

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP15528-2016

Radicación N°40383

Aprobado Acta N° 338

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

VISTOS

Emite la Corte el fallo que en derecho corresponda dentro del proceso de única instancia seguido en contra de NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, ex Gobernador encargado del departamento de Córdoba, a quien en la calificación del mérito del sumario le fue atribuida la realización de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo.

SITUACIÓN FÁCTICA

Entre el 28 de noviembre y 28 de diciembre de 2001, NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, quien se desempeñó como Gobernador encargado de Córdoba entre el 7 al 12, el 26 al 29 de noviembre y el 10 al 12 y el 26 al 28 de diciembre de 2001, suscribió 45 órdenes contractuales, para la construcción de 307 letrinas en diferentes municipios y veredas de

ese departamento sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales, desconociendo los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, en tanto fraccionó la unidad contractual para eludir el modelo de contratación que correspondía aplicar de acuerdo a la cuantía, acudiendo al menos riguroso.

Además adjudicó la construcción de las letrinas a personas que no eran idóneas para desarrollar la labor asignada, pues no contaban con la experiencia ni con el conocimiento para ello.

IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO está identificado con cédula de ciudadanía 3.181.102, expedida en Suba- Cundinamarca. Nació el 15 de septiembre de 1956 en Montería- Córdoba, hijo de NORMAN ESPINOSA LORA y NORA NIETO PAEZ (fallecidos), casado con YANET INÉS BENÍTEZ LÓPEZ, padre de JUAN DAVID e IVAN DARÍO ESPINOSA BENÍTEZ (mayores de edad), de profesión ingeniero civil.

Desde julio del año 2000 hasta diciembre de 2003 se desempeñó como Secretario de Infraestructura en la Gobernación de Córdoba y fungió como Gobernador encargado entre noviembre y diciembre de 2001.

ANTECEDENTES

1.- Por remisión de copias de la Fiscalía General de la Nación se tuvo conocimiento de los hechos objeto de debate¹.

2.- Con auto de agosto 2 de 2006 se dispuso abrir investigación previa² de conformidad con lo previsto en el artículo 322 de la Ley 600 de 2000 y el 18 de junio de 2008 se ordenó iniciar la investigación formal³.

3.- El 1º de marzo de 2011 la Fiscalía General de la Nación impuso a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO medida de aseguramiento consistente en prohibición de salir del país y prestación de caución⁴. Decisión que se mantuvo incólume ante el recurso de reposición impetrado por la defensa⁵.

4.- El 13 de marzo de 2012 se ordenó el cierre de la investigación⁶ y el 9 de agosto siguiente la Fiscalía 7ª Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la competencia conferida en el artículo 251 numeral 1º de la Constitución Política acusó a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, por los hechos antes descritos, como presunto autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, Código Penal aplicable para el asunto⁷.

4.1 Síntesis de la resolución de acusación.

La Fiscalía afincó la responsabilidad del aforado indicando que «cuando fungió como gobernador encargado del departamento de Córdoba para los meses de noviembre y diciembre de 2001, suscribió cerca de 45 órdenes contractuales para la construcción de letrinas con diferentes personas, sin que se ajustara dicho proceso al estatuto general de la contratación pública»⁸, pues debió realizar la contratación mediando convocatoria, en atención al valor total de las unidades sanitarias de \$491.085.132, el cual superaba el tope para realizar contratación directa, además favoreció a personas que no eran idóneas para desarrollar el objeto contractual, vulnerando los principios de transparencia, selección objetiva y planeación.

Destacó que de acuerdo al informe del C.T.I., el presupuesto de Córdoba para el año 2001 era de \$304.147.463.936, de suerte que el límite para la contratación directa para ese año ascendía a \$228.800.000 y para las órdenes contractuales no superaba los \$14.300.000, lo cual fue desconocido por el gobernador encargado, quien procedió a

fraccionar el contrato para acceder a la contratación directa pese a que se trataba de la misma unidad de objeto, esto es, 307 letrinas en el mismo departamento, por lo que «la única alternativa para el ex gobernador Espinosa Nieto era acudir a la licitación pública en uso de los principios fundamentales de la contratación estatal, entre los que se encuentra la planeación y transparencia»⁹

Señaló que aun cuando ESPINOSA NIETO optó por la contratación directa «ha debido de todas maneras garantizar cierto nivel de convocatoria y algún grado de publicidad para que todas las personas interesadas en el departamento de Córdoba, con igualdad de condiciones, tuvieran el mismo derecho de acceder a dichos contratos y de esta manera dar cumplimiento a los principios de selección objetiva y transparencia»¹⁰

Aunado a ello señaló que con los testimonios de ORLEIDA ESTHER HERNÁNDEZ AGUILAR y JUAN CARLOS DÍAZ GÓMEZ, entonces Secretaria y Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación –respectivamente-, se evidencia que dichas órdenes contractuales no fueron revisadas por esa dependencia, en tanto no contaban con el sello correspondiente.

Además, con lo indicado por adjudicatarios como JUAN ANTONIO CLAVER HERNÁNDEZ, EDGARDO BALOCCO GÓMEZ, HERNANDO PARRA GARCÍA, EMIRO NEL VALVERDE ESPELETA y BORIS DEL CRISTO GONZÁLEZ LEÓN, se verificó que las órdenes contractuales se suscribieron de manera arbitraria y caprichosa con personas que no cumplían con las condiciones para desarrollar las actividades contratadas, lo que en últimas derivó en la subcontratación para cumplir el objeto contractual.

Así mismo, se estimó que con la variación de los testimonios de los adjudicatarios EDER ENRIQUE MENDOZA y CELSO FIDEL LÓPEZ LAZA, quienes inicialmente negaron haber contratado con la gobernación de Córdoba para la construcción de las letrinas,

denotaba ausencia de transparencia en la selección de los contratistas.

De otra parte, consideró que la falta de transparencia y selección objetiva se verificó con la doble asignación contractual que se le otorgó a varias personas para que desarrollaran el objeto de manera simultánea en lugares diferentes de la geografía departamental, lo que además desdice de la urgencia para la construcción de esas letrinas.

Resaltó que el cubrimiento de las necesidades sanitarias estaba incluido en el presupuesto anual 2001-2003 bajo el rubro de «Ampliación de la infraestructura de saneamiento básico, acueducto y alcantarillado», previéndose la suma de \$6.492.080.000, sin embargo, la ejecución tardía a finales de la vigencia fiscal, revelaba la búsqueda por favorecer intereses particulares y no la urgencia de la comunidad, como lo alegó el procesado.

Concluyó que «la convocatoria pública a través de un solo contrato (sic) el camino señalado para realización de dicha obra; de ahí que no se acepten los planteamientos del togado y el acusado frente a la realidad de cada orden contractual (...,...) la jurisprudencia ha sido clara en cuanto a la observancia obligatoria de los principios de transparencia y selección objetiva aún cuando se trate del compromiso de pequeñas sumas de dinero del erario a través de la denominada contratación directa o abreviada, concepto en el que se involucra que la mayor discrecionalidad en la contratación directa no significa arbitrariedad, sino de que (sic) los ciudadanos en opción y capacidad comercial tengan oportunidad de ser llamados sin preferencias diversas a la actividad y contenido de los ofrecimientos favorables a la administración y a la comunidad»¹¹

Refirió que pese a los señalamientos del acusado de haber observado las previsiones del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que en las etapas precontractual y

contractual se birlaron los principios de transparencia y selección objetiva, pues «los contratistas fueron seleccionados al antojo, acto en el que prevaleció la cercanía del contratado con los integrantes de la gobernación»¹² y en todo caso, la modalidad seleccionada, se encuentra reglada en el artículo 3° del Decreto 855 de 1994 e impone unos límites al arbitrio del ordenador del gasto frente a la selección del adjudicatario.

La acusación de primera instancia fue confirmada con proveído de 15 de noviembre de 2012¹³, al resolver el recurso de reposición.

5.- Arribada la actuación a esta Corporación y luego de correrse el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000¹⁴, el 17 de julio de 2013 se celebró la audiencia preparatoria y el 21 y 22 de abril de 2014 la audiencia de juzgamiento.

ALEGATOS FINALES

Finalizada la fase probatoria, los sujetos procesales alegaron así:

1. Fiscalía:

Solicitó la emisión de sentencia condenatoria por considerar acreditados los presupuestos establecidos en los artículos 231 y 232 de la Ley 600 de 2000, pues se demostró tanto la materialidad de la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como la responsabilidad de NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO.

Destacó que fungió como Gobernador encargado por 10 días en noviembre y 6 días en diciembre de 2001, tiempo en el que expidió 45 órdenes contractuales para la construcción de 307 letrinas, aplicando la modalidad de contratación directa, cuando el valor de esas unidades sanitarias exigía una convocatoria pública, la cual no se realizó porque de manera dolosa fraccionó el contrato, pese a que había unidad de objeto y no existía una situación apremiante que lo obligara a desconocer los principios de

planeación, transparencia y selección objetiva.

Con el testimonio de REMBERTO ROSSI TORDECILLA, interventor de las obras, asevera, se estableció que el ordenador del gasto era quien seleccionaba a los contratistas, es decir, que aun fungiendo como Gobernador encargado era el que decidía, por lo cual no puede exonerarse de responsabilidad.

Además, ORLEIDA ESTHER HERNÁNDEZ AGUILAR y JUAN CARLOS DÍAZ GÓMEZ, integrantes de la oficina jurídica de la Gobernación, para la fecha de los hechos, señalaron que esas órdenes de trabajo no fueron sometidas a estudio por esa dependencia, lo que impidió que se hicieran recomendaciones para su ejecución.

Sumado a ello, de las declaraciones rendidas por los diferentes contratistas, se extrajo que en su mayoría se trataba de personas ajenas a la construcción pero muy cercanas a la administración departamental, quienes en algunos casos subcontrataban a terceros para cumplir con el objeto contractual, lo que atenta contra los principios de transparencia y selección objetiva.

Finalmente, cuestionó que si el fraccionamiento de los contratos obedeció a la necesidad y urgencia de la población, no era comprensible que se asignaran varias órdenes contractuales a una sola persona, siendo que debían ejecutarse de manera casi simultánea y en diferentes lugares de la geografía departamental.

2. Ministerio Público:

Igualmente solicitó proferir sentencia condenatoria, estimando que se acreditó la materialidad de la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y la responsabilidad de NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, en calidad de autor.

Destacó que el acopio probatorio acreditó la existencia de 45 órdenes contractuales

suscritas por el procesado cuyo objeto era la construcción de letrinas en diferentes zonas de Córdoba, por un valor total de \$491.085.132, cuando el tope para contratar bajo esa modalidad era de \$14.300.000, lo que significa que de forma deliberada y arbitraria fraccionó la contratación para omitir la convocatoria pública.

