cuyo medio se confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, que lo condenó como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron sintetizados por el a quo de la siguiente manera:

La investigación surgió a raíz de la denuncia instaurada por los señores MIGUEL

MORENO GAVIRIA, EDGAR GÓMEZ MEDINA, ARISTARCO MARTÍNEZ, LUIS BERNARDO JARAMILLO y ORLANDO BROCHERO, ediles del municipio de Puerto Salgar (Cundinamarca) para la época de los hechos, a través de la cual pusieron en conocimiento de las autoridades las que consideraron irregularidades en el mandato del señor HUMBERTO AGAMEZ ORTIZ, burgomaestre de dicha población entre los años 2004 al (sic) 2007, consistentes en haber suscrito con la Cooperativa de Servicios Integrales "COOPSEIN" tres (3) contratos que, según la denuncia, no cumplían los requisitos legales esenciales, cuales fueron el No. 001 de enero 2 de 2004, por valor de ciento treinta y siete millones ochocientos setenta y cuatro mil doscientos cuarenta pesos (\$137.874.240.00), con duración de cuatro (4) meses, cuyo objeto consistía en "desarrollar con sus cooperados la cancelación de los salarios de acuerdo a los siguientes procesos", efectuando una relación de cargos y costo mensual, en cuya celebración desconoció los requisitos contenidos en los artículos 23, 24 y 25 de la Ley 80 de 1993, pues aparte de no haberse obligado con el municipio a concretar en forma real y cierta la labor del servicio a ejecutar, no realizó la licitación o concurso público que dada la cuantía debió realizar, desconoció la selección objetiva fijada por el estatuto de la contratación, amén de haberlo suscrito sin la disponibilidad presupuestal toda vez que los rubros afectados tenían una destinación presupuestal diferente e imposible de cambiar. El plazo de dicho contrato y su valor fueron ampliados por dos (2) meses más y en cuantía de sesenta y ocho millones doscientos sesenta y ocho mil setecientos setenta y cuatro pesos (\$68.268.774.00) a través de "otro sí" del 30 de abril de 2004.

Tales irregularidades, según los denunciantes, se extendieron al contrato No. 049 del 10 de mayo de 2004, por valor de cincuenta y seis millones ochocientos mil pesos (\$56.800.000.00), cuyo objeto fue la prestación de servicios en el Desarrollo de las Actividades del Plan de Atención Básica, y al contrato No. 091 del 1º de julio del mismo año, por valor de ciento dieciocho millones cuatrocientos treinta mil ochenta y seis pesos con cincuenta y cuatro centavos (\$118.430.086.54), con un plazo de cinco (5) meses,

destinado a la prestación de servicios de apoyo a la gestión del referido municipio para desarrollar procesos de actividad administrativa propios de las entidades públicas, el cual fue adicionado en cuatro (4) oportunidades, concretamente en agosto 13, septiembre 17, octubre 1º y octubre 25 de 2004 en la sumas de dos millones de pesos (\$2.000.000,00), siete millones setecientos mil pesos (\$7.700.000,00), diecisiete millones de pesos (\$17.000.000,00) y un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000,00), en su orden, llevándolo a un total de ciento cuarenta y seis millones seiscientos treinta mil ochenta y seis pesos con cincuenta y cuatro centavos (\$146.630.086.54), en cuyas concesiones igualmente desconoció las reglas de contratación.

2. Vinculados a la investigación Humberto Agamez Ortiz y Edgar Mauricio Cifuentes Ramírez¹ mediante sendas indagatorias, a través de resolución adiada 16 de marzo de 2006 la Fiscalía les resolvió la situación jurídica afectándolos con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de libertad provisional por su participación en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, decisión que impugnada por la defensa del segundo de los citados, fue revocada parcialmente por la Fiscalía 4ª Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, que dejó sin efecto la cautela impuesta contra Cifuentes Ramírez.

3. Clausurado el ciclo instructivo, mediante decisión de 15 de septiembre de 2006 la Fiscalía calificó el mérito del sumario con acusación en contra de Humberto Agamez Ortiz, como autor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés ilícito en la celebración de contratos, y en la misma providencia modificó la resolución de situación jurídica en el sentido de indicar que la medida de aseguramiento impuesta procedía por ambas conductas punibles en cita, además le revocó la libertad provisional y dispuso su detención preventiva en el domicilio; asimismo, precluyó la investigación a favor de Edgar Mauricio Cifuentes Ramírez.

4. La anterior decisión fue apelada por el defensor del primero de los mencionados, resolviendo la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales decretar la nulidad de la actuación a partir de la resolución de cierre de la investigación, inclusive.

5. Practicadas las pruebas sugeridas por la Fiscalía ad quem, nuevamente se cerró la instrucción y a través de resolución calendada 1º de octubre de 2010 se calificó el mérito del sumario, profiriendo acusación contra Humberto Agamez Ortiz y Edgar Mauricio Cifuentes Ramírez como autores de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 C.P.) y peculado por apropiación (art. 397 ibídem), en concurso homogéneo y heterogéneo entre sí, y les precluyó la investigación por el ilícito de interés indebido en la celebración de contratos; de igual forma, revocó la medida de aseguramiento proferida en contra del primero de los supranombrados.

6. Impugnado el anterior proveído por la defensa de los procesados, la Fiscalía 3ª Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, mediante resolución fechada 24 de enero de 2011, la confirmó parcialmente, en tanto revocó la acusación por el delito de peculado por apropiación y dispuso a favor de ambos inculcados la preclusión de la investigación respecto de dicha conducta, precisando que el cargo por el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en contra de Humberto Agamez Ortiz era a título de autor, mientras que respecto de Edgar Mauricio Cifuentes Ramírez era en calidad de partícipe.

7. Habiendo correspondido el proceso al Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, se realizó audiencia preparatoria, en cuyo desarrollo el citado despacho negó las nulidades impetradas por la defensa de los acusados, decisión que impugnada fue revocada parcialmente por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, en tanto anuló la actuación a partir, inclusive, del proveído de 3 de agosto de 2007, proferido por la

Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, exclusivamente en relación con el implicado Edgar Mauricio Cifuentes Ramírez, frente a quien determinó que cobraba vigencia la preclusión de la investigación que lo cobijara mediante resolución calendada 15 de septiembre de 2006.

8. Celebrada la vista pública de juzgamiento, el juzgado de conocimiento, el 26 de mayo de 2014, dictó sentencia en la cual condenó al acusado Humberto Agamez Ortiz a las penas principales de 64 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 80 meses, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De igual forma, se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios y, de otra parte, negó al sentenciado el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, disponiendo que en firme la sentencia se informara al despacho judicial por cuya cuenta se encuentra detenido Agamez Ortiz, para que una vez cesaran los motivos por los cuales actualmente está privado de la libertad, fuera dejado a órdenes del presente proceso para el cumplimiento de la pena.

9. Apelado el fallo por el defensor del procesado, la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Manizales, mediante decisión adiada 11 de noviembre de 2014, lo confirmó integralmente.

10. Frente a lo anterior, el abogado que representa los intereses del implicado Humberto Agamez Ortiz interpuso recurso de casación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera, cuerpos primero y segundo, prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el demandante formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, uno principal y dos subsidiarios, que se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo (principal): Denuncia el censor que el juzgador de segundo grado incurrió en la violación directa de la ley sustancial «por errores de derecho que llevaron a la aplicación indebida del artículo 410 de la Ley 599 de 2000 y a la inaplicación del artículo 6º de la misma codificación».

Luego de mencionar los requisitos de lógica y adecuada fundamentación que exige el reproche propuesto, según jurisprudencia de esta Sala, y de transcribir apartes del fallo de primer nivel, relativos a la fijación de los hechos probados en el proceso, el recurrente concluye que el juez a quo al valorar los contratos 001, 049 y 091 de 2004, frente a los cuales se predicen las irregularidades materia de juzgamiento, consideró que su objeto «era el de dar apoyo administrativo a la gestión del entonces alcalde», lo cual, advierte, no va a discutir.

Manifiesta que para dar solución al caso concreto, los juzgadores de instancia aplicaron el artículo 410 del Código Penal que prevé el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tipo penal en blanco que, afirma, debe ser complementado con normas legales y administrativas, concretamente la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002, frente a las cuales los falladores de primer y segundo grado consideraron que se habían cometido las siguientes irregularidades:

(i) La violación de la Ley 80 de 1993, como consecuencia de haber realizado un contrato que «superaba el máximo posible de cuantía para el municipio de Puerto Salgar, al haber fraccionado el objeto contractual en tres contratos, para dar apariencia de legalidad».

(ii) La vulneración de los principios de la contratación estatal y el incumplimiento de las formalidades exigidas por las normas que autorizan la contratación directa como mecanismos excepcionales. Y,

(iii) El desconocimiento de los requisitos esenciales establecidos en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002, concretamente «no haber solicitado documentos que acreditaran la experiencia del contratista».

Destaca que según los fallos de instancia, los contratos cuestionados «tenían por objeto la prestación de servicios de apoyo administrativo a la entidad», por tanto, agrega, «la norma que debió seleccionarse para complementar el tipo penal en blanco contenido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, era el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, en la forma en que estaba vigente para la época de los hechos, es decir, el año 2004».

Refiere que el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002 fue declarado «nulo parcialmente (fallo modulador)», en la sentencia 31447 de 3 de diciembre de 2007 del Consejo de Estado (Sección Tercera), que se encarga de citar; no obstante, añade, en razón del principio de legalidad que rige en materia penal, debe tenerse en cuenta el contenido de dicha norma tal como estaba vigente para la fecha de los hechos juzgados, valga decir, para el año 2004.

Anota que según se extrae del citado fallo del Consejo de Estado, para la época en que el acusado celebró los contratos cuestionados, «era lícito entender que en el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, se estaban planteando dos hipótesis jurídicas diferentes e independientes entre sí», una relativa a que el inciso primero de dicha norma se refería a los contratos de prestación de servicios de que trata el literal d), ordinal 1º, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; y otra, que el inciso segundo del canon en mención hacía relación a una tipología de contrato que no aparece enlistada en este

último precepto y que tiene por objeto «la prestación de servicios administrativos cuando la entidad carezca de personal».

Luego de realizar un recuento acerca del marco normativo que regía la contratación para la época de los hechos, el libelista señala que los falladores de instancia concluyeron con acierto que los contratos celebrados por su representado, en su condición de alcalde municipal de Puerto Salgar, «correspondían a la contratación de servicios de apoyo por la carencia de personal en dicha administración», por lo que la norma que debieron utilizar para complementar el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, debió ser el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002.

Sin embargo, destaca que el «error de derecho que contiene la sentencia, es no haber aplicado correctamente la norma que regulaba para la época de los hechos los contratos de prestación de servicios como apoyo a la administración», pues para complementar el tipo en blanco, en vez de aquella, aplicó «los parámetros legales para los contratos directos con objeto diferente, regulados en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y [en] el inciso primero del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002».

En punto de la trascendencia del error denunciado, manifiesta que el mismo llevó a los juzgadores de primer y segundo grado a que concluyeran que (i) su defendido incurrió en fraccionamiento de contratos con el propósito de evadir la licitación pública o concurso y contratar de manera directa; (ii) el acusado debió exigir a la cooperativa «Coopsein» certificados que acreditaran su experiencia e idoneidad para desarrollar el objeto contractual; (iii) en la celebración de los contratos cuestionados se vulneraron los principios de planeación y selección objetiva, por cuanto, de una parte, su representado no realizó estudios previos de conveniencia y necesidad y, de otra, no solicitó un número plural de propuestas para escoger de ellas la más favorable a la administración.

Considera equivocadas tales inferencias por las siguientes razones:

(i) El inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, tal como estaba vigente para la época de los hechos juzgados, autorizaba a contratar de manera directa, con independencia de la cuantía, cuando el objeto fuera la prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad por falta de personal, como se presentó en el caso concreto, luego no puede reprocharse a su prohijado el supuesto fraccionamiento de contratos, pues sin importar su valor individual o en conjunto, el objeto contractual lo facultaba para acudir a la contratación directa.

(ii) La norma antes citada no exigía para la celebración de los contratos allí comprendidos, la acreditación de la idoneidad y experiencia del contratista, la cual solo estaba prevista para la modalidad contractual a la que se refiere el inciso 1º de dicho precepto, regulada por el literal d), ordinal primero, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Y,

(iii) El requisito de contar con número plural de ofertas para seleccionar al contratista no aplica frente a los contratos cuestionados, puesto que, de una parte, la norma que los regula, esto es, el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, no consagra tal exigencia y, de otro lado, se trata de contratos de prestación de servicios que por esencia son *intuitu personae*.

Resalta el impugnante que el precepto en cita solo preveía como «única verificación previa que se tenía que realizar para poder iniciar un trámite contractual de manera directa con dicho objeto, era determinar la falta de personal que pudiera cumplir con las tareas que se estaban asignando a particulares mediante el contrato», aspecto que se acreditó en la actuación.

Concluye el casacionista que no obstante los falladores de instancia determinaron como objeto de los contratos cuestionados la prestación de servicios de

apoyo a la entidad, al momento de seleccionar las normas extrapenales que señalan los requisitos esenciales que debía cumplir dicha modalidad contractual, incurrieron en el «error de aplicar el inciso primero del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002» y, por ende, encontraron quebrantadas las exigencias que dicha norma establece, cuando en esa labor debieron acudir al inciso segundo del mismo precepto, que no establece las formalidades echadas de menos en la sentencia confutada.

Añade que de acuerdo con la normativa citada, era legal que un «servidor público pud[iera] seleccionar un contratista sin pluralidad de ofertas, sin exigirle certificados de experiencia y sin hacer estudio previo de conveniencia», laxitud legal en materia contractual que precisamente llevó al Consejo de Estado a modular la norma, fijándole un entendimiento ajustado a los principios de la contratación pública.

Considera que, en esa medida, no se puede reprochar penalmente a su defendido «haber obrado conforme a una norma que para el momento de los hechos era aplicable en la forma en que fue interpretada», y que permitía entender que los contratos cuestionados podían celebrarse de manera directa, pues ello quebrantaría el principio de legalidad en materia penal.

Así las cosas, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver al acusado Humberto Agamez Ortiz del delito objeto de acusación.

Segundo cargo (subsidiario): Señala el actor que el ad quem incurrió en «errores de hecho que llevaron a la aplicación indebida de los artículos 22 y 410 de la Ley 599 de 2000, y a la inaplicación del artículo 32-10 de la misma codificación», derivados de falsos raciocinios y falsos juicios de existencia por omisión en la apreciación de las pruebas.

Después de referirse a las exigencias argumentativas que debe cumplir quien alega yerros en la valoración probatoria por desconocimiento de los postulados de la sana crítica -falso raciocinio-, el demandante indica que el vicio recayó en la indagatoria de Agamez Ortiz y en la propuesta presentada por la cooperativa «Coprevisión», a consecuencia de lo cual los juzgadores de instancia concluyeron equivocadamente que su representado «actuó con conciencia y voluntad [dolo] de estar vulnerando los principios de la contratación estatal».

Expone que el acusado, en su condición de alcalde municipal de Puerto Salgar, se asesoró de los abogados Daniel García y María Constanza Aguja, así como de un comité que él mismo constituyó, del que hacían parte el Jefe de Planeación, el Secretario de Gobierno y el Jefe de la Unidad Administrativa, para la elaboración de los contratos cuestionados, sin que ello fuera obligación legal.

Afirma que si el Tribunal dio credibilidad a la anterior circunstancia, no podía concluir que su prohijado acudió a tales asesorías en materia de contratación «con la intención y conocimiento de estar violando la ley», pues por «simple regla lógica y de experiencia, quien desea cometer una conducta punible, lejos de rodearse de personas que la presencien, buscan la clandestinidad o el ocultamiento de su comportamiento», y lo que demuestra el hecho de haberse asesorado es que su intención no era otra que «acertar» en el proceso de contratación, pues bien podía contratar sin acudir a ello y sin «obtener el beneplácito de nadie».

Manifiesta que también es contrario a la lógica que el Tribunal infiriera el dolo del hecho que la propuesta de la cooperativa «Coprevisión» se allegó con posterioridad a la celebración del contrato No. 001 de 2004, pues no puede responsabilizarse a su defendido de las «supuestas inconsistencias de dicho documento», además que si la finalidad era dar apariencia de legalidad a su ilícito actuar, habría «constituido dichas propuestas» antes de suscribir el mentado contrato y no semanas después, por lo que

es «lógico concluir» que en ese momento «no se tenía conocimiento de dicha ilegalidad».

De otra parte, luego de recordar las exigencias de adecuada fundamentación que deben cumplirse cuando se postula un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, expresa que el juzgador de segundo grado no valoró el auto de 13 de marzo de 2008, proferido por la Procuraduría General de la Nación, ni la declaración de Luis Carlos Rueda Aguilar.

En cuanto al primero, refiere que no obstante la independencia que existe entre la responsabilidad penal y la disciplinaria, en la decisión del ente de control se destaca que los contratos en que se funda la acusación «fueron debidamente ejecutados», amén que se cumplió con los fines de la contratación pública.

Y en lo atinente a la declaración de Luis Carlos Rueda Aguilar, denunciante y concejal de la época, sostuvo que si al ad quem la hubiese valorado, habría concluido que su representado «celebró un contrato que era de vital importancia para el cumplimiento de los fines del Estado, pues... el municipio estaba lleno de basura y no se estaban prestando los servicios que se cubrieron con los cuestionados contratos».

Refiere que los errores de hecho denunciados trascendieron el fallo impugnado, por cuanto llevaron al ad quem a dar por demostrado el dolo, cuando en realidad el acusado Agamez Ortiz actuó cobijado por un error de tipo -art. 32, num. 10º, del C.P.-, pues el mencionado, no obstante haber contado con la asesoría de dos abogados y de un comité de contratación, no advirtió que «estaba vulnerando algunos de los requisitos de la contratación estatal», lo que ocurrió debido a la complejidad de las normas que regulan la contratación directa, particularmente las relacionadas con los contratos de prestación de servicios, al punto que ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la que ha definido en qué casos resulta procedente.

En esa medida, ante la atipicidad subjetiva de la conducta de su prohijado, pide a la Corte casar el fallo confutado y, en su lugar, absolver al procesado.

Tercer cargo (subsidiario). Indica el censor que el Tribunal incurrió en «errores de derecho que llevaron a la aplicación indebida del artículo 31 del Código Penal y [a] la inaplicación del artículo 8º de la misma codificación», lo que a su vez condujo a la imposición de una pena contraria al ordenamiento jurídico.

Afirma que en los fallos de instancia, valorados los contratos cuestionados y la indagatoria del implicado Agamez Ortiz, se estableció que su objeto era dar apoyo a la gestión de la administración municipal.

Asimismo, señala que la condena se sustenta en que el supranombrado «fraccionó un objeto contractual único en tres contratos», con la finalidad de que en ninguno de ellos se sobrepasara la cuantía permitida por la ley para contratar directamente.

Por tanto, añade, los juzgadores de primer y segundo grado concluyeron que la conducta realizada por el alcalde procesado en cada uno de los tres contratos referidos, configuraba un concurso homogéneo sucesivo de delitos, lo que se reflejó en la tasación de la pena, pues por el ilícito base impuso al sentenciado las penas mínimas del cuarto mínimo, esto es, cuatro (4) años de prisión, cincuenta (50) SMLMV de multa y cinco (5) años de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas; montos que incrementó, de acuerdo con los parámetros del artículo 31 del Código Penal, en una tercera parte (1/3), por las dos conductas ídem concurrentes.

Manifiesta que la norma en cita contempla, entre otras posibilidades, la de sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho, cuando con su conducta infringe varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, lo que jurisprudencia y doctrina denominan concurso ideal y constituye una excepción al

principio de doble incriminación.

Apoyado en doctrina y en criterio de autoridad de esta Sala de la Corte, el recurrente expresa que el «concurso ideal homogéneo» exige la concurrencia de varios requisitos, entre ellos, el de unidad de acción, que considera se presenta en el caso de su defendido, tal como lo reconocieron los jueces de instancia, al concluir que «todas las irregularidades cometidas en materia contractual [por el acusado], estaban encaminadas a obviar la licitación pública para poder favorecer a la cooperativa COOPSEIN».

Advierte que en punto del concurso ideal homogéneo, según precedente jurisprudencial que trae a colación, debe tenerse en cuenta el criterio de identidad de causa o de fundamento, ligado al concepto de bien jurídico, conforme al cual no resulta viable la doble incriminación por un mismo hecho, cuando las conductas punibles endilgadas lesionan o ponen en peligro idéntico interés jurídico, excepto cuando se produce «la afectación de bienes jurídicos altamente personales» por conductas que recaigan sobre sujetos pasivos diferentes.

En ese orden, agrega, si el ad quem dio por probado que su representado actuó «con una única finalidad», solo podría presentarse un concurso de delitos si su conducta hubiera afectado pluralidad de sujetos pasivos, situación que no se da en este asunto, pues los contratos que se tachan de ser violatorios de las normas de contratación, lesionaron el bien jurídico de la administración pública, cuyo titular es el Estado, concretado en el municipio de Puerto Salgar.

Expone que si la conducta del procesado estuvo gobernada por una sola finalidad, es decir, existió unidad de acción, se lesionó el mismo bien jurídico y hay identidad de sujeto activo y sujeto pasivo, el incremento de la pena impuesta en razón del «concurso ideal de delitos» que reconoció el Tribunal, vulnera el principio de prohibición de doble

incriminación.

Luego, anota, si dicho yerro no se hubiese presentado, la sentencia no habría contemplado el aumento de una tercera (1/3) parte de la pena como consecuencia del referido concurso, y la sanción sería de 4 años de prisión, multa de 50 SMLMV e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el lapso de 5 años.

Así las cosas, pide a la Corte casar el fallo confutado y, en su lugar, dosificar la pena conforme el artículo 8º del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conviene recordar que dado el carácter extraordinario del recurso de casación, al libelista compete elaborar la demanda bajo los estrictos parámetros contemplados en la ley y decantados por la jurisprudencia de la Corte.

Por tanto, no basta con afirmar que se cometió un error in iudicando o in procedendo, pues debe demostrarse la existencia del vicio y su trascendencia frente al contenido del fallo.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, es bien sabido que el recurso de casación constituye el medio por el cual se revisa la legalidad de la sentencia. De ahí que el libelo deba cumplir las formalidades estatuidas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, principalmente enunciar la causal y formular el cargo con el cual se pretende la infirmación del fallo, señalando de manera clara y precisa sus fundamentos y las normas infringidas, igualmente, evidenciando cómo el vicio in iudicando o in procedendo conduce a resquebrajar la providencia.

Ahora bien, sin desconocer la facultad legal de la Corte para casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma transgrede las garantías fundamentales de las partes (art.

216 Ley 600 de 2000), la impugnación extraordinaria no es un mecanismo carente de rigor.

Por ende, el recurso de casación no puede entenderse como una instancia adicional para debatir aspectos que ya fueron materia de controversia, o como facultad ilimitada para revisar el proceso, ni la demanda puede elaborarse utilizando un discurso de libre composición; por el contrario, dado el carácter extraordinario y rogado del recurso, está ligado a causales taxativas que tienen contenidos propios, referidas a vicios sustanciales o procesales.

Además, en el desarrollo de cada uno de los reparos formulados se deben cumplir unos requisitos mínimos de lógica y adecuada fundamentación, cuyo desconocimiento conlleva a la inadmisión de la demanda, como lo establece el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Así, no resulta atinado solo denunciar la presencia del error que se invoca, sino que al impugnante incumbe demostrar su existencia y cómo el mismo tiene la trascendencia suficiente para romper la doble presunción que cobija a la sentencia de segundo grado y, por lo mismo, la necesidad de que la Corte intervenga como Tribunal de Casación en procura de hacer efectivo el derecho material y las garantías debidas a quienes intervienen en la actuación penal, reparar los agravios ocasionados a las partes con la decisión confutada o unificar la jurisprudencia.

2. La Corte de entrada anuncia que la demanda se inadmitirá porque el casacionista no desarrolla adecuadamente los cargos formulados contra la sentencia de segundo grado, en tanto incurre en protuberantes falencias, según pasa a explicarse.

2.1 Primer cargo (principal). Sostiene el demandante que el ad quem incurrió en la violación directa de la norma sustancial por aplicación indebida del artículo 410 del Código Penal, que contempla el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos

legales, lo que a su vez determinó la falta de aplicación del principio de legalidad previsto en el artículo 6º de la misma codificación, debido a que al acudir a la normativa que complementa el referido tipo penal en blanco, erró al tener en cuenta, para determinar su alcance, el inciso 1º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, cuando lo procedente era acudir al inciso 2º de la norma citada, que para la época de los hechos juzgados permitía la contratación directa en los casos en que su objeto fuera «la prestación de servicios administrativos cuando la entidad carezca de personal», que es precisamente la conducta que se le reprocha al acusado Agamez Ortiz.

En primer término, cabe anotar que la violación directa de la ley por aplicación indebida de un precepto se presenta cuando el sentenciador se equivoca al calificar jurídicamente los hechos o habiendo acertado en su adecuación, desatina al elegir la norma correspondiente a la calificación jurídica impartida, se trata entonces de un error de selección².

Ahora, a fin de evidenciar el mencionado yerro en relación con una determinada disposición, el esfuerzo ha de orientarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico probado, respecto de la hipótesis contemplada en el respectivo precepto³.

De acuerdo con las antedichas reglas de lógica y adecuada fundamentación, en el caso concreto se advierte que si bien el censor acierta en formular el reproche por aplicación indebida de la norma que sanciona el ilícito objeto de acusación, pues lo que en últimas alega es la atipicidad objetiva de la conducta desarrollada por su prohijado, no ocurre lo mismo cuando pretende desarrollar el cargo.

En efecto, al procesado Agamez Ortiz se le endilgó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales como consecuencia de celebrar, en su condición de alcalde del municipio de Puerto Salgar, los contratos Nos. 001, 049 y 091 de 2004, sin

cumplir los requisitos legales esenciales exigidos para tal efecto.

Pues bien, como el tipo penal en mención es de aquellos denominados en blanco, en los cuales el supuesto de hecho que contiene la conducta que la normatividad ordena o prohíbe, aparece consagrado total o parcialmente en un precepto de carácter extrapenal⁴, correspondía a los juzgadores de instancia acudir a él para completar el contenido y alcance objetivo de la conducta típica, de acuerdo con el principio de legalidad.

Ahora, sobre la naturaleza jurídica de los contratos cuestionados y su objeto, el juez a quo señaló:

Sobre el primer punto, según quedó consignado en los contratos 001, 049 y 091 a los que se ha hecho referencia, merece destacarse que cada uno de ellos fue celebrado “previas las siguientes consideraciones, 1) Que el Decreto 2170 de 2002 en su artículo 13 dispone ‘(...) La entidad Estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato [y] que haya demostrado la habilidad (sic) y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas’, el cual se regirá por las normas vigentes en la materia y en especial por las contenidas en la siguientes cláusulas. 2) Que exista disponibilidad presupuestal para la presente vigencia fiscal, expedida por la Oficial de Presupuesto...”; de donde se colige que, tal como indicó el señor AGAMEZ ORTIZ al rendir indagatoria, para su celebración se erigió (sic) la contratación directa a la luz de la reglamentación que al artículo 24 de la Ley 80 de 1993 introdujo el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, de acuerdo al contenido de los contratos y a lo manifestado por el acusado en sus exposiciones, entiende el despacho que apoyada en los dos primeros incisos. Ahora, en lo que respecta al objeto contractual, según rezan los contratos y manifestó el hoy procesado, estuvo encaminado a suplir la necesidad de personal en la

administración municipal (...). (Subraya fuera del texto original)

Claramente se advierte que en la sentencia confutada, en orden a dar contenido a la expresión «requisitos legales esenciales» que hace parte del complemento descriptivo del delito juzgado, los juzgadores tuvieron en cuenta las normas que para la época de los hechos autorizaban la contratación directa en el caso de la prestación de servicios profesionales cuando tenía por objeto el apoyo a la gestión de la entidad, esto es, el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, que reglamentó la Ley 80 de 1993.

En esa medida, se queda corto el censor al desarrollar el reparo propuesto, pues en dicha labor se limita a enunciar que los hechos probados no se adecuan al supuesto contemplado en el artículo 410 del Código Penal, habida cuenta que los falladores de instancia complementaron el referido tipo penal aplicando «los parámetros legales para los contratos directos con objeto diferente, regulados en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y [en] el inciso primero del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002», cuando debieron acudir a las exigencias previstas para la modalidad contractual contemplada en el inciso 2º de esta última preceptiva, pero de manera conveniente omite referirse a los razonamientos de los juzgadores en el sentido que tales requisitos no fueron observados por el alcalde acusado al celebrar los contratos cuestionados, en orden a evidenciar la errónea adecuación del supuesto fáctico en el precepto mencionado.

Y si bien la juez a quo al momento de determinar el cumplimiento de las exigencias legales esenciales de la contratación directa, modalidad a la que acudió el procesado Agamez Ortiz para realizar «los contratos de prestación de servicios de apoyo a la entidad» objeto de reproche, incurrió en imprecisiones sobre algunos de los requisitos que debió observar el supranombrado en dicho proceso contractual, con todo concluyó sin ambages que tampoco acató los contenidos en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002.

En efecto, de acuerdo con la norma en cita, vigente para la época de los hechos juzgados, no le era exigible a la administración, previo a la celebración del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, «establecer... la idoneidad y experiencia de la persona... jurídica a contratar para la prestación del servicio»⁵, tampoco realizar estudios previos de conveniencia y oportunidad que permitieran conocer «un estimativo de las personas que se requerían y los costos de cada una de ellos (sic)»⁶, menos aún contar con pluralidad de propuestas que permitieran evaluar cuál era la más favorable.

De igual forma, es equivocado reprochar que se acudió a la contratación directa porque el monto de cada uno de los contratos cuestionados superaba la menor cuantía establecida en el literal a), numeral 1º, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo al presupuesto del municipio de Puerto Salgar, toda vez que no fue ese el criterio que utilizó la administración para optar por esa modalidad excepcional de escogencia del contratista, sino que lo hizo atendiendo a la naturaleza del contrato, según lo previsto en el inciso 2º del artículo 13 del pluricitado Decreto 2170 de 2002.

Sobre la tipología contractual contemplada en la norma citada ut supra y los requisitos que se debían cumplir en orden a su celebración, la Sección Tercera del Consejo de Estado, dijo:

El inciso segundo inciso 2º del artículo 13 del decreto 2170 de 2002, reglamentario del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prescribió:

“De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. El contrato que se suscriba, contendrá como mínimo la expresa constancia de la circunstancia anterior, las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el

detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.”

De conformidad con la norma transcrita, aplicable al caso sub lite como que estaba vigente a la época de los hechos, la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, sólo puede tener lugar en dos eventos: i) cuando se trate de fines específicos o ii) cuando no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar.

Se trata de dos hipótesis distintas las que regula la norma reglamentaria en comento: una relacionada con situaciones especiales que demanden “trabajos específicos” y otra muy distinta cuando se trate de situaciones en que la planta de personal no resulte suficiente para prestar el servicio que se contrata.

En otras palabras, la Sala destaca que aún en el supuesto en que haya funcionarios de planta suficientes, la norma reglamentaria autoriza para contratar con terceros en eventos particulares que supongan un “trabajo específico”. Precepto que ha de estudiarse en concomitancia con el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 objeto de reglamentación que exige que se trate de contratos que requieran conocimientos especializados. (...)

Ahora, de conformidad con el citado artículo 13 del decreto 2170 de 2002 en estos eventos de contratación de prestación de servicios profesionales, el contrato que se suscriba debe contener como mínimo la expresa constancia de que se trate o bien de un “trabajo específico” o de que “no hay personal de planta suficiente para prestar el servicio por contratar”, según el caso. Al mismo tiempo exige que se precisen las condiciones de cumplimiento del contrato incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente⁷. (Subraya fuera de texto).

Conforme a la anterior cita jurisprudencial y según se extrae de la referida norma, en su vigencia era procedente acudir a la contratación directa para la prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, solamente en dos eventos, a saber: (i) para fines específicos y (ii) cuando el personal de planta fuera insuficiente para prestar el servicio a contratar; modalidad esta última a la que, según lo concluyeron los juzgadores de instancia y que no cuestiona el recurrente, acudió el acusado Agamez Ortiz al celebrar los contratos Nos. 001, 049 y 091 de 2004 con la cooperativa «Coopsein».

Por tanto, en la suscripción de los contratos cuestionados el supranombrado alcalde debió observar las siguientes formalidades: (i) dejar constancia expresa en cada uno de los contratos que la administración municipal no contaba con personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar; (ii) precisar las condiciones de cumplimiento del contrato y el detalle de los resultados esperados; y, (iii) indicar si se iba a transferir tecnología a la entidad.

Así lo advirtió la juez a quo, avalada por el Tribunal al confirmar integralmente la decisión de primer grado, al señalar:

Igualmente el inciso segundo de la citada disposición consagra que el contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad debe comportar, como mínimo, la expresa constancia de la circunstancia que da lugar al mismo, las condiciones de cumplimiento incluyendo el detalle de los resultados esperados y la transferencia de tecnología a la entidad contratante en caso de ser procedente.

Pues bien, en el contexto del contrato No. 001 de enero 2 de 2004, aparte de no haberse especificado que se trataba de un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, como que solo se hizo alusión a la facultad que confiere el artículo 13 del

Decreto 2170 de 2002 para celebrar contratos directos, en modo alguno se indicó ni dejó constancia expresa del fin específico que, en palabras del señor AGAMEZ ORTIZ, al parecer lo fue la falta de personal de planta suficiente para poner en marcha su administración, y en las condiciones de cumplimiento del contrato tampoco se incluyó en detalle los resultados esperados, pues simplemente se señaló que por tratarse de pagos vencidos, el cumplimiento se sujetaba a su verificación; y por último, ninguna constancia se extendió sobre si se transfirió o no tecnología a la entidad contratante, en este caso la administración de Puerto Salgar (Cundinamarca), para aquel entonces en cabeza del aquí procesado, falencias que igualmente se advierten al momento de celebrarse los contratos 049 del 10 de mayo de 2004 y el 091 del 1º de julio del mismo año (...).⁸

Surge patente entonces, que los falladores de instancia no erraron al seleccionar la norma extrapenal que en el caso concreto complementa el supuesto de hecho previsto en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como lo plantea el libelista en el desarrollo de la glosa ensayada, pues no obstante las imprecisiones en que incurrió la juez a quo, destacadas ut supra por la Sala, en la sentencia confutada se concluyó sin ambigüedades que el inculcado Agamez Ortiz no cumplió las exigencias señaladas en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, luego ningún sustento tiene la alegada violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 410 del Código Penal.

Ahora, se equivoca el impugnante al afirmar que la norma reglamentaria en cuestión preveía como único requisito para contratar directamente con el objeto de prestar servicios de apoyo a la gestión de la entidad, «determinar la falta de personal que pudiera cumplir con las tareas que se estaban asignando a particulares mediante el contrato».

En efecto, según quedó visto, era necesario que dicha circunstancia se hiciera constar en los respectivos contratos, lo cual solo se verifica en el No. 091 de 2004,

donde se indicó que «por carecer el municipio de personal de planta suficiente para cumplir con las competencias y funciones atribuidas por la Constitución y la ley», respecto de servicios que relaciona en la cláusula segunda de la convención, acudía a esa modalidad contractual, mientras que en los contratos Nos. 001 y 0049 del mismo año ninguna mención se hizo acerca de que ese fuera el motivo que llevó a la administración municipal a seleccionar de manera directa a la cooperativa «Coopsein» para prestar servicios de apoyo a la gestión de la entidad, lo cual se ofrecía imperioso para obviar el trámite de licitación o concurso público que, en la época de los hechos, era al que por regla general debía acudir para seleccionar al contratista, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pues con ello se garantiza el principio de transparencia que rige la contratación estatal.

Además de la anotada falencia, tal como lo destacaron los juzgadores de instancia, en ninguno de los tres contratos cuestionados se establecieron con precisión las condiciones de cumplimiento del negocio jurídico, ni se detallaron los resultados que se esperaban con la contratación de la cooperativa «Coopsein».

Así lo revela el hecho de que en la cláusula relativa al objeto contractual, escuetamente se consignó que era para la prestación de servicios de apoyo a la gestión del municipio de Puerto Salgar, y si bien se relacionó la clase de profesional o trabajador requerido (fisioterapeuta, sicólogo, secretaria, citador, aseadora, etc.), el número de personal a contratar y el valor a pagar por el servicio, no se especificó la actividad que cada uno de ellos iba a realizar, excepto en el contrato No. 049 de 2004, donde se hizo una breve descripción al respecto, pero ni en éste, ni en los demás negocios jurídicos controvertidos, se señalaron los resultados que se esperaban de tal labor, con lo cual se afectaron los principios de transparencia y selección objetiva que guían la contratación pública, así como el de moralidad administrativa que orienta la función de los servidores públicos.

En síntesis, el alcalde acusado estaba legalmente facultado para acudir al mecanismo excepcional de la contratación directa con fundamento en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2001, dada la naturaleza del objeto contractual, pero en esa medida debía cumplir con los requisitos que la norma en mención le imponía, pero no lo hizo, por lo que su conducta se adecua a las exigencias típicas del ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de donde se sigue que los juzgadores de instancia no incurrieron en el yerro que propone el casacionista por aplicación indebida de la norma sustancial.

Así las cosas, se inadmitirá el reparo.

2.2 Segundo cargo (subsidiario). Afirma el actor que los falladores de primer y segundo grado incurrieron en errores de hecho por falso raciocinio y falso juicio de existencia por omisión en la apreciación de las pruebas, lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 22 y 410 del Código Penal y, por contera, a la falta de aplicación de la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 32, numeral 10º, de la misma codificación, valga decir, el error de tipo.

En relación con el primer yerro por falso raciocinio, si bien el demandante identifica los medios de conocimiento sobre los cuales recae, al referirse a la indagatoria del acusado Humberto Agamez Ortiz sucumbe al desatino de criticar que el ad quem concluyera demostrado el dolo a partir de las propias manifestaciones del prenombrado, quien dijo haberse asesorado de abogados y conformado un comité para la contratación con sus colaboradores más cercanos, arguyendo que por «simple regla lógica y de experiencia» lo que ello evidencia es su intención de cumplir las normas que regulan dicha actividad y evitar incurrir en conductas punibles como la que ahora se le reprocha, pero omite señalar cuál fue el postulado lógico quebrantado por el fallador en esa labor, valga decir, si el de identidad, no contradicción, tercero excluido o razón suficiente, impidiendo a la Corte abordar su estudio.

Y en cuanto a la proposición que esgrime el censor, en el sentido que «quien desea cometer una conducta punible, lejos de rodearse de personas que la presencien, busca la clandestinidad o el ocultamiento de su comportamiento», aun cuando formalmente armoniza con la fórmula lógica «siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B», propia de las máximas empíricas, nada dice el recurrente en cuanto a por qué ha de tenersele como tal, valga decir, si lo que en ella se afirma sucede siempre o casi siempre, de manera uniforme y reiterativa en un determinado tipo de situaciones, y cómo esa regla aplica al caso concreto.

La anotada falencia lo que revela es que el enunciado en cuestión se sustenta en la percepción particular de quien la formula o surge a partir de meras especulaciones motivadas por su interés particular, con lo cual se aparta de ser regla de la experiencia con vocación de universalidad, permanencia y reiteración⁹, a lo que debe agregarse que bien puede suceder que la conformación de comités de contratación o la asesoría de abogados en la materia, sea una manera de blindar legalmente las actuaciones irregulares de los servidores públicos encargados de tan delicada función, o dicho de otra manera, ese proceder en manera alguna excluye la posibilidad de que se desconozcan las normas que regulan la contratación pública, como lo insinúa el impugnante.

En el mismo desatino incurre el libelista al reprochar, por ser contrario a la lógica, que el Tribunal infiriera el dolo en la conducta del acusado Agamez Ortiz del hecho que la propuesta de la cooperativa «Coprevisión», allegada en el trámite del contrato No. 001 de 2004, se presentara tardíamente, esto es, con posterioridad a su celebración, pues se limita a señalar que si la finalidad de aportar dicha oferta era dar apariencia de legalidad al ilícito actuar del alcalde, éste la hubiera obtenido antes de suscribirlo y no posteriormente, sin embargo se queda corto porque no menciona el principio lógico desconocido por los juzgadores de instancia, ni cómo debió ser correctamente aplicado al asunto de la especie.

Sobre el punto en cuestión, el juez a quo dijo:

Encuentra el despacho que dicho proceder fue doloso, ya que contrario a lo argumentado por la defensa, la formación académica del señor AGAMEZ ORTIZ, su experiencia como abogado, que aunque al parecer no se especializó en derecho administrativo sí le brinda el conocimiento sobre la existencia de las disposiciones que regulan la contratación administrativa y el celo que dichos trámites apareja frente a la corrupción que impera en ese medio, amén de que como él mismo reconoce, no obró solo sino que contó con la asesoría jurídica del abogado DANIEL GARCÍA, de la doctora MARÍA CONSTANZA AGUJA, igualmente abogada, y “del comité constituido para el estudio y aprobación de la contratación, constituido por el Jefe de Planeación... ingeniero JAIME MALDONADO, el Secretario de Gobierno que era el Dr. AVELINO PALACIOS, el Jefe de la Unidad Administrativa y Financiera, de nombre MÓNICA VERA...”¹⁰, lo cual le permitía conocer claramente cuál era el proceso legal de contratación al que debía someterse, pese a lo cual se encaminó a la ejecución de la conducta punible de manera libre y voluntaria, optando deliberadamente por adjudicar los contratos por vía directa sin atender criterios razonables y soslayando las normas que rigen la contratación pública, descartándose de paso la atipicidad subjetiva que a criterio de la defensa ampara el proceder del acusado, pues de acuerdo a la forma como todos estos trámites se surtieron, resulta evidente que sí tenía conocimiento de que los mismos irrespetaban los principios en que se orienta la contratación, tanto así que si hubiera tenido la convicción plena –aunque errada– de que su proceder se ajustaba al marco legal, en el [caso] particular no tendrían por qué aparecer con posterioridad a la celebración del contrato No. 001 una serie de documentos irregularmente elaborados con los cuales la administración a su cargo trató de imprimirle matices de legalidad a dicho procedimiento.¹¹

Encuentra la Sala que tales razonamientos no se ofrecen absurdos o ilógicos como lo expone el libelista, por cuanto si luego de celebrado el contrato rebatido se allegaron

las propuestas de los interesados en ser seleccionados, entre ellas, la de la cooperativa «Coopsein», al margen de que ello no fuera necesario dada la modalidad contractual a la que acudió la administración, es plausible inferir que de esa manera el alcalde procesado pretendía revestir de legalidad el proceso contractual ante los cuestionamientos formulados por los integrantes del concejo municipal, lo que a su vez revela el conocimiento que aquel tenía de los hechos constitutivos de la infracción penal, valga decir, que suscribió el mentado negocio jurídico no obstante incumplir las exigencias legales previstas en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002.

Además, el impugnante no identifica en la argumentación transcrita el vicio de estimación probatoria alegado, evidenciando la pretensión de entronizar su particular y parcializado criterio sobre lo que debió concluir el fallador en relación con la tardía presentación de las ofertas contractuales, circunstancia que en su opinión demuestra todo lo contrario, esto es, que el acusado Agamez Ortiz al momento de celebrar los contratos no «tenía conocimiento de dicha ilegalidad», pero no dice cómo se arriba a tal conclusión de acuerdo con los postulados de la sana crítica, con lo cual deja sin sustento la glosa intentada.

De otra parte, el casacionista postula un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión que sustenta en que los falladores de primer y segundo grado no valoraron el auto de 13 de marzo de 2008, proferido por la Procuraduría General de la Nación, ni la declaración de Luis Carlos Rueda Aguilar, concejal del municipio de Puerto Salgar que denunció los hechos materia de juzgamiento.

Sobre el vicio denunciado, se ofrece necesario mencionar, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, que por esta vía se quebranta indirectamente la ley sustancial cuando el juzgador de ninguna manera valora el contenido material de un medio de prueba legalmente incorporado a la actuación, o cuando lo supone pese a que no

forma parte de él.¹²

En orden a demostrar el falso juicio de existencia por omisión, incumbe al recurrente identificar la prueba que válidamente obra en la actuación, objetivar su contenido en relación con los aspectos sustanciales, señalar cuál es el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica, para luego, en punto de trascendencia, precisar cómo su estimación conjunta con los demás medios probatorios que obran en el proceso, habría determinado una declaración de justicia diversa a la consignada en la sentencia impugnada, obviamente favorable al procesado.

De igual forma, esta Corporación tiene dicho que:

...tal pretermisión no acontece si los jueces tuvieron en cuenta el elemento de juicio que se extraña, así no lo hayan mencionado de manera expresa en la motivación. Tampoco cuando lo apreciaron, pero dejaron de lado aspectos que el demandante considera relevantes (caso en el cual debería formular un falso juicio de identidad por cercenamiento). Ni cuando la prueba fue valorada en la decisión de primera instancia y la decisión de segundo grado confirma los aspectos objeto de debate, pues en tales casos las providencias se han integrado en una unidad jurídica imposible de escindir. (CSJ AP, 16 Sep. 2013, Rad. 38747)

Frente al caso concreto, la Sala encuentra que si bien los juzgadores de instancia ninguna mención hicieron en el fallo confutado a la decisión de la Procuraduría General de la Nación –Procuraduría Provincial de Honda (Tolima)– que dispuso el archivo de la indagación preliminar adelantada contra el procesado Humberto Agamez Ortiz por la celebración de los contratos cuestionados¹³, ello carece de trascendencia en punto de la condena proferida en contra del mencionado.

En efecto, al margen de los argumentos expuestos por el ente de control en orden

a adoptar la decisión que encontró ajustada a las normas disciplinarias la actuación del alcalde inculcado, es lo cierto que dicha circunstancia en manera alguna tiene la capacidad de influir en la decisión que en el ámbito del proceso penal declaró responsable al mencionado servidor, por cuanto ambas actuaciones, penal y disciplinaria, tienen objeto y naturaleza diferentes, tal como ha sostenido pacíficamente esta Corporación¹⁴.

Así, la acción penal cuenta con particularidades que la distinguen de la disciplinaria, pues mientras que la primera tiene por objeto establecer si determinada conducta humana resulta reprochable y merecedora de pena como consecuencia de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, la segunda se orienta a salvaguardar la obediencia, disciplina y rectitud de los servidores públicos frente a sus deberes funcionales.

Ahora, respecto a la falta de valoración de las manifestaciones del concejal del municipio de Puerto Salgar, Luis Carlos Rueda Aguilar, relativas a que los contratos celebrados eran de vital importancia habida cuenta que con ellos se garantizó la prestación de servicios esenciales que la administración no estaba en capacidad de proporcionar, si bien los juzgadores de primer y segundo grado no hicieron referencia expresa al testimonio del citado, sí tuvieron en cuenta los temas sobre los que éste declaró, por lo cual, de conformidad con la regla interpretativa consignada en la jurisprudencia trascrita *ut supra*, el reproche aflora ausente de demostración.

En orden a evidenciar que no le asiste razón al demandante, vale la pena citar lo que sobre el punto dijo la juez a quo, así:

La defensa invocó razones que consideró de urgencia para que el señor AGAMEZ ORTIZ hubiera acometido la celebración de los contratos, derivada de la falta de personal de planta para poner en movimiento la administración y suplir algunos problemas heredados

del gobierno anterior, sobre lo cual declararon al inicio de la audiencia pública LUZ DARY MANCHOLA DE AGUILAR, GILDARDO HERNÁNDEZ y JAIME MALDONADO MORA, quienes aparte de referirse al caos que se generó a raíz de que el alcalde saliente era de corriente política contraria a la del electo, habiendo recibido el último la administración no en las mejores condiciones, mismas que ameritaban un actuar inmediato por parte del mandatario para sortear tales dificultades, y de que el objeto del contrato se cumplió a cabalidad, exaltando además la labor cumplida durante el periodo por el aquí procesado, ninguno de estos argumentos enerva el juicio de reproche que amerita su conducta, ya que como representante legal de la entidad territorial estaba obligado a obedecer disposiciones constitucionales y legales, según las cuales para [suscribir] tales contratos, dada su naturaleza, tenía que acudir a la selección objetiva del contratista...15

Agréguese que aun aceptando en gracia de discusión la existencia de los errores de hecho denunciados que, se itera, el censor no demostró, éste tampoco explica cómo los supuestos falsos juicios de existencia y raciocinio determinaron que los juzgadores de instancia no reconocieran a favor del acusado Agamez Ortiz un error de tipo -art. 32, num 10º, del C.P.-, puesto que no asume la carga de mostrar que en el caso concreto se cumplen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia han fijado para la aplicación de la citada causal de ausencia de responsabilidad, tarea que no se satisface con la simple mención de que el error sobre los hechos constitutivos de la infracción surgió de la complejidad de las normas que para la época de los hechos regulaban la contratación administrativa, particularmente las relacionas con los contratos de prestación de servicios reglamentados por el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, máxime si se tiene en cuenta la condición de abogado del alcalde procesado y la asesoría jurídica que reconoció haber recibido sobre dicho tema.

En ese orden, se rechazará el cargo.

2.3 Tercero cargo (subsidiario). Lo sustenta el recurrente en que los

sentenciadores de primer y segundo grado incurrieron en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 31 del Código Penal, toda vez que no obstante reconocer que el alcalde procesado «fraccionó un objeto contractual único en tres contratos», dedujeron la existencia de un concurso de delitos en razón de las irregularidades advertidas en cada uno de los negocios jurídicos, lo cual posibilitó el incremento de la pena, desconociendo que en el asunto de la especie no se configura el «concurso ideal homogéneo» de conductas punibles, dado que aun cuando existe unidad de acción, se lesionó idéntico interés jurídico –administración pública– y hay identidad de sujeto activo y sujeto pasivo, no resulta viable la doble incriminación por un mismo hecho, ya que el bien jurídico afectado no es de aquellos catalogados como «altamente personales» o personalísimos.

De entrada la Sala advierte que el impugnante se aparta de los requisitos de lógica y debida fundamentación que exige la demostración del reparo por violación directa de norma, pues aunque anuncia aceptar los hechos declarados en el fallo recurrido y abstenerse de cuestionar la valoración probatoria realizada por los juzgadores de instancia, en últimas desconoce que el debate se circunscribe a la aplicación del derecho¹⁶.

En efecto, si bien el juez a quo afirmó que el procesado Agamez Ortiz incursionó en la práctica ilegal de fraccionamiento de contrato, es del caso precisar que el Tribunal recogió esta conclusión, pues afirmó que en los tres negocios jurídicos cuestionados se cometieron irregularidades, así que bajo esa perspectiva mal puede el defensor entrar a sacar partido de una contradicción que en realidad no se presenta, valga decir, que no obstante haberse fraccionado un único contrato, en el fallo confutado se dedujo un concurso real de conductas punibles.

Sobre el punto conviene destacar que en el presente asunto los fallos de instancia se pronunciaron en el mismo sentido y el del ad quem, al ratificar integralmente el de la

juez de primer nivel, precisó lo relativo al concurso material de delitos, luego en dicho tópico priman los argumentos del juez colegiado, pues no debe olvidarse que el objeto del recurso extraordinario es la sentencia de segundo grado –art. 205 Ley 600 de 2000–; además, como en este evento ambas decisiones conforman una unidad inescindible¹⁷, le corresponde al casacionista la carga de examinar si el reparo propuesto encuentra solución en uno u otro pronunciamiento.

Sobre el concurso de delitos dijo el Tribunal:

[S]e infiere con nitidez del análisis del acervo probatorio... que el incumplimiento de los requisitos legales a los que se hace específica mención en el fallo [recurrido] fueron reiterados por el procesado en cada uno de los tres (3) contratos [Nos.] 001, 049 y 091 de 2004, motivo por el cual el concurso homogéneo y sucesivo del cual trata el artículo 31 del estatuto represor, resulta palmario, siendo así evidente que al desatenderse las exigencias constitucionales y de ley consagradas en cada uno de esos tres convenios escritos, se infringió igual número de veces la respectiva disposición penal (art. 410 del estatuto sustantivo [penal]).¹⁸

Dígase que el juzgador de segundo grado atinó al concluir demostrada la existencia de un concurso material de delitos en el caso de la especie, toda vez que el acusado Agamez Ortiz en su condición de alcalde de Puerto Salgar, suscribió tres contratos que si bien tenían por finalidad solventar la falta del personal necesario para garantizar la prestación de servicios a cargo de la administración municipal, cada uno de tales negocios jurídicos obedeció a determinadas particularidades que permiten diferenciarlos entre sí, entre ellas, la naturaleza de los empleos a proveer, la labor a desempeñar y su vigencia, que impiden afirmar la existencia de un único objeto contractual y, por ende, de un mismo contrato que se fraccionó en tres convenciones.

Ahora, si el concurso material o real de delitos se presenta cuando con pluralidad de

acciones u omisiones el sujeto agente infringe varios preceptos penales o varias veces la misma disposición, y como en el asunto examinado la conducta del alcalde procesado no se enmarca dentro del concepto de unidad de acción pues, según quedó visto, no se trató de un único contrato que se fraccionó, sino de negocios jurídicos con diverso objeto, razonable es colegir que cada una de tales acciones es autónoma e independiente tanto en lo objetivo como en lo subjetivo y, por tanto, deben aplicarse bajo la modalidad concursal los delitos que cada una de ellas configure, en este caso, el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, norma que se infringió varias veces al celebrarse cada uno de los contratos cuestionados.

Por tanto, se inadmitirá el reparo.

3. En conclusión, las falencias de lógica y adecuada fundamentación advertidas en la postulación y desarrollo de las censuras que, valga destacar, tampoco se demostraron en ninguno de los motivos de violación formulados, conducen a la inadmisión de la demanda de casación.

4. Resta señalar que no se vislumbra que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación se vulneraran derechos o garantías de los sujetos procesales, que impongan superar los defectos de la demanda, en orden a intervenir oficiosamente para asegurar su protección, conforme lo prevé el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Humberto Agamez Ortiz.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Representante legal de la Cooperativa de Servicios Integrales «Coopsein».

2 CSJ AP, 26 feb. 2014, rad. 42902.

3 CSJ AP, 13 nov. 2013, rad. 41683.

4 CSJ SP, 5 oct. 2011, rad. 30592.

5 Folio 20 de la sentencia de primera instancia.

6 Folio 22 ídem.

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de julio de 2008, radicación No. 25000-23-26-000-2005-00240-01 (AP).

8 Folio 21 de la sentencia de primer grado.

9 CSJ AP, 30 Jun. 2004, Rad. 21321.

10 «Folio 5, Tomo III».

11 Folio 27 de la sentencia de primera instancia.

12 CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41653.

13 Folios 164 a 172 del C.O. No. 3

14 CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099; CSJ AP, 2 abr. 2014, rad. 43011 y CSJ SP, 16 sep. 2009, rad. 31331; entre otras.

15 Folio 28 de la sentencia de primer grado.

16 CSJ AP, 11 dic. 2013, rad 42737; CSJ AP, 10 jul. 2013, rad. 41411 y CSJ AP, 9 may. 2012, rad. 37987.

17 CSJ AP, 25 mar. 2015, rad. 44310; CSJ AP, 28 may. 2014, rad. 43783 y CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 39988; entre otras.

18 Folios 16 de la sentencia de segundo grado.