

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP7301-2016

Radicación: 48628

Aprobado Acta N. 338

Bogotá D.C., octubre veintiséis (26) de dos mil dieciséis (2016)

VISTOS

Verifica la Sala si la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Andrés Espitia Duque, satisface los presupuestos de lógica y adecuada argumentación para ser admitida y en ese orden, revisar de fondo la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Neiva de 6 de mayo pasado que confirmó parcialmente la proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad en la que junto con Ronald Franz Naranjo, los condenó como responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de autor.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos fueron consignados en la sentencia de segunda instancia así:

De acuerdo al (sic) escrito de acusación, el 11 de junio de 2008 se suscribió el contrato 006, sin cumplir con los requisitos legales esenciales, entre los señores Andrés Espitia Duque, Gerente de las Empresas Públicas de Neiva – EPN y Ronald Franz Naranjo Barrera, intermediario, cuyo objeto fue la compra de 500 tapas de polipropileno para pozos de inspección, elementos que adquirió el último de los citados en la empresa

Maderplast S.A de Bogotá D.C., por la suma de \$159.950.080 y en cumplimiento del citado contrato los vendió por \$249.342.000 EPN, registrando una ganancia de \$89.391.920 en 24 días, en detrimentos del erario de la empresa contratante.

Se indicó en el citado escrito que en la fase precontractual no se cumplió con los requisitos esenciales, pues los estudios previos no incluyeron las especificaciones técnicas del producto a contratar, ni la justificación para adquirir los elementos, omitiéndose la realización del estudio de conveniencia y oportunidad, así como la correcta formulación de la exigencia financiera del contratista, ya que se le pidió como capital de trabajo apenas el 15% del presupuesto oficial del contrato que equivalía a \$37.410.000, lo cual no era proporcional al dinero oficial que se le entregaría.

Además se indicó que en la invitación 061 del 17 de junio de 2008 se convocó a dos personas jurídicas y al señor Ronald Franz Naranjo Barrera para que presenten oferta, habiendo renovado éste último su matrícula mercantil en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., el 19 de abril de 2008, cinco días antes a que la empresa Maderplast S.A, le expidiera una cotización para adquirir las tapas, sin que para esa fecha hubiera iniciado el término de la invitación, lo que indica que el precitado ya tenía conocimiento de la factura de compra de 500 tapas de polipropileno por EPN; además la dirección que suministró era inexistente y allí no funcionaba ninguna empresa, según lo informó la oficina de catastro de Bogotá D.C.

Señaló igualmente el escrito de acusación que en Neiva había una empresa que producía las tapas para pozos de inspección, homologada por la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C, por \$440.000 la unidad, esto es, a un precio más bajo que el ofrecido por el señor Naranjo Barrera, la que había presentado propuesta el 13 de enero de 2008, pese a lo cual no fue tomada en cuenta por EPN, ni se le invitó a presentar oferta.

Se agregó en el referido instrumento que a pesar de exigirse por el manual de contratación de EPN que el proceso se adelantara con tres oferentes, uno de ellos se retiró el día del cierre de la convocatoria al no cumplir con la exigencia financiera y no se subsanó su ausencia invitándose a otro proponente.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los hechos antes reseñados el 25 de febrero de 2011 se formuló imputación a Andrés Espitia Duque como cómplice de los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros en concurso con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Respecto del particular Ronald Franz Naranjo Barrera se surtió el mismo procedimiento atribuyéndole autoría en el delito de falsedad en documento privado y haber actuado como interviniente en los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Ambos procesados rechazaron los cargos.

1. El escrito de acusación se presentó el 25 de marzo de 2011 en el que se reiteró la imputación fáctica y jurídica atribuida en la audiencia preliminar.

1. El juicio fue adelantado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la ciudad de Neiva que el 18 de noviembre de 2015 profirió fallo de primera instancia en el que absolvió a Andrés Espitia Duque y Ronald Franz Naranjo Barrera del delito de peculado por apropiación, mientras que fueron condenados por el punible de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales, como coautor e interviniente, respectivamente.

También se absolvió a Naranjo Barrera del delito de falsedad.

Como consecuencia del fallo de responsabilidad se impuso al primero la sanción 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 mismo término como autor de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, mientras que el segundo se hizo merecedor a la sanción de 48 meses de prisión, multa de 49.99 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 64 meses, como interviniente de dicha conducta.

Al procesado Andrés Espitia Duque se le sustituyó la pena de prisión carcelaria por domiciliaria, mientras que frente al segundo se dispuso su libertad inmediata por pena cumplida.