Con ello, desconoció los principios de transparencia, al apartarse del Decreto 855 de 1994; selección objetiva, en cuanto se hicieron asignaciones directas a personas que no tenían conocimiento ni experiencia en la realización de las obras, como quedó establecido con los abundantes testimonios de los adjudicatarios y, planeación, pues con el testimonio de ORLEIDA ESTHER, Secretaria de la Oficina Jurídica, se estableció que no se contó con la revisión y asesoramiento por parte de dicha dependencia.

Considera que con la indagatoria se estableció que el procesado es un ingeniero civil con amplia experiencia en su profesión y que ha ocupado cargos de relevancia a nivel departamental, calidad de la cual extracta su conocimiento en el desarrollo de los procesos contractuales y por ende el dolo con que actuó al fraccionar el contrato de letrinización.

Así, estimó que la conducta era típica, antijurídica y culpable.

3. Defensa:

Demandó la absolución de su asistido indicando que dentro del plan de gobierno del titular estaba prevista la letrinización, por lo tanto, ante la ausencia de aquél y verificada la necesidad de la comunidad procedió a la asignación de las órdenes contractuales, las que estaban soportadas en pólizas de cumplimiento y se ejecutaron con la vigilancia de los interventores, quienes recibieron a conformidad las obras.

Destacó que no hubo sobrecostos, apropiación ilícita de recursos, ni existió un daño o perjuicio apreciable de manera real y objetiva, por lo que la conducta de su defendido

carece de antijuridicidad material.

Además, el simple fraccionamiento del contrato no es suficiente para estructurar el delito, pues ello implicaría revivir el principio de responsabilidad objetiva, por lo que se necesita verificar si la intención del agente estaba encaminada a soslayar los principios de la contratación administrativa, aspecto que no se evidenció, pues su propósito fue solucionar los problemas de salud de la región, atendiendo los procedimientos establecidos en los artículos 24 a 39 de la Ley 80 de 1993, respetando las directrices técnicas de orden presupuestal y mercadeo y, atendiendo los programas y planes de desarrollo del gobernador titular.

Aclaró que los testimonios de ORLEIDA HERNÁNDEZ y CARLOS GÓMEZ debían ser tomados con beneficio de inventario pues las órdenes estaban soportadas documentalmente y era necesario que pasaran por la oficina jurídica para su aprobación, ya que de lo contrario no hubiesen sido canceladas en tesorería.

Así mismo, señaló que los adjudicatarios fueron seleccionados por el titular del despacho, y su asistido, en aras del principio de buena fe se limitó a firmar las órdenes que ya habían sido elaboradas y sometidas al trámite legal de rigor. Además, que se hubieran adjudicado varias de ellas a una persona para ejecutarse en lugares diferentes sólo representa una anomalía que lejos está de configurar la ilicitud enrostrada.

Destacó que el actuar de su defendido estaba precedido por el principio de confianza legítima, a partir del cual se presume que la administración pública es sabia y sus actuaciones están orientadas por la buena fe y la salvaguarda de los intereses generales y, en el caso de NORMAN GUILLERMO era el de atender las necesidades de saneamiento básico de la comunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Con arreglo a lo normado en los artículos 235-4 de la Carta Política y su parágrafo y 75-6 del Código de Procedimiento Penal de 2000, la Sala es competente para conocer de este juicio, en tanto el acusado NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO al momento de realizar las conductas a él atribuidas se desempeñaba como Gobernador encargado del Departamento de Córdoba, y pese a no cumplir actualmente esas funciones el fuero constitucional se prorroga debido a la evidente conexión entre el delito imputado y el encargo por él desempeñado en ese momento.

Efectivamente, las 45 órdenes contractuales celebradas por el acusado entre el 28 de noviembre y 28 de diciembre de 2001, para la construcción de letrinas en el departamento de Córdoba, las realizó en ejercicio de las facultades a él conferidas por la Constitución y la ley, como Gobernador encargado de esa entidad territorial, cargo que ejerció del 7 al 12, el 26 al 29 de noviembre y entre el 10 al 12 y el 26 al 28 de diciembre de 2001, por lo tanto, el nexo de causalidad entre las órdenes contractuales cuestionadas y la investidura es palmaria.

2. De conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

En consecuencia, corresponde a la Sala determinar si con fundamento en los medios probatorios allegados al proceso se pueden acreditar, en grado de certeza, las categorías de la conducta punible, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y la consecuente responsabilidad del acusado.

3. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales está tipificado en el artículo

410 del Código Penal bajo el siguiente tenor literal:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años

3.1 Del tipo objetivo.

Integran la estructura de este tipo penal un sujeto activo calificado, esto es, que se trate de un servidor público que dentro de sus funciones tenga facultad «para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del convenio, y que, en el desarrollo de la actividad, se sustraiga de verificar los requisitos esenciales para su validez»¹⁵, por lo que no basta con ostentar la condición de servidor público, sino que debe verificarse el nexo existente entre esa condición y la posibilidad de comprometer los intereses de la administración mediante la celebración o adjudicación de contratos.

Además, la conducta que se reprocha se refiere a tres modos alternativos de ejecución al «incumplir los presupuestos legales sustanciales en el trámite, lo que implica todos los pasos hasta su celebración, y omitir la verificación de la concurrencia de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento, inclusive los atinentes a la fase precontractual, y los relacionados con la liquidación»¹⁶.

Así, atendiendo a la desconcentración que rige en las entidades estatales en el cumplimiento de su función, se diferencian las conductas en las que pueden incurrir los servidores públicos encargados de tramitar el contrato, de las que pueden ser ejecutadas por el representante legal o el ordenador del gasto. Los primeros, representados en el nivel ejecutivo, que actúan en las fases previas al tramitar el acuerdo de voluntades se

apartan de los requisitos esenciales que animan la contratación estatal, mientras a los segundos se les reprocha la omisión de verificar el cumplimiento de los presupuestos legales esenciales en cada fase de la contratación.

Al respecto, los artículos 12 y 25-10 de la Ley 80 de 1993, disponen que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos con sujeción a las cuantías señaladas en las respectivas juntas y consejos directivos, y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

El artículo 7º del Decreto 620 de 1994, prescribe que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán desconcentrar la realización de todos los actos y trámites inherentes a la realización de licitaciones o concursos para la celebración de contratos sin consideración a la naturaleza o cuantía de los mismos en los funcionarios de los niveles directivos, ejecutivo o sus equivalentes, teniendo en cuenta las normas que rigen la distribución de funciones en sus respectivos organismos. Ello implica la atribución de competencia para expedir los distintos actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso por parte de los funcionarios antes enunciados, sin incluir la adjudicación o la celebración del contrato, lo que se reserva al jefe o representante legal.

En cuanto al elemento normativo del tipo -requisitos esenciales-, la Sala17 ha sostenido que se trata del respeto y cumplimiento integral de los principios que rigen la contratación pública, tales como la planeación, economía, responsabilidad, transparencia y el deber de selección objetiva, los que están contenidos en el artículo 209 de la Carta Política, en la Ley 80 de 1993 -norma aplicable a la fecha de los hechos- y las disposiciones que la desarrollan.

Como lo ha señalado esta Corporación¹⁸, tal entendimiento deriva de una interpretación constitucional, acompasada con los valores y fines del Estado, pues con arreglo al Preámbulo y el artículo 2º de la Carta, corresponde al Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Así mismo, el artículo 209 Superior preceptúa que la función pública está al servicio de los intereses generales y se desarrollará con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Como quiera que la contratación administrativa es una función pública al servicio del interés común y sujeta a los fines esenciales del Estado (artículos 1º y 2º de la Carta y 3º Ley 80 de 1993), las etapas que conforman el proceso se encuentran regidas por dichos principios y por los postulados de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por su parte, los artículos 1º, 3º, 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, disponen que el estatuto de la contratación pública tiene por objeto diseñar las reglas y principios que rigen la contratación de las entidades estatales, en cuyo desarrollo los servidores públicos tendrán en cuenta que al celebrar los contratos y en su ejecución, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos propósitos; y los particulares que adicional a la obtención de utilidades, coadyuvan en la consecución de objetivos y cumplen una labor social que, como tal, envuelve obligaciones.

Así, el principio de planeación debe irradiar todas las etapas contractuales, impidiendo la improvisación, pues ante la necesidad de una política «anticipadora y preventiva que

evite la producción del daño o el perjuicio»¹⁹ cobra importancia el establecimiento de criterios de selección, definición de las partidas presupuestales, diseños, pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado, pues como lo ha indicado el Consejo de Estado:

En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado.²⁰

Al paso que el principio de transparencia, consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, protege la imparcialidad y la objetiva selección del contratista, de allí que su escogencia, por regla general debe hacerse mediante licitación pública o concurso, salvo los casos previstos en la norma, acorde con ello el Consejo de Estado (C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 29 ago. 2007, Rad. 15324) ha considerado que la elección de los contratista debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”.

Ello se complementa con el principio de selección objetiva, el cual impone que la elección

del contratista obedezca a criterios de interés general y de asegurar que la oferta más favorable para la entidad sea la ganadora, apartándose de factores subjetivos, como la amistad y demás conveniencias personales, contrariando los fines del Estado.

Sobre la conceptualización de este principio ha dicho la Sala (CSJ SP 26 may. 2010, rad. 30933) que «la escogencia (del contratista) se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva», pues como ha insistido el Consejo de Estado (CE; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; Sentencia 15324 Ag. 29 200721) «la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa».

Ahora, las excepciones para apartarse de la licitación o concurso públicos están establecidos en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentra la menor cuantía para la contratación, la que se determina en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas, expresados en salarios mínimos legales mensuales y que de acuerdo al artículo 3º del Decreto 855 de 1994 -reglamentario de la Ley 80 de 1993-, para dar cumplimiento al deber de selección objetiva, requiere la obtención previa de por lo menos dos ofertas, las cuales se solicitarán en forma verbal o escrita con la información necesaria del contrato para darle claridad al proponente.

Por su parte, el parágrafo del artículo 39 íbidem exceptúa de las formalidades plenas en la celebración de contratos a aquéllos que no superan las cuantías allí delimitadas, en función de los presupuestos anuales de las entidades, caso en el cual «las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese

delegado la ordenación del gasto»

Finalmente, de cara al análisis del tipo penal, como lo ha indicado el Alto Tribunal Constitucional (C.C. C-128 de 2003), al tipificarse esta clase de conductas se pretende proteger la «Transparencia de la actividad contractual, de manera que la confianza de los ciudadanos en la administración pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella», pues evidente resulta que los coasociados esperan de quienes ejercen la función contractual un actuar acorde con los postulados constitucionales.

3.1.2 Constatación de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo.

La Fiscalía enrostró a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues al fungir como Gobernador encargado del departamento de Córdoba del 7 al 12 y del 26 al 29 de noviembre y del 10 al 12 y el 26 al 28 de diciembre de 2001 suscribió 45 órdenes contractuales cuyo objeto era la construcción de letrinas, sin verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales, a saber:

Fecha de la orden

Objeto

Valor de la obra

contratista

1

28/11/2001

(fl. 7-8 c. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

HÉCTOR AQUILEO ANAYA LÓPEZ

2

10/12/2001

(fl 102-103 C. anexo 1)

Construcción de 7 letrinas

\$11.185.132

ADELA PATRICIA VERGARA MACÍAS

3

11/12/2001

(fl 108-109 C. anexo 1)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

JUAN GUILLERMO SOLORZANO BARRIOS

4

12/12/2001

(fl. 128-129 C. Anexo 1)

construcción de 9 letrinas

\$14.300.000

PASTOR AMAYA CARO

5

12/12/2001

(fl. 96-97 C. anexo 2)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

EDER MONTERO MENDOZA

6

12/12/2001

(fl. 132-133 C. anexo 1)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

LUIS FERNANDO SIBAJA RIVAS

7

12/12/2001

(fl. 122-123 C. anexo 1)

Construcción de 8 letrinas

\$12.800.000

JORGE EMIRO SANTANA BENAVIDES

8

12/12/2001

(fl. 216-127 C. 1 anexo)

Construcción de 5 letrinas

\$8.000.000

HERNANDO PARRA GARCÍA

9

12/12/2001

(fl. 134-135 C. anexo 1)

Construcción de 5 letrinas

\$8.000.000

FERNANDO CARLOS ALARCÓN LÓPEZ

10

12/12/2001

(fl. 26-27 c. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

AMBROSIO SEGUNDO HERNÁNDEZ

11

12/12/2001

(fl. 38-39 c. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

HUGO PARRA SALCEDO

12

12/12/2001

(fl. 54-55 c. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

DIVA FLOREZ CAUSIL

13

12/12/2001

(fl. 65-66 c. an15exo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

HERNAN PEÑA SIMANCA

14

12/12/2001

(fl. 78-79 c. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

RAMIRO RAFAEL GÓMEZ CANEDO

15

12/12/2001

(fl 92-93 c. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

MANUEL CAUSIL DIAZ

16

12/12/2001

(fl. 125-126 C. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

GUIDO NOBLES MÉNDEZ

17

12/12/2001

(fl. 136-137 C. anexo 3)

Construcción de 5 letrinas

\$8.000.000

IPATIA VILLALOBOS MOLINA

18

12/12/2001

(fl. 195-196 C. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

EMIRO VALVERDE ESPELETA

19

12/12/2001

(fl. 205-206 C. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$9.600.000

JORGE ASSIAS GÓMEZ

20

12/12/2001

(fl. 239-240 C. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

GABRIEL MENDOZA HERNÁNDEZ

21

12/12/2001

(fl.251-252 C. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

MANUEL ESCOBAR YAÑEZ

22

12/12/2001

(fl. 271-272 C. anexo 3)

Construcción de 5 letrinas

\$8.000.000

JOSÉ MIGUEL ALEAN ALEAN

23

12/12/2001

(fl.279-280 C. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$12.800.000

ALEJANDRO ANAYA CUBILLOS

24

12/12/2001

(fl. 6-7 C anexo 3)

Construcción de 8 letrinas

\$12.800.000

LUIS NUÑEZ TORRENTE

25

12/12/2001

(fl. 35-36 C. anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

LUIS FERNANDO SIBAJA RIVAS

26

26/12/2001

(fl. 170-171 C. anexo 1)

Construcción de 8 letrinas

\$12.800.000

LIBARDO JESÚS ORTÍZ FERNÁNDEZ

27

26/12/2001

(fl. 166-167 C. anexo 1)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

JESÚS ROSSO CHÁVEZ

28

27/12/2001

(fl. 180-181 C. anexo 1)

Construcción de 4 letrinas

\$6.400.000

HERNÁNDEZ SÁNCHEZ

29

28/12/2001

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

SANTADER EULALIO ÁLVAREZ GARCÍA

30

28/12/2001

(fl. 206-207 C. anexo 1)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

MARÍA HELENA HERRERA PICO

31

28/12/2001

(fl. 204-205 C. anexo 1)

Construcción de 5 letrinas

\$8.000.000

ANÍBAL ÁLVAREZ GARCÍA

32

28/12/2001

(fl. 198-199 C. anexo 1)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

EDGAR BALOCO GÓMEZ

33

28/12/2001

(fl. 110-111 C. anexo 3)

Construcción de 8 letrinas

\$12.800.000

MARIO LOZANO CASTRO

34

28/12/2001

(fl. 146-147 C. anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

ROMANA ESCOBAR ESPINOSA

35

28/12/2001

(fl. 156-1587 Ca. Anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

ADALBERTO SILGADO BELTRÁN

36

28/12/2001

(fl. 219-220 C. Anexo 3)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

FERNANDO ANTONIO ARGUMEDO

37

28/12/2001

(fl. 294 C. anexo 3)

Construcción de 5 letrinas

\$8.000.000

LEINER ORTEGA DAZA

38

28/12/2001

(fl. 66-67 C. anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

JOSÉ ALFREDO MONTERROSA JIMÉNEZ

39

28/12/2001

(fl. 78-79 C. anexo 4)

Construcción de 8 letrinas

\$12.800.000

MÓNICA VERGARA PERNETT

40

28/12/2001

(fl. 99-100 C., anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

BORIS DEL CRISTO GONZÁLEZ LEÓN

41

28/12/2001

(fl. 132-133 C. anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

CELSO FEIDEL LÓPEZ LAZA

42

28/12/2001

(fl. 144-145 C. anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

YAMILET LOPEZ ARTEAGA

43

28/12/2001

(fl. 156-157 C. anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

MANUEL ANTONIO MORENO LÓPEZ

44

28/12/2001

(fl. 167-168 C. anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

YAMILET LOPEZ ARTEAGA

45

12/12/2001

(fl. 179-180 C. anexo 4)

Construcción de 7 letrinas

\$11.200.000

MANUEL CAUSIL DÍAZ

TOTAL LETRINAS CONSTRUIDAS: 307

VALOR TOTAL:

\$491.085.132

(1.717 smlmv)

NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO fungió como Secretario de Infraestructura del

departamento de Córdoba desde el 3 de junio de 2000 hasta el 6 de enero de 2004, tal como lo certifica la Directora Administrativa de Personal del departamento²², sin embargo, para los meses de noviembre y diciembre de 2001 fue encargado como Gobernador en cuatro oportunidades, así:

- Mediante Decreto N° 001380 de 6 de noviembre de 2001 durante los días 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de noviembre de 2001²³.

- Mediante Decreto N° 001421 de 20 de noviembre de 2001 durante los días 26, 27, 28 y 29 de noviembre de 2001²⁴.

- Mediante Decreto N° 001537 de 7 de diciembre de 2001 durante los días 10, 11 y 12 de diciembre de 2001²⁵.

- Mediante Decreto N° 001561 de 20 de diciembre de 2001 durante los días 26, 27 y 28 de diciembre de 2001²⁶.

Ello, permite establecer que para la fecha de suscripción de las 45 órdenes contractuales, NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO se desempeñaba como Gobernador encargado y, en virtud de esa situación administrativa obraba como ordenador del gasto, en consecuencia le correspondía verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales de la contratación pública, en concordancia con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, como con los postulados que rigen la función administrativa en general.

Contrario a ello, conforme lo imputó la Fiscalía y se acreditó probatoriamente, el Gobernador encargado al celebrar las órdenes contractuales omitió verificar el cumplimiento de los requisitos legales en la fase precontractual desarrollada por los funcionarios encargados de ello, etapa en la cual se fraccionó la unidad contractual omitiendo el trámite previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, desarrollado en el

artículo 3° del Decreto 855 de 1994, y en su lugar se hizo asignación directa a personas cercanas a la administración, sin la idoneidad necesaria, agravando los principios de planeación, transparencia y selección objetiva. Tal como pasa a verse:

3.1.3 Del fraccionamiento de la unidad contractual.

Acogiendo la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, esta Sala (CSJ SP 26 mar 2009, Rad.29089) ha considerado que la práctica de fraccionamiento contractual tiene lugar:

[C]uando pudiéndose compendiar el todo en un sólo acto, se divide en varios, con el objetivo claro de eludir un condicionamiento legal.

En otras palabras, se configura, cuando la administración de manera artificiosa destruye la unidad natural del objeto contractual, a fin de contratar directamente lo que en principio debió regirse por las formas propias de la licitación, o para sujetarse a un procedimiento menos estricto y riguroso de contratación directa en reemplazo del que se imponía seguir por el factor cuantía, práctica que riñe con las normas que gobierna la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva

A partir de esta definición, se hace necesario establecer qué se entiende por unidad de objeto contractual, para ello es preciso acudir a los criterios de género y especie, los cuales fueron establecidos desde antaño por el Consejo de Estado²⁷ y acogidos por esta Corporación²⁸.

Atendiendo al sentido de las palabras, se entiende por género el «conjunto de seres que tiene uno o varios caracteres comunes. /Taxón que agrupa a especies que comportan ciertos caracteres»²⁹, mientras que por especie se refiere a «conjunto de elementos entre sí por tener uno o varios caracteres comunes. / Cada uno de los grupos en que se dividen los géneros y que se componen de

individuos que, además de los caracteres genéricos, tienen en común otros caracteres por los cuales se asemejan entre sí y se distinguen de los de las demás especies»³⁰.

En materia contractual, el artículo 1.565 del Código Civil define las obligaciones de género como «aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado» y se refiere a las obligaciones de especie o de cuerpo cierto como «aquella en que se debe una especie determinada dentro de un género también determinado. O es la que se debe en una individualidad, que es imposible de confundir con otra»³¹.

Así, a modo de ejemplo, para facilitar la comprensión de los conceptos, se tiene que en un contrato cuyo objeto sea la adquisición de impresoras, éstas como universalidad de dispositivos de impresión, constituye el género, mientras que si el objeto contractual es la adquisición de impresoras láser, esas particularidades y especificaciones identifican la especie, por lo que en este segundo evento, el proveedor sólo podrá cumplir el objeto contractual suministrando impresoras láser, no podría incluir impresoras de punto, de chorro de tinta o plotter.

Partiendo de estos conceptos ha sostenido esta Corporación (CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35660) que la unidad de objeto contractual «se ha entendido como la especie de los bienes u obras contratadas de un mismo género, sin que la ley entonces prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (mismo género), pero sí cuando corresponde a la misma especie».

Ahora bien, para determinar la existencia de una práctica de fraccionamiento contractual, esta Colegiatura también ha considerado que se presenta «cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto»³² y siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado³³, «la unidad de objeto en materia de contratación estatal, se pregona de aquellos contratos cuyo objeto “es

naturalmente uno”³⁴. Así las cosas, la Sub Sección entiende que dicha unidad se reputa natural cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere necesariamente el cumplimiento del otro, es decir, que sólo a través de la sumatoria de cada uno de ellos, se obtiene el producto final deseado con la contratación; en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos arruina la posibilidad de satisfacer la necesidad identificada para contratar, por cuanto son interdependientes.»³⁵.

Sin embargo, la consideración de unidad natural de objeto no se opone al criterio diferenciador de género y especie para verificar un fraccionamiento irregular, por el contrario se revela como un concepto previo para ese análisis, ya que como lo ha indicado la Sala:

[S]i bien el criterio de distinción del Consejo de Estado resulta útil a la hora de determinar si hay o no unidad de objeto en orden a establecer si concurre o no el fraccionamiento, no puede olvidarse que por igual hay un concepto previo, el de unidad natural de objeto contractual por razón de la finalidad, que se le sobrepone.

3.1.4 Del caso concreto.

En cada una de las 45 órdenes contractuales se estableció como único objeto contractual la construcción de letrinas³⁶, sin determinar características especiales de diseño o de instalación.

Es decir, en este evento, el género está representado por la construcción de letrinas en el departamento de Córdoba, pues ni siquiera en el Plan de Desarrollo Departamental – Plan de Inversiones Consolidado 2001-2003 aprobado por la Asamblea Departamental³⁷ se detallaron particularidades de las unidades sanitarias, sólo se incluyó el capítulo 14- Infraestructura física y servicios públicos domiciliarios-, bajo la identificación de un problema:

Artículo 83: Del problema: La infraestructura física existente en el departamento es deficiente e insuficiente, así como la dotación de servicios públicos sociales y domiciliarios en las áreas urbanas y rurales.³⁸

Previéndose como una de las estrategias para enfrentarlo la «elaboración, gestión y ejecución de programas y proyectos de ampliación integral de la infraestructura existente»³⁹ y para ejecutarlo se previó «ampliación de la infraestructura de saneamiento básico, acueducto y alcantarillado. Indicador: número de beneficiarios. Meta: 3000 familias»⁴⁰, proyectándose en el plan de inversiones consolidados para el año 2001 la suma de \$2.000.000.000, para 2002 el monto de \$2.160.000.000 y para el año 2003 la suma de \$2.332.080.000, para un total de \$6.492.080.000 asignado a agua potable y saneamiento básico⁴¹.

Lo que en principio permitiría colegir que en las 45 órdenes contractuales sólo medió una obligación de género, sobre la cual no existe una restricción tendiente a castigar el fraccionamiento contractual, sin embargo, el concepto de especie deviene de las necesidades de cada territorio en el cual la administración departamental destinó la construcción de cierto número de letrinas, con el fin de atender el saneamiento básico ambiental.

Es decir, en consideración de la unidad natural de objeto como concepto previo para delimitar la especie de la contratación, en este caso, debe considerarse el propósito para el cual está determinada, esto es, el saneamiento básico ambiental, considerado por el Alto Tribunal Constitucional (C.C.T 707-2012) como:

[E]l acceso a un sistema para la colección, transporte, tratamiento, y disposición o reutilización de las excretas humanas y otras asociadas, genera obligaciones en materia de derechos fundamentales indispensables para garantizar la dignidad humana, pues las personas que no cuentan con sistemas adecuados para este fin, carecen de

condiciones higiénicas y seguras que les permitan desarrollar sus proyectos de vida en espacios libres de enfermedades y olores nauseabundos. En efecto, quienes carecen de saneamiento básico se ven expuestos a epidemias y enfermedades prevenibles que aumentan los niveles de mortalidad infantil, así como a olores que hacen insostenible el ambiente en el que viven.

Entendimiento que no se distancia de la interpretación que viene dando la Corte al concepto de unidad de objeto, toda vez que al consultar la finalidad de la contratación de cara a los principios que la rigen, simplemente está teniendo en consideración el bien jurídico tutelado -como está obligado el operador judicial-, en este caso, la administración pública en cuanto la tutela del principio de legalidad de la contratación, entre ellos, el trámite que la ley prevé para la selección de los contratistas en procura de obtener el interés general.

De suerte que al particularizar en cada corregimiento, vereda y municipio las letrinas necesarias para cumplir con el propósito integral de saneamiento básico ambiental en cada comunidad, se delimita la especie del contrato, pues necesariamente ese número de unidades sanitarias dispuestas para cada una imponía la celebración de un único contrato, pues al no dotarse de forma completa la letrinización resultaría inane la atención de saneamiento básico, en tanto la misma problemática de manejo de excretas y su consecuente afectación en la salud de los pobladores permanecería sin tratamiento.

Aunado a ello, la delimitación de la unidad natural de objeto contractual, atendiendo el producto final deseado con la contratación, esto es, las necesidades particulares de cada comunidad para la atención del saneamiento ambiental, guarda correspondencia con los principios de planeación y economía, pues resultaba razonable que la división para la construcción de estas obras se realizara por corregimientos, veredas y municipios, por implicar menos costos en los traslados de materiales y en la mano de obra y en últimas la disminución de los precios de contratación, racionalizando el gasto y

agilizando la satisfacción de los pobladores, por lo tanto resulta inadmisibile que en cada división territorial se procediera a la asignación de varias órdenes para cumplir el mismo objeto, pues ello refleja una práctica de fraccionamiento contractual irregular.

Además, la construcción de todas las letrinas en cada una de estas regiones, garantizaba la obtención del producto final deseado con la contratación -el saneamiento ambiental- en cada corregimiento, vereda y municipio que integran ese departamento.

Frente a este panorama se tiene que las 45 órdenes contractuales se asignaron así:

Vereda/

Corregimiento

Municipio

Barrio

Orden Contractual

Banquito

Tierralta

7 letrinas asignadas a Héctor Aquileo Anaya López

Vereda de Viviano- Corregimiento del Carmelo

Tierralta

7 letrinas asignadas a Alejandro Anaya Cubillos

Tierralta

Los canales

7 letrinas asignadas a Jesús Rosso Chávez

Chuchurubí

Cereté

7 letrinas asignadas a Adela Patricia Vergara Macías

8 letrinas asignadas a Libardo de Jesús Ortiz Fernández

Los Bolaos

Moñitos

7 letrinas asignadas a Juan Guillermo Solorzano Barrios

Cabildos indígenas- Paso Nuevo

Moñitos

7 letrinas asignadas a Manuel Antonio Moreno López

M

O

N

T

E

R

Í

A

2 de septiembre

9 letrinas asignadas a Pastor Amaya Caro

El Dorado

7 letrinas asignadas a Luis Fernando Sibaja Rivas

Edmundo López

7 letrinas asignadas a Hernán Peña Simanca

8 letrinas asignadas a Mónica Vergara Pernet

Juan XXIII

7 letrinas asignadas a Manuel Causil Díaz

Villa Rocío

7 letrinas asignadas a Guido Nobles Méndez

Mocarí -sector las parcelas

5 letrinas asignadas a Ipatia Villalobos Molina

Cantaclaro- Sector de la Unión 2

7 letrinas asignadas a Emiro Nel Valverde Espeleta

Cantaclaro-Sector los caños

7 letrinas asignadas Manuel Causil Díaz

Pastrana Borrero

7 letrinas asignadas a Manuel Escobar Yañez

25 de agosto

7 letrinas asignadas a Luis Fenando Sibaja Rivas

San José

7 letrinas asignadas a Romana Escobar Espinosa

Villa Luz- Sector I

7 letrinas asignadas a Adalberto Silgado Beltrán

- Ranchos de Inat

-Santa fe

7 letrinas asignados a Fernando Antonio Argumedo

Robinson Pitalua

5 letrinas asignadas a Leiner Ortega Daza

- 20 de julio

- Camilo Torres

7 letrinas asignadas a Boris del Cristo González León

Corregimiento Santa Lucía

Montería

5 letrinas asignadas Hernando Parra García

Las Aguas

Montería

5 letrinas asignadas a Carlos Alarcón López

Sierra Chiquita

Montería

7 letrinas asignadas a Ambrosio Segundo Hernández

Santa fe – Sector I

Montería

7 letrinas asignadas a Diva Florez Causil

7 letrinas asignadas a Hugo Parra Salcedo

Corregimiento Las Flores

Montería

7 letrinas asignadas a Ramiro Rafael Gómez Canedo

Vereda Horizonte- Corregimiento Sabanal

Montería

7 letrinas asignadas a Jorge Assias Gómez

El Tapao

Montería

8 letrinas asignadas a Luis Nuñez Torrente

Cruz del Camino

Montería

4 letrinas asignadas a Hernández Sánchez

Corregimiento de Caño Viejo Palotal

-Canta Claro

Montería

7 letrinas asignadas a María Helena Herrera Pico

Buenaventura- Corregimiento Los Garzones

Montería

7 letrinas asignadas a Edgar Balocco Gómez

7 letrinas asignadas a Eder Montero Mendoza

San Antonio

Montería

8 letrinas asignadas a Mario Lozano Castro

Corregimiento Pica Pica

Montelíbano

8 letrinas asignadas a Jorge Emiro Santana Benavides

Caserío Los Corrales

Santa Cruz de Lórica

7 letrinas asignadas a Gabriel Mendoza Hernández

Corregimiento Los Morales

Santa Cruz de Lórica

7 letrinas asignadas a Santander Eulalio Álvarez García

Avicina

Santa Cruz de Lórica

5 letrinas asignadas a Aníbal Álvarez García

Corregimiento Remolino

Santa Cruz de Lórica

7 letrinas asignadas a Yamilet López Arteaga

Corregimiento Los Gómez

Santa Cruz de Lórica

7 letrinas asignadas a Yamilet López Arteaga

Santa Clara

San Andrés de Sotavento

5 letrinas asignadas a José Miguel Alean Alean

Caserío La Pita

Sahagún

7 letrinas asignadas a José Alfredo Monterrosa Jiménez

Corregimiento La Gongomella- Sector La Casona

San Pelayo

7 letrinas asignadas a Celso Fidel López Laza

Detalladas las órdenes contractuales objeto de reproche y, de cara al concepto de unidad natural de objeto, se tiene que en las adjudicaciones que a continuación se describen no existe fraccionamiento del objeto contractual, porque lo que arroja la prueba es que se expidió una sola y no varias órdenes contractuales por cada corregimiento y vereda, cuyo objeto era la construcción del número de letrinas que se requerían para alcanzar el fin de la contratación, y la necesidad de saneamiento básico de la comunidad, cuyo valor era inferior a la cuantía que permitía la contratación por orden contractual, de acuerdo a lo previsto en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

Además armonizado con el principio de economía de la contratación pública, se advierten criterios razonables para sectorizar los intereses de la población, tales como las características geográficas de la región, la distancia y el costo que implicaría transportar desde la capital departamental el material y la mano de obra para su ejecución.

1. En las veredas Banquito (1 orden por 7 letrinas) y Viviano- Corregimiento del Carmelo (1 orden por 7 letrinas), así como en el barrio Los Canales (1 orden por 7 letrinas), todos del municipio de Tierralta.

2. En la vereda Los Bolaos (1 orden por 7 letrinas) y el Cabildo indígena - Paso Nuevo

(1 orden por 7 letrinas) del municipio de Moñitos

3. En los corregimientos Santa Lucía (1 orden por 5 letrinas), Las Flores (1 orden por 7 letrinas), Sabanal (1 orden por 7 letrinas), Caño Viejo Palotal -canta Claro (1 orden por 7 letrinas) y en las veredas Las Aguas (1 orden por 5 letrinas), Sierra Chiquita (1 orden por 7 letrinas), El Tapao (1 orden por 8 letrinas), Cruz del Camino (1 orden por 4 letrinas) y San Antonio (1 orden por 8 letrinas), todos del municipio de Montería.

4. En el corregimiento Pica Pica del municipio de Montelíbano (1 orden por 8 letrinas).

5. En el caserío Los Corrales (1 orden por 7 letrinas), en los corregimientos Los Morales (1 orden por 7 letrinas), Remolino (1 orden por 7 letrinas) y los Gómez (1 orden por 7 letrinas) y en la vereda Avicina (1 orden por 5 letrinas), todos del municipio Santa Cruz de Lorica.

En este punto, preciso sea indicar que si bien a una sola contratista -YAMILET LOPEZ ARTEAGA- le fueron asignadas dos órdenes contractuales, una para el corregimientos Remolino y otra para el corregimiento los Gómez, cada una por 7 letrinas el mismo día 28 de diciembre de 2001, ello no devela el fraccionamiento de la unidad contractual, sino el desconocimiento de los principios de planeación y selección objetiva, lo cual también fue objeto de reproche en la acusación, como más adelante se establecerá.

6. En la vereda Santa Clara del municipio de San Andrés de Sotavento (1 orden por 5 letrinas).

7. En el caserío La Pita del municipio de Sahagún (1 orden por 7 letrinas).

8. Y en el corregimiento La Gongomella- Sector La Casona del municipio de San Pelayo (1 orden por 7 letrinas).

3.1.4.1 Del fraccionamiento irregular

Situación diferente se verifica en las órdenes contractuales que se describen a continuación, pues si la unidad natural de objeto se predica en este caso a partir del producto final deseado con la contratación y de la necesidad de saneamiento a cubrir, resulta inadmisibles que la administración desatendiera los requerimientos de salubridad de la comunidad de cada región, al fraccionar el contrato en varios para el mismo sector, expidiendo múltiples órdenes contractuales y no una como legalmente correspondía, afectando los principios de la contratación pública, porque con la pluralidad de contratos podría generar mayores costos tanto en su trámite como en su ejecución, amén de la tardanza en su construcción, y el cambio de naturaleza del contrato a suscribir.

Así entonces era un imperativo legal para la administración realizar un solo contrato de acuerdo a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para la construcción de letrinas del casco urbano de Montería, un solo contrato por la construcción de letrinas en cada vereda y un solo contrato de todas las letrinas de cada corregimiento y no expedir varias órdenes contractuales como se hizo cambiando el trámite legal.

1. En la vereda Chuchurubí del municipio de Cereté se concedieron 2 órdenes contractuales: i) 7 letrinas asignadas a ADELA PATRICIA VERGARA MACÍAS por \$11.185.132 el 10 de diciembre de 200142 y ii) 8 letrinas asignadas a LIBARDO DE JESÚS ORTIZ FERNÁNDEZ por \$12.800.000 el 26 de diciembre de 200143.

2. En la vereda Santa fe - Sector I del municipio de Montería se suscribieron 2 órdenes contractuales: i) 7 letrinas asignadas a DIVA FLOREZ CAUSIL por \$11.200.000 el 12 de diciembre de 200144 y ii) 7 letrinas asignadas a HUGO PARRA SALCEDO también por \$11.200.000 el 12 de diciembre de 200145.

3. En la vereda Buenaventura- Corregimiento Los Garzones del municipio de Montería se otorgaron 2 órdenes contractuales: i) 7 letrinas asignadas a EDGAR BALOCCO GÓMEZ por \$11.200.000 el 28 de diciembre de 200146 y ii) 7 letrinas asignadas a EDER MONTERO MENDOZA por el mismo valor el 12 de diciembre de 200147.

4. En el municipio de Montería se suscribieron 15 órdenes contractuales para atender las necesidades de 17 barrios:

i) Barrio 2 de septiembre, 1 orden por 9 letrinas asignada a PASTOR AMAYA CARO el 12 de diciembre de 2001 por \$14.300.00048.

ii) En el barrio Villa Rocío, 1 orden por 7 letrinas asignada a GUIDO NOBLES MÉNDEZ por \$11.200.000 el 12 de diciembre de 200149.

iii) En el barrio Mocarí -sector las parcelas, 1 orden por 5 letrinas asignada a IPATIA VILLALOBOS MOLINA, el 12 de diciembre de 2001 por \$8.000.00050.

iv) En el barrio Cantaclaro- Sector de la Unión 2, 1 orden por 7 letrinas asignada a EMIRO NEL VALVERDE ESPELETA por \$ 11.200.000, el 12 de diciembre de 200151.

v) En el barrio Pastrana Borrero, 1 orden por 7 letrinas asignada a MANUEL ESCOBAR YAÑEZ por \$11.200.000, el 12 de diciembre de 200152.

vi) En el barrio San José, 1 orden por 7 letrinas asignada a ROMANA ESCOBAR ESPINOSA por \$11.200.000 el 28 de diciembre de 200153

vii) En el barrio Villa Luz- Sector I, 1 orden por 7 letrinas asignada a ADALBERTO SILGADO BELTRÁN por \$11.200.000, el 28 de diciembre de 200154.

viii) En el barrio Robinson Pitalua, 1 orden por 5 letrinas asignada a LEINER ORTEGA DAZA el 28 de diciembre de 2001 por \$8.000.000⁵⁵

ix) En el barrio Edmundo López, 2 órdenes: i) 7 letrinas asignadas a HERNÁN PEÑA SIMANCA también por \$11.200.000, en la misma fecha 12 de diciembre de 2001⁵⁶ y ii) 8 letrinas asignadas a MÓNICA VERGARA PERNETT el 28 de diciembre de 2001 por \$12.800.000⁵⁷.

x) En el barrio Juan XXIII, 1 orden por 7 letrinas asignadas a MANUEL CAUSIL DÍAZ, asignada el 12 de diciembre de 2001 por \$11.200.000⁵⁸.

xi) En el barrio Cantaclaro-Sector los caños se asignó 1 orden al mismo contratista MANUEL CAUSIL DÍAZ, también por 7 letrinas, en la misma fecha y por el mismo valor⁵⁹.

xii) Barrio El Dorado, 1 orden por 7 letrinas asignadas a LUIS FERNANDO SIBAJA RIVAS por \$11.200.000 en la misma fecha 12 de diciembre de 2001⁶⁰.

xiii) En el barrio 25 de agosto, 1 orden por 7 letrinas asignadas también a LUIS FERNANDO SIBAJA RIVAS por \$11.200.000, en la misma fecha 12 de diciembre de 2001.

xiv) 1 orden asignada a FERNANDO ANTONIO ARGUMEDO por 7 letrinas para instalar en los barrios Ranchos de Inat y Santa fe, por valor de \$11.200.000, el 28 de diciembre de 2001⁶¹

xv) 1 orden asignada a BORIS DEL CRISTO GONZÁLEZ LEÓN para instalar 7 letrinas en los barrios 20 de julio y Camilo Torres, por \$11.200.000, el 28 de diciembre de 2001.

Establecida la unidad natural de objeto que puede predicarse en las órdenes contractuales para construir las letrinas en la vereda de Chuchurubí del

municipio de Cereté; en las veredas Santa fé –sector I y Buenaventura- corregimiento Los Garzones y en el casco urbano, todos del municipio de Montería; es claro el fraccionamiento irregular al que acudió la administración departamental, con el propósito de evadir la contratación directa y asignar los contratos favoreciendo a personas allegadas a la administración, por demás inidóneas, no de otra forma se explica que se hayan librado las órdenes justo al límite de los topes para contratar de la forma más laxa prevista en la Ley 80 de 1993.

En efecto, se encuentra acreditado que el presupuesto del departamento de Córdoba para el año 2001 era de \$304.147.463.93662 y el salario mínimo legal mensual vigente de 286.00063. Al realizar la respectiva operación aritmética, el presupuesto del departamento expresado en salarios mínimos equivalía al 1.063.453, por lo que la menor cuantía para la contratación directa era igual a 800 s.m.l.m.v., esto es, hasta un límite de \$ 228.800.00064.

Empero, según lo prevé el parágrafo del texto original del artículo 39 de la Ley 80 de 199365, para las entidades que tenían un presupuesto anual igual o superior a 1.000.000 s.m.l.m.v. e inferior a 2.000.000 de s.m.l.m.v. no habría lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando el valor del contrato fuera igual o inferior a 50 s.m.l.m.v., esto es, para el año 2001 en el departamento de Córdoba correspondía a un tope de \$14.300.000.

Ahora, lo que se que se aprecia es que en cada una de las órdenes contractuales cuestionadas se hizo coincidir perfectamente el monto previsto para la modalidad de orden de trabajo reglada en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, pues de haberse contratado mediante un solo acto el número de letrinas que necesitaba cada sector superaría dicho tope.

Es evidente que con el fraccionamiento se pretendía eludir el trámite previsto en la ley

para seleccionar a los contratistas, si se tiene en cuenta que las órdenes contractuales guardan identidad en aspectos como: i) el plazo de entrega de 30 días contados a partir de la legalización y perfeccionamiento de la misma, ii) el valor individual por cada unidad sanitaria de \$1.600.000, iii) la forma de pago, referente a dos contados: un anticipo del 50% y el restante al recibo de las obras, iv) la imputación presupuestal, la cual fue adjudicada al rubro de la sección 100 capítulo III inversión 10013 estudio, construcción, optimización de sistemas acueductos alcantarillados, recolección de basuras y rellenos sanitarios, v) las solicitudes de certificados de disponibilidad presupuestal que hiciera directamente NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO⁶⁶ y que fueron otorgadas y vi) la unidad de tiempo que se observó para su suscripción, en tanto se realizaron los días 10 (1 orden), 12 (13 órdenes), 26 (1 orden) y 28 (7 órdenes) de diciembre de 2001.

Circunstancias que ratifican que la administración incurrió en la práctica de fraccionamiento contractual prohibida, pues desconoció la unidad natural de objeto contractual, de tal manera que le permitiera contratar bajo la modalidad del parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, favoreciendo a personas cercanas al gobierno departamental y sin las capacidades necesarias para ejecutar las obras.

Ahora, para establecer si concurre el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales es necesario efectuar un doble análisis dirigido a determinar: (i) la constatación de la unidad de objeto respecto de los contratos cuestionados y, en caso positivo (ii) establecer las circunstancias que llevaron a la administración a adoptar esa determinación, para así verificar si la actuación se apoyó en criterios de satisfacción del interés público o si por el contrario estuvo encaminado a soslayar las reglas contractuales, pues es claro que no toda práctica de fraccionamiento «comporta automáticamente la tipicidad objetiva del delito»⁶⁷

Constatada la unidad natural de objeto respecto de las órdenes contractuales

suscritas para construir las letrinas en la vereda Chuchurubí del municipio de Cereté; las veredas Santa fé -sector I y Buenaventura -corregimiento Los Garzones y el casco urbano, todas del municipio de Montería; corresponde establecer si para ello mediaron criterios de satisfacción del interés público o por el contrario intereses particulares.

Se tiene que en la vereda Chuchurubí del municipio de Cereté, en 16 días se asignaron dos órdenes contractuales, una a ADELA PATRICIA VERGARA MACÍAS y otra a LIBARDO JESÚS ORTÍZ FERNÁNDEZ, a la primera por 7 y al segundo por 8 letrinas, por valores cercanos al tope de contratación, \$11.185.132 y \$12.800.000. Esta circunstancia denota que la administración estuvo lejos de atender las verdaderas necesidades de la comunidad, ya que en tan pocos días las condiciones de saneamiento ambiental no iban a variar, de modo que desde la primera adjudicación era evidente que para esa población se requerían 15 unidades sanitarias por un valor de \$23.985.132, monto que le impedía asignar las órdenes contractuales apoyado en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, debiendo acogerse a la contratación directa, requiriendo por lo menos 2 ofertas y de ellas seleccionar la más favorable para la administración.

Igual situación se dio en la vereda Santa fé- Sector I del municipio de Montería, en donde incluso el mismo 12 de diciembre de 2001, por el mismo valor -\$11.200.000- se asignaron dos órdenes contractuales a HUGO PARRA SALCEDO y a DIVA FLORES CAUSIL, para construir 7 letrinas cada uno, lo que indica sin mayor controversia que las reales necesidades de atención sanitaria no fueron determinantes para la contratación, pues de ser así se habría suscrito una sola obligación con el contratista más idóneo para la instalación de las 14 letrinas.

Lo mismo ocurrió en la vereda Buenaventura- Corregimiento Los Garzones, mediando 16 días de diferencia se asignó una primera orden a EDER MONTERO MENDOZA por 7 letrinas y luego por la misma cantidad e idéntico valor a EDGARDO BALOCO GÓMEZ.

En la cabecera municipal de Montería la contratación se realizó en la misma forma, pues sin atender criterios de planeación ni selección objetiva, se suscribieron las órdenes contractuales los días 12 -10 órdenes- y 28 -6 órdenes- de diciembre de 2001, por valor que individualmente no superara el tope de \$14.300.000.

Además, se observa que a LUIS FERNANDO SIBAJA RIVAS el 12 de diciembre de 2001 se le adjudicaron dos órdenes, cada una para la construcción de 7 letrinas por el mismo valor, en los barrios El Dorado y 25 de Agosto. Con MANUEL CAUSIL DÍAZ se suscribieron dos órdenes, en esa misma fecha, cada una por 7 letrinas y por el mismo valor, para ejecutarlas en los barrios Juan XXIII y Cantaclaro-Sector los caños.

Es claro, pues, que el propósito de la administración fue el de fraccionar la unidad natural del objeto contractual para favorecer a determinadas personas con su adjudicación.

A diferencia del parecer de la defensa estas irregularidades no constituyen simples anomalías sin mayor impacto, ya que con ellas se violó el principio de la legalidad del trámite previsto por la ley para seleccionar a los contratistas, transgrediendo por contera los principios de la contratación estatal.

NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO justificó su actuar indicando:

i) Amparados en el Decreto 855 de 1994 y el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 acudieron a la modalidad de orden contractual, por cuanto la instalación de letrinas estaba contemplada dentro del plan de gobierno del Gobernador titular JESÚS MARÍA LÓPEZ GÓMEZ, las cuales eran ejecutadas cuando la comunidad directamente las solicitaba y cuando el terreno, el clima y el orden público lo permitían.

ii) Las obras de letrinización se ejecutaron en noviembre y diciembre de 2001, en tanto que en los meses anteriores la región se vio afectada por un intenso invierno y si las

obras no se efectuaban en ese periodo, el dinero se perdía porque pasaba a ser vigencia expirada.

iii) Las mencionadas letrinas se construyeron en diferentes lugares del departamento, donde los materiales para la construcción se transportaban en forma manual, por lo que en aras de aligerar las obras y cumplirle a la comunidad se decidió acudir a la cuestionada modalidad de contratación.

Sin embargo, contrario a esas razones, esta forma de contratar estuvo lejos de apoyarse en criterios razonables de interés público, pues es palmar que con ella se buscaba evadir el trámite de contratación legal y favorecer a asignatarios directos con cercanía a la administración departamental. Aspectos como el mal clima, las dificultades del terreno y el orden público, no son criterios autorizados por la ley para fraccionar la unidad contractual.

A diferencia de lo estimado por el acusado, el fraccionamiento de la unidad contractual no puede justificarse en el «aligerar estas obras (...) para cumplirle a la comunidad y que eran obras importantes por sus servicios»⁶⁸, pues con ello no se aliviaron de manera eficiente los problemas de saneamiento básico de los pobladores, quienes tuvieron una tardía atención a sus necesidades, como quiera que los contratistas fueron elegidos no por su idoneidad sino por la cercanía con la administración.

En todo caso, no es admisible que el fraccionamiento de la unidad contractual respondió a una urgencia manifiesta, por cuanto no existe en el paginario, ni lo indicó el acusado que la misma haya sido declarada mediante acto administrativo conforme lo prevé el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, de suerte que cobra mayor vigencia que aspectos como el mal clima o necesidades apremiantes de la comunidad fueran determinantes para no proceder conforme los lineamientos de la contratación directa,

que le imponía contar por lo menos con dos ofertas.

Lejos estuvo de fraccionarse la unidad contractual a partir de «criterios razonables de interés público»⁶⁹, por lo que se torna clara la comprobación del tipo objetivo del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales en los eventos señalados, toda vez que se demostró que el procesado aprobó las órdenes contractuales para ser ejecutadas en la vereda Chuchurubí del municipio de Cereté, en la vereda Santa fé- Sector I de Montería, en el corregimiento Los Garzones- vereda Buenaventura del municipio de Montería y en zona urbana de Montería; sin verificar el fraccionamiento del objeto contractual para imprimirle el trámite de contratación previsto en el parágrafo 39 de la Ley 80 de 1993 cuando legalmente éste no podía aplicarse, es decir, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

3.1.5 Del principio de congruencia.

Frente a las valoraciones efectuadas por la Sala sobre el actuar de NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO en la contratación, es pertinente hacer algunas consideraciones respecto del principio de congruencia y en especial la identidad fáctica que debe existir entre la acusación y el fallo, para garantizar su intangibilidad.

Este principio se erige en una garantía derivada del debido proceso, por cuanto busca asegurar que el procesado en caso de ser condenado lo sea por los mismos cargos objeto de acusación, sin que se le sorprenda en la sentencia con imputaciones novedosas frente a las cuales no pudo ejercer el derecho de contradicción.

La Sala (CSJ SP 25 may. 2011) ha establecido los elementos que componen el principio de congruencia, así:

* Identidad de sujetos, también conocido como congruencia personal; esto es, que la misma o mismas personas que son objeto de acusación, sean a las que se refiere la sentencia.

* Identidad entre los hechos de la acusación y el fallo, también denominado congruencia fáctica; lo que se traduce en que por los mismos hechos por los cuales se efectuó el acto de acusación, sea emitido el fallo.

* Correspondencia de la calificación jurídica; es decir, la equivalencia entre el tipo penal por el cual se acusa y por el cual se condena, salvo que opere en su modalidad relativa, esto es, cuando dicha calificación jurídica varía, siempre que no se agrave la situación del procesado”.

La congruencia personal y fáctica es absoluta, mientras la jurídica es relativa «pues la legislación colombiana permite al juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando respete el núcleo básico de la conducta atribuida y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor»⁷⁰.

En ese orden, se transgreden los principios en los siguientes eventos:

-Cuando se incluyen en el fallo nuevas conductas punibles.

-Cuando se adicionan circunstancias específicas o genéricas de agravación.

-Cuando se desconocen circunstancias de atenuación reconocidas.

-Cuando se modifican desfavorablemente las modalidades de la conducta punible (dolosa, culposa o preterintencional) o la forma de participación en el delito (de cómplice a autor).⁷¹

En este caso, ninguno de estos escenarios se materializa, en tanto que en este fallo se respetó la identidad personal, fáctica y jurídica y si bien la Sala efectuó una valoración jurídica con variaciones a la realizada por la Fiscalía, como se verá más adelante, la imputación fáctica se mantiene intangible en lo que al núcleo central atañe.

Siguiendo la pacífica línea jurisprudencial de esta Corporación, la congruencia fáctica no «implica una simple y total identidad del factum, sino de aquella coincidencia de cargos con relevancia frente al grado de responsabilidad que haya de inferirse al procesado, en el entendido que no cualquier variación de su contenido puede llevar a estructurar una desarmonía entre la resolución acusatoria y la sentencia, menos aún cuando la misma atañe a aspectos no esenciales»⁷²

Para determinar qué constituye el aspecto inmodificable de la imputación fáctica y separarla de los aspectos no esenciales, es necesario acudir a los criterios pacíficamente sostenidos por esta Corporación y que se transcriben in extenso dada su pertinencia:

Como se señaló, en nuestro sistema, la imputación hecha en la resolución de acusación es fáctica y es jurídica. Lo que es procedente modificar es la segunda, pues el artículo 404 se refiere a “La variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible”, es decir, que el comportamiento, naturalísticamente considerado, como acto humano, como acontecer real, no puede ser trocado.

Pero como la conducta humana comprende una fase subjetiva y una objetiva o externa, es necesario que la Sala haga algunas precisiones al respecto:

La primera corresponde a la imputación subjetiva y la segunda a la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación fáctica comprende la imputación subjetiva y la objetiva. La primera se puede modificar, no así la segunda en cuanto a sus elementos esenciales, ya que puede ser cambiada en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió el acto. Por lo tanto, lo intangible es el núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica.

En síntesis, la imputación subjetiva, las circunstancias en que se cometió el comportamiento y la calificación jurídica de éste, esto es, su adecuación típica, pueden ser variados.

3.2. La intangibilidad del núcleo esencial de la imputación fáctica implica que no puede ser cambiado ni extralimitado.

Si se altera, se estará en presencia de otro comportamiento, y si se extralimita o desborda se estarán atribuyendo otros hechos, otra conducta punible, no incluida en el pliego de cargos.

Así, por ejemplo, si a un alcalde se le acusa de haberse apropiado de los dineros del municipio, no se le puede variar la calificación para imputarle también haber falsificado documentos para lograr esa finalidad. Lo procedente será expedir copias para que tal hecho se investigue por separado, al tenor de lo preceptuado por el artículo 92.6 del C. de P. P.73

Teniendo en cuenta estos criterios, es claro que la Sala con esta decisión no ha variado la imputación fáctica, al mantener inalterable el núcleo central de la conducta atribuida al aforado, veamos:

En la resolución de acusación, el ente fiscal fijó los hechos de la siguiente manera:

En decisión del 28 de marzo de 2006, dentro del radicado No: U.I. 8406 que también se siguió en contra del ex Gobernador Norman Guillermo Espinosa Nieto, el Despacho del Fiscal General de la Nación ordenó compulsar copias en contra del mismo ex funcionario por la presunta conducta punible de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, toda vez que cuando fungió como gobernador encargado del departamento de Córdoba para los meses de noviembre y diciembre de 2001, suscribió cerca de 45 órdenes contractuales para la construcción de letrinas con diferentes personas, sin que se ajustara dicho proceso al estatuto general de la contratación pública.

Más adelante precisó la Fiscalía:

Los fundamentos fácticos que dieron origen a esta investigación se presentaron en los meses de noviembre y diciembre de 2001 cuando el ingeniero Norman Guillermo Espinosa Nieto, quien ostentaba la calidad de gobernador encargado del departamento de Córdoba suscribió 46 (sic) órdenes contractuales para la construcción de 307 letrinas en dicho departamento aplicando la modalidad de la contratación directa, no obstante que debió haberse realizado a través de una convocatoria pública, puesto que el valor de esas unidades sanitarias arrojó un total de cuatrocientos noventa y un millones ochenta y cinco mil ciento treinta y dos pesos (491.085.132.00), moneda corriente y con los cuales se favorecieron a diferentes personas que no cumplían con la capacidad para desarrollar el objeto contractual, pero adicionalmente, escogidas al antojo sin atender los principios de transparencia, selección objetiva y planeación.

Quiere ello decir que la imputación fáctica la hizo consistir en haber suscrito 45 órdenes contractuales cuando debió celebrar un solo contrato.

Por su parte, la Sala le reprocha al procesado haber expedido 21 órdenes contractuales cuando debió celebrar 4 contratos.

Como puede verse, el núcleo central de la imputación fáctica consiste en celebrar más

contratos de los debidos, conducta que se mantiene incólume en esta decisión. La diferencia resulta al efectuar su valoración frente a la normatividad aplicable, ya que la Fiscalía concluyó de manera equivocada que debió suscribir un solo contrato a través del trámite de la licitación pública, en tanto que esta Sala predica la necesidad de suscribir 4 contratos por el trámite de la contratación directa regulada por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Además, con esta apreciación la Sala no afecta el derecho de defensa del procesado, pues al imputarle la Fiscalía tanto en la indagatoria como en la acusación el fraccionamiento de contratos, para desarrollar su defensa debía establecer cuáles eran las normas aplicables y el trámite que le imponía la ley observar, sin que tuviera mayor impacto en la estrategia defensiva que se le exigiera uno o cuatro contratos, con mayor razón si allí también se le imputó el concurso homogéneo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Para muestra de lo afirmado se evocan a continuación las preguntas hechas en la indagatoria que evidencian la imputación fáctica y jurídica similar a la hecha por la Sala por lo que no se le ha sorprendido, es así como ofreció las explicaciones que consideró suficientes para justificar por qué razón no impartió el trámite de la contratación directa prevista en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, desarrollado en el artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

PREGUNTA: Con ocasión al contenido del informe de policía judicial número 373419-GDAP-DI-DNCTI.1678/8185 (fl. 103 c.o.1), se estableció que usted, en calidad de gobernador encargado, suscribió entre los meses de noviembre y diciembre de 2001 cerca de 49 (sic) órdenes contractuales con objeto similar, esto es, la construcción de letrinas para varios municipios y veredas del departamento. De la lectura preliminar de las mencionadas órdenes es posible que dicha contratación, contando con el presupuesto, haya vulnerado el principio de planeación previsto constitucional y

legalmente, en el entendido además que pudo haber correspondido a un solo proceso contractual. Desde el punto de vista de la acción penal, puede configurar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal. En ejercicio de su derecho a la defensa qué puede manifestar al respecto?

CONTESTO.- En el año 2001, el departamento aplicaba el decreto 855 de 1994 reglamentario, amparado también el parágrafo del art. 39 de la Ley 80 de 1993 donde para esa clase de contratación (orden de trabajo, orden de contratación), eran contratación sin formalidades plenas porque eran de mínima cuantía. El Decreto 855 del 94, en el literal a) del numeral 1°, del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dice precisamente que esas contrataciones se podían hacer después que no superasen el 10% de los valores que se indican en ese numeral, o sea, que eran de mínima cuantía, y no se necesitaba presentar varias ofertas y se trabajaba con los precios del mercado, y se adjudicaba y se contrataba a las personas que fueran legalmente capaz de ejecutar la obra y que no tuvieran (sic) inmerso en incompatibilidades e inhabilidades

Y sobre la motivación que se tuvo para emitir órdenes contractuales resaltó:

PREGUNTA.- Repasando sobre lo expresado doctor Espinosa, concretamente explique al despacho las razones por las cuales se dividió en varias órdenes la construcción de las letrinas.

CONTESTO.- Primero que esa programación de la ejecución de esas obras (letrinas), estaban dentro del programa de gobierno del gobernador de turno JESÚS MARÍA LÓPEZ GÓMEZ, la comunidad presentaba las necesidades de estas obras por el estado precario en que vivían y muchos siguen viviendo en los actuales momentos, eran obras necesarias que actualmente con el programa Plan de aguas y saneamiento básico, todavía durará mucho tiempo para llegar a prestar este servicio a esas comunidades. Definitivamente en ese momento las obras necesarias como saneamiento básico eran la construcción de esas

letrinas, precisamente por las necesidades del servicio y la administración departamental en cabeza de su gobernador titular quería cumplirle a la comunidad. Y a medida que se presentaban las necesidades de ese servicio se iban ejecutando esas obras precisamente por petición por lo general y verbalmente y muchas veces por escrito de la misma comunidad. Y la administración departamental en ningún momento violó el reglamento de contratación; también hago la aclaración que para la época de noviembre y diciembre era cuando se podía llegar a esa zona porque había dejado de llover y se podía transportar los materiales.

Y al ser indagado sobre el fraccionamiento del objeto contractual señaló:

PREGUNTA. En punto a establecer una división de objeto contractual, en el entendido que quizás debió celebrarse una sola contratación, explique por qué en calidad de gobernador encargado suscribió por ejemplo siete órdenes para la construcción de letrinas de las mismas características en la vereda Chuchurubí municipio de Cereté, con la misma persona Adela Patricia Vergara Macías y 8 con el señor Libardo Jesús Ortiz Fernández, prácticamente en un mismo periodo.

CONTESTO.- Debieron ser las personas que gestionaron para que se ejecutasen las obras en ese sitio y eran las interesadas en la comunidad y quien mejores que ellas para ejecutar esas obras ya que ellas mismas junto con el interventor del área de infraestructura estaban pendientes para su ejecución. Además las obras quien las realizaba o ejecutaba eran los maestros de obra quienes son los que saben pegar un bloque. Y vuelvo a repetir que la oficina jurídica revisaba la contratación para la posterior firma del gobernador.

En ese sentido, es claro que el acusado al momento de su indagatoria se refirió a las razones por las cuales se eligió la modalidad de contratación por orden de trabajo, justificando su actuar, sin descalificar en sí mismo el proceso de licitación pública o la

exigencia de un solo contrato, argumentando incluso que la razón por la cual se fraccionó la adjudicación de las 307 letrinas obedeció a las necesidades de la comunidad, argumento que incluso soporta el concepto de unidad natural de objeto contractual que tuvo en cuenta la Sala.

De igual forma se aprecia en los alegatos conclusivos presentados por la defensa técnica, pues éste replicó lo indicado por su asistido en la indagatoria, resaltando la motivación que tuvo para elegir la modalidad de contratación por orden contractual y el respeto a los lineamientos del estatuto de contratación.

Sumado a ello, debe indicarse que si bien es cierto en la resolución de acusación se atribuyó a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por la celebración de 45 órdenes contractuales, esto es, un concurso de 45 punibles, acorde con la valoración jurídica efectuada por la Sala se mantiene el reproche al procesado por el mismo delito en concurso homogéneo y sucesivo pero por 4 contratos ilícitos, es decir, 4 reatos; aspecto que resulta trascendente en la medida que se refleja en el quantum punitivo, significando un aspecto favorable para los intereses del procesado.

En fin, el procesado no solo fue interrogado sobre esta imputación sino que dio las explicaciones que consideró adecuadas para ser eximido de responsabilidad y contó con las etapas del sumario y del juicio para convencer a la justicia que su conducta se ajustó a derecho, sin ser sorprendido con esta imputación.

En ese sentido, la congruencia personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la acusación y el fallo se mantiene.

3.1.6 Del desconocimiento del principio de selección objetiva.

En la acusación, la Fiscalía consideró que con el proceder del sindicato se violó el

principio de selección objetiva, pues adjudicó la construcción de letrinas a personas inidóneas para ello.

Al respecto, la Sala estima que en efecto en los trámites reprochados se violó el principio de selección objetiva, pues aunque la cuantía de los contratos adjudicados le imponía acatar las previsiones del artículo 3° del Decreto 855 de 1994, esto es, obtener por lo menos dos ofertas previo a adjudicar la contratación, lo que demuestra la prueba es que la selección de los contratistas no obedeció a criterios como el «cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio»⁷⁴, ni de la ponderación de las ofertas presentadas, sino a los vínculos de amistad o de compromisos adquiridos por el Gobernador titular, en tanto que los adjudicatarios que rindieron testimonio fueron uniformes en señalar la cercanía con la gobernación.

Además, de haberse seleccionado a los contratistas conforme criterios de idoneidad, necesariamente se habrían elegido personas capacitadas para la construcción de obras y no otro perfiles como se hizo.

Así, se tiene que a LIBARDO JESÚS ORTÍZ FERNÁNDEZ, de profesión abogado, se le asignó la construcción de 8 letrinas en la Vereda Chuchurubi, jurisdicción de Cereté por valor de \$12.800.000⁷⁵, aduciendo que al tratarse de una orden de servicios de menor cuantía bastaba con no estar inhabilitado, por lo que enterado de esta oportunidad por intermedio de una persona que laboraba en la Gobernación presentó la propuesta y le fue asignada, la que se ejecutó por una persona con experiencia⁷⁶.

Por su parte, EDGARDO BALOCO GÓMEZ⁷⁷, dedicado a la administración de una finca y a la construcción de manera empírica, indicó haber solicitado al Gobernador López su participación en el programa de letrinización del que tuvo conocimiento desarrollaba la Gobernación, por lo que se le asignó una orden contractual para la elaboración de unas letrinas en el barrio Mocarí por valor de \$12.800.000, las

cuales fueron ejecutadas por un albañil que contrató.

DIVA DEL SOCORRO FLOREZ CAUSIL, quien se desempeñaba para el 2001 como secretaria de una oficina de aseo, indicó que le solicitó al Gobernador LÓPEZ la construcción de unas letrinas en la comunidad de Santa fé, por lo que le adjudicó una orden de trabajo para su ejecución, realizándola por intermedio de terceros que contrató para ello.⁷⁸

MANUEL BENITO CAUSIL DÍAZ, administrador de empresas, informó haber solicitado al Gobernador LÓPEZ GÓMEZ la construcción de letrinas en los barrios Canta Claro y Juan XXIII de Montería, por lo que después de pasar la propuesta le fue adjudicada la respectiva orden de trabajo, que fue ejecutada por intermedio de unos maestros de obra que contrató.⁷⁹

Y HÉCTOR AQUILEO ANAYA LÓPEZ, de ocupación comerciante, reconoció que el doctor JOSÉ MARÍA LÓPEZ GÓMEZ le adjudicó una orden contractual para la construcción de unas letrinas, para ello, aquél le indicó que se acercara donde el Secretario de Infraestructura, doctor NORMAN GUILLERMO EXPINOSA NIETO para realizar el trámite.⁸⁰

Es claro para la Sala que ninguna de estas personas eran idóneas para desarrollar el objeto contractual, en tanto que sus ocupaciones y profesiones señalan un perfil completamente diferente al de la construcción y aun cuando NORMAN GUILLERMO destacó que se trataban de obras muy sencillas, sin ninguna complejidad, son los mismos adjudicatarios quienes revelan que acudieron a maestros de obra y albañiles para su ejecución.

A este grupo de contratistas se les suma otros que si bien tienen relación con la construcción de obras, lo que evidencia el caudal probatorio es que tampoco fueron elegidos por su idoneidad para la elaboración de las letrinas ni se garantizaba que ellos mismos construyeran las obras, así:

En el caso de BORIS DEL CRISTO GONZÁLEZ LEÓN, quien construyó 7 letrinas en el barrio Mocarí de Montería, dijo ser de ocupación albañil, sin embargo, destacó que la contratación la realizó con FRANCISCO PÁEZ, quien tenía influencias políticas y no con la Gobernación, siéndole reconocido por la mano de obra un valor total de \$1.400.000⁸¹.

YAMILET DEL CARMEN LÓPEZ ARTEAGA de profesión arquitecta manifestó ser amiga de JESÚS MARÍA LÓPEZ GÓMEZ, por lo que le pidió la adjudicación de un contrato, razón por la cual le otorgó dos órdenes para la construcción de letrinas en los corregimientos Los Molinos y Los Morales⁸², el mismo día 28 de diciembre de 2001. Situación que revela la imposibilidad para que ella misma desarrollara el objeto contractual y necesariamente tuviera que subcontratar para cumplir con el plazo previsto.

De otra parte, se cuenta con el testimonio de EDER ENRIQUE MONTERO MENDOZA, de profesión ingeniero civil, a quien el 12 de diciembre de 2001 se le adjudicó la construcción de 7 letrinas en la vereda Buenaventura- corregimiento Los Garzones, por valor de \$11.200.000⁸³, sin embargo, al ser indagado por ello respondió: «durante esa época nunca celebré contrato con la gobernación de Córdoba para la construcción de letrinas. Nunca contraté con este señor (Norman Guillermo Espinosa Nieto), ni para esa época del 2001 participé en la contratación de letrinas en el departamento de Córdoba»⁸⁴

Así también ocurrió con EMIRO NEL VALVERDE ESPELETA, de profesión ingeniero civil y presidente de la sociedad cordobesa de ingenieros y CELSO FIDEL LÓPEZ LAZA, para la época de los hechos estudiante de ingeniería civil, quienes en sus primeras declaraciones negaron con total vehemencia haber sido adjudicatarios para la construcción de letrinas en el departamento, no obstante, y luego de imponerse medida de aseguramiento al aforado variaron su versión con el ánimo de favorecerlo.

Respecto de EMIRO NEL VALVERDE ESPELETA⁸⁵, luego de ponérsele de presente una orden de servicios para la construcción de 7 letrinas en el barrio Santa Clara -Sector la Unión de Montería admitió haberla suscrito adjudicando su olvido al descuido en la inclusión en su hoja de vida, por ser de menor cuantía y advirtió que la designación la realizó directamente el gobernador JESÚS MARÍA LÓPEZ GÓMEZ y fue suscrita por el gobernador encargado.

Al paso que CELSO FIDEL LÓPEZ LAZA, atribuyó su olvido al paso del tiempo y al temor causado por la citación, precisando que pese a no ser ingeniero graduado para la época, por la modalidad de la contratación no era necesario satisfacer ese requisito.

Lo anterior demuestra que los adjudicatarios no fueron escogidos por su idoneidad y experticia o por ser la mejor oferta presentada para atender las necesidades de saneamiento ambiental, sino por las relaciones cercanas con la administración departamental, situación que implicó acudir a la subcontratación con maestros de obra y albañiles. Pese a ser ésto tan evidente de la simple constatación de la hoja de vida de los adjudicatarios, NORMAN GUILLERMO suscribió las señaladas órdenes sin verificar el cumplimiento del principio de selección objetiva, que resultaba imperativo aun tratándose de contratación directa⁸⁶:

Como quiera que el acusado al suscribir los contratos en estas condiciones omitió el deber de verificación del cumplimiento del requisito de selección objetiva, con ello también desconoció los requisitos esenciales de la contratación.

3.2 Del tipo subjetivo.

El delito objeto de estudio es doloso, en cuanto el legislador no tipificó la modalidad culposa.

A voces del artículo 22 del C.P. el dolo directo se presenta cuando el agente conoce los hechos constitutivos de una infracción penal y quiere su realización, al paso que el dolo eventual se configura cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Ahora, la parte intelectual del dolo exige que el sujeto agente comprenda la conducta típica - en sus elementos, circunstancias de ejecución y resultados-, mientras que en el aspecto volitivo se debe demostrar el querer libre de realización de la conducta por parte del agente.

En ese sentido, advierte la Sala, conforme a las pruebas obrantes, que el procesado actuó con dolo, es decir, conociendo que celebró los contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en su trámite de manera voluntaria.

NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO sólo estuvo encargado como Gobernador en breves periodos y las fases precontractuales y de ejecución estaban desconcentradas en las Secretarías del Despacho, incluso, como él y su defensor señalaron, las órdenes contractuales se encontraban listas para que éste -en calidad de encargado- las suscribiera, pero es claro que ello no eximía al acusado de verificar que en todas las etapas se cumplieran los principios de la contratación y la función pública, pues el ordenador de gasto no solamente debe firmar, también debe verificar previamente.

Es más, la desconcentración en las diferentes fases contractuales, implica que los funcionarios que intervienen en ellas adopten decisiones vinculantes, por lo que si cada uno con sus acciones u omisiones incurre en conductas antijurídicas debe responder, y en el caso de quien suscribe los contratos, su responsabilidad deriva de la constatación del cumplimiento de cada uno de los requisitos en todas las etapas, pues al firmarlas está avalando las fases previas para comprometer el presupuesto.

Tal proceso no era extraño al acusado, ya que como él mismo lo señaló y lo apoyaron los

interventores RAFAEL REMBERTO ROSSI TORDECILLA, MARÍA STELLA FLÓREZ JIMÉNEZ, ADA LUZ HOYOS ZAPA, siendo uno de los proyectos de gobierno departamental la letrinización, el proceso de contratación se activaba -fraccionadamente- cuando la comunidad acudía directamente a la administración para que le dieran solución a sus necesidades de saneamiento básico, razón por la cual se enviaba a un funcionario de la Secretaría de Infraestructura a verificar las condiciones, se elaboraba el presupuesto con la información de precios del mercado que reposaban en el archivo, se solicitaba el certificado de disponibilidad presupuestal y con ello se elaboraba la orden contractual.

Trámite, que por demás estaba abanderado por la Secretaría de Infraestructura, de la cual era titular NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO desde julio del año 2000, esto es un año y cuatro meses antes de fungir como Gobernador encargado, por lo que era más que esperado que conociera de la necesidad de construcción de letrinas en el departamento de Córdoba, ya que dentro de las funciones establecidas en el Decreto 000244 de 23 de marzo de 1999 -por el cual se establece la estructura orgánica de la administración departamental de Córdoba-, citaban:

Artículo 16: Misión de la Secretaría de Infraestructura: Corresponde a la Secretaría promover la construcción, mejoramiento y mantenimiento de la infraestructura que requieren los distintos sectores económico y social a fin de sentar las bases para impulsar el desarrollo sostenible y sustentable y la competitividad productiva de la economía departamental.⁸⁷

Lo que denota que siendo Secretario de Infraestructura, no sólo conocía las necesidades de la comunidad en materia de saneamiento básico, el plan de gobierno para dar respuesta a ello, sino el procedimiento que debía seguirse para la contratación de obras y en especial la responsabilidad que su omisión acarrearía, siendo que como Gobernador encargado, no le era novedoso el tema, razón de más para saber que en esa situación administrativa

que ostentaba, no sólo debía firmar los documentos, sino que le correspondía verificar el cumplimiento de los principios de la contratación en todas las etapas, aspecto que necesariamente le permitía colegir la unidad natural de objeto en la construcción de letrinas en un mismo territorio y que no era procedente su fraccionamiento, pues con la realización de esta práctica no se alcanzaba el fin propuesto de la contratación como lo era el saneamiento básico ambiental.

Tan evidente era el conocimiento que de los trámites contractuales tenía el acusado que incluso adujo que la adjudicación se hizo a «personas que fueran legalmente capaz de ejecutar la obra y que no tuvieran (sic) inmerso en incompatibilidades e inhabilidades»⁸⁸, contando con el previo concepto de la oficina jurídica, en cabeza de los doctores WILLIAM QUINTERO VILLARREAL y ORLEIDA ESTHER HERNÁNDEZ AGUILAR, pese