1. El fallo fue impugnado por la Fiscalía, el apoderado de víctima y los defensores de los acusados, siendo el recurso resuelto por el Tribunal Superior de Neiva el 6 de mayo de 2016 que revocó la absolución por el delito de falsedad, para en su lugar, decretar la cesación de procedimiento por extinción de la acción penal. En lo demás la sentencia fue confirmada.

1. Recurrió en casación el defensor de Andrés Espitia Duque, motivo por el que se ocupa la Sala de estudiar la demanda presentada a nombre de este acusado.

LA DEMANDA

Bajo la égida de la causal tercera, se plantea un cargo contra la sentencia de segundo grado, el cual consiste en la violación indirecta de la norma sustancial por errores de hecho derivados de falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio, los que a su turno condujeron a la aplicación indebida del artículo 410 del Código Penal y a la exclusión del artículo 7º de la ley procesal penal.

Para demostrar la censura, el demandante cita apartes de la sentencia de segunda instancia, alegando que el falso juicio de identidad por cercenamiento se configuró cuando el Tribunal negó alcance probatorio a la descripción exigida en la invitación pública para la compra de las tapas de alcantarilla, puesto que aunque no se hacen especificaciones sobre el bien requerido, es posible identificar cual era el elemento que pretendía adquirir la administración al señalar que se trataba de 500 tapas para pozos de inspección en polipropileno de alto impacto.

En criterio del censor no era necesario especificar su diámetro por cuanto esas tapas tienen una medida estándar; se precisó el material, polipropileno, y que tenían que ser de alto impacto, es decir resistentes para el tráfico vehicular.

Pasa a referirse al falso juicio de identidad por distorsión de la prueba indicando que el Tribunal para dar por demostrado que la invitación a contratar se hizo sin señalar las especificaciones técnicas, acogió el testimonio del investigador Jhon William Lozada Aguirre, quien de acuerdo con el ad quem, manifestó que las tapas no poseían mediadas idénticas, cuando lo que realmente dijo el declarante es que la característica general para las tapas de inspección es su diámetro, entonces, concluye el libelista, no era necesario que la administración precisara el tamaño de las tapas que requería.

Critica que en la sentencia se hubiera citado una norma técnica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá que impone unas características especiales a las

tapas de alcantarilla, puesto que esa normativa no es aplicable para la ciudad de Neiva donde es una cuestión que aún no ha sido regulada por la entidad territorial.

El mismo yerro hace recaer sobre la versión de José Carlos Santacoloma, al sostener el Tribunal que esta persona como fabricante de los elementos en mención afirmó que los mismos podían tener características diversas, sin tener en cuenta que la atestación del declarante fue que su diámetro era estándar.

En el mismo sentido se refiere el demandante al testimonio de Gildardo Pineda Aristizabal, puesto que de tal probanza la conclusión que surge es que la dimensión general utilizada para las tapas de los pozos de inspección fue la entregada a EPN, más no la que dedujo el fallador acerca de que el testigo admitió que podían existir diferencias en las dimensiones de las tapas, sin tener en cuenta que el declarante no señaló que estuviera haciendo referencia a tapas para pozos de inspección.

En cuanto al falso juicio de existencia por omisión se indica en la demanda que tal yerro obedece a que no fue tenido en cuenta el testimonio de Nubia Moreno, asistente de la Fiscalía, cuando sostuvo que para obtener las cotizaciones de distintas empresas fabricantes del producto de marras, no especificó algún requerimiento técnico, al igual que lo hizo EPN, obteniendo respuesta de por lo menos cinco oferentes.

La trascendencia de la omisión probatoria denunciada la precisa así: «de no haberse incurrido en los falsos juicios de identidad señalados con antelación y haberse atendido la declaración de la señora Moreno, la conclusión del fallador habría sido que EPN en cabeza de su gerencia, hizo la invitación con la descripción técnica justa y necesaria para que los oferentes presentaran su propuesta con las dimensiones requeridas en las cubiertas para pozos de inspección».

Otra de las omisiones que pone de presente el recurrente, se relaciona con que no se valoraron los documentos contentivos de las propuestas de los demás oferentes y

que fueron incorporados al juicio como estipulación probatoria, las cuales coinciden con la presentada por el procesado Naranjo Barrera.

Por último se refiere el falso raciocinio para indicar que el Tribunal dejó de apreciar las pruebas en conjunto, dando un alcance inadecuado a las manifestaciones del procesado, puesto que adoptó conclusiones que se apartan de la lógica y las máximas de la experiencia como por ejemplo que por el hecho de que el procesado Andrés Espitia era economista y trabajador del sector privado, estaba en condiciones de conocer que las tapas para pozos de polipropileno de alto impacto tenían especificaciones técnicas concretas, así como que contaba con la posibilidad de detectar las inconsistencias en el balance general presentado por Ronald Franz Naranjo para acreditar la solvencia de su compañía.

Añade que en el fallo no se tuvo en cuenta que las especificaciones de los instrumentos requeridos fue avalada por el Sugerente técnico y operativo de EPN, el ingeniero Germán Andrés García Galindo, quien sostuvo que la necesidad de la empresa era la de contar con tapas para pozos de inspección de alcantarillado en polipropileno de alto impacto.

Esas especificaciones no podían ser corregidas o adicionadas por el procesado, pues no era ingeniero sino economista.

Similar queja plantea acerca de las falencias financieras del contratista, ya que si las mismas no fueron detectadas por la Subgerencia financiera de EPN, no tenían por qué serlo por parte del gerente Andrés Espitia, puesto que a dicha dependencia llega el informe financiero, más no los soportes aportados por el oferente.

Para el censor es claro que el gerente tiene el deber de vigilar los procesos de contratación, pero la verificación de aspectos técnicos es un asunto que escapa de su órbita y que debe confiar a sus subalternos.

Concluye el demandante que el procesado cumplió los requisitos para celebrar el contrato con Ronald Franz Naranjo, motivo por el que no se le puede reprochar su conducta como típica del delito descrito en el artículo 410 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte ha precisado que si bien en la Ley 906 de 2004 no se distingue entre recurso de casación por la vía común y por la discrecional, al eliminar la exigencia del quantum de pena del delito por el que se procede para acceder a tal impugnación, también lo es que corresponde al demandante acreditar la afectación de derechos o garantías fundamentales, lo cual le impone contar con interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y demostrar que es necesario el fallo de casación para cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en el artículo 180 de la referida normatividad para la mencionada impugnación, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia¹.

Además, se tiene que de acuerdo con la preceptiva del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, no será admitido el libelo cuando el demandante carezca de interés, no señale la causal, no desarrolle adecuadamente los cargos, o cuando se advierta que no es necesario el fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso.

Una vez clarificado lo anterior, se abordará el estudio formal del libelo de casación.

1. Calificación de la demanda

El recurrente acudiendo a la violación indirecta de la norma sustancial presenta un solo cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva consistente en errores de

hecho en todas sus modalidades.

Sea lo primero precisar que la trasgresión indirecta de la norma sustancial se relaciona con el proceso lógico desplegado por el juez para valorar la prueba y, exige de quien lo demanda la carga argumentativa de hacer ver en forma expresa cuál fue el vicio, al tiempo que concretar el falso juicio que determinó al sentenciador de segundo grado a arribar a una equivocada conclusión, los cuales pueden ser de hecho -existencia, identidad, raciocinio- o de derecho -legalidad y convicción-.

Para el presente asunto al referirse el demandante al falso juicio de identidad lo hace recaer en la apreciación del documento - invitación pública para la compra de las tapas de alcantarilla convocada por EPN-, el cual acusa de haber sido cercenado por el fallador, pues pese a la falta de especificaciones técnicas en torno a ese instrumento, del contenido del texto era posible apreciar cual era el elemento requerido por el municipio de Neiva.

Del planteamiento expuesto por el censor sin mayor dificultad se observa que su inconformidad se remonta a lo que dedujo el Tribunal a partir del contenido de esa probanza, cuando consideró que el mismo no especificaba las características del bien por adquirir.

En manera alguna la queja se refiere a la mutilación de su contenido sino al mérito que le otorgó el fallador a dicha prueba y con el que riñe el demandante, pues en su criterio la invitación pública sí refirió con suficiencia las especificaciones técnicas que debían cumplir los objetos que necesitaba EPN, en contraposición a la conclusión de Tribunal, de tal manera que surge evidente la inadecuada sustentación de la censura propuesta, puesto que no se acredita que en efecto el texto haya sido apreciado en forma incompleta, sino que la queja se circunscribe a la contemplación de tal medio de convicción.

Lo que pretende el libelista es que se descalifique la apreciación del ad quem a partir de presuntas distorsiones, con base en lo cual se reprocha al procesado haber suscrito el contrato sin haber previamente indicado las características de los bienes a proveer en la invitación pública.

En ese orden y al estudiar el reparo de otra de las pruebas que apuntan a acreditar el incumplimiento del procesado en establecer con precisión las condiciones de los bienes que necesitaba la administración, el censor sostiene que la estimación del testimonio del ingeniero Jhon William Lozada Aguirre fue errado, ya que para el Tribunal el testigo manifestó que las tapas de las alcantarillas no tenían medidas idénticas, lo cual desatinado, toda vez que lo que el deponente afirmó es que tienen el mismo diámetro, atestación de la que se vale el demandante para concluir que EPN en cabeza de su gerente, no tenía por qué referir en la oferta pública las medidas de las tapas en polipropileno.

Nuevamente el recurrente trata de imponer su personal valoración de la prueba, por cuanto se muestra inconforme con que a partir del dicho de Lozada Aguirre el Tribunal concluyera que esos instrumentos tenían medidas diferentes, circunstancia que sí indicó el declarante, cuyo dicho se transcribe en la sentencia así:

«La única característica general para las tapas de inspección es su diámetro, ya el resto de características, su espesor, el material, la forma interna de la tapa y los aditamentos..., el elemento que le colocan para mantenerla fija... son características particulares de cada fabricante.»

Frente a tal señalamiento sostuvo el Tribunal que los bienes cuyo suministro se contrató, sí tenían características especiales que no podían extraerse de la descripción contenida en la oferta pública, sin que de tal afirmación se advierta el falso juicio de identidad que denuncia el recurrente, pues en manera alguna la

prueba fue distorsionada, ya que su texto expresa claramente la afirmación acogida por el sentenciador.

Al criticar la aplicación de unas pautas que sobre el mismo elemento utiliza la Empresa de Acueducto de Bogotá, deja de precisar el demandante cual fue el yerro en el que incurrió el Tribunal, puesto que esta queja la incluye dentro del vicio de falso juicio de identidad por distorsión, cuyos presupuestos en nada se relacionan con la equivocada aplicación de la normativa que indica.

De principio a fin el libelista se dedica a explicar los motivos por los cuales las pruebas testimoniales no podían soportar la conclusión acerca de que las tapas para pozos de inspección tenían medidas diferentes, para lo cual utiliza sus propias razones interpretando el dicho de los testigos sin demostrar que las declaraciones de José Carlos Santacoloma y Gildardo Pineda, fueron cercenadas o distorsionadas y omite hacer el obligado juicio de comparación entre lo que indicaron los deponentes y las conclusiones del sentenciador en orden a evidenciar el error que la Corte tampoco lo advierte.

De otro lado, frente al falso juicio de existencia por omisión que hace recaer sobre el testimonio de Nubia Moreno, deja de indicar su trascendencia, pues el hecho de que ésta haya obtenido la cotización de las tapas de inspección por parte de varios oferentes sin proporcionar mayores especificaciones, en manera alguna rebate las probanzas consideradas por el Tribunal sobre las diferencias que pueden existir en este producto, las cuales varían según el requerimiento del cliente, ni tampoco que la invitación pública podía omitirlas haciendo una descripción somera del producto como en su momento lo hizo la investigadora de la Fiscalía. La deducción en el sentido contrario corresponde al criterio particular de quien la propone de acuerdo con su propio interés.

Lo mismo debe decirse en torno a las ofertas remitidas por los otros dos contratistas, puesto que del hecho de que las cotizaciones hubieran sido presentadas a partir de la invitación pública realizada por el procesado, no es dable concluir que la misma cumplía los requisitos de especificidad del bien necesarios para tener por satisfechas las exigencias legales del proceso contractual, como sí lo deduce el demandante, a partir de un falso juicio de existencia por omisión que no demuestra.

Por último, respecto de los vicios de raciocinio, el censor no acredita cual fue la máxima de la experiencia trasgredida, además que sin distinción y en forma genérica refiere la infracción a la lógica y a las reglas de la experiencia, con el fin de justificar el desconocimiento del acusado de los pormenores que debían concurrir para celebrar el contrato y de las especificaciones técnicas y capacidad financiera del contratista seleccionado, lo cual fue verificado por sus subordinados de EPN.

Adicionalmente, no rebate las circunstancias que tuvo en cuenta el Tribunal y que desarrolló ampliamente en el fallo para deducir que Andrés Espitia Duque, contaba con las condiciones para detectar las irregularidades que el fallador calificó de protuberantes y las obligaciones de super vigilancia y control de los recursos públicos que le asistían como gerente de la entidad pública, que no le permitían escudar su conducta en la actuación de sus subalternos.

Así las cosas, los yerros de fundamentación en los que incurre el casacionista, conllevan a que la demanda sea inadmitida.

3. En caso de que se acuda al mecanismo de insistencia, deberán seguirse los parámetros fijados por esta corporación (CSJ, A.P 12 Dic. 2005, Rad. 24.322).

1. Una vez se surta el término para ejercer insistencia, el proceso regresará al despacho del ponente con el fin de casar de oficio la sentencia en lo relativo al monto de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al procesado Ronald Franz Naranjo.

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

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensa de Andrés Espitia Duque.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

TERCERO: Una vez se surta el término para ejercer insistencia, el proceso regresará al despacho del ponente con el fin de casar de oficio la sentencia en lo relativo al monto de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al procesado Ronald Franz Naranjo.

Notifíquese y cúmplase,

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Auto del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322, entre otros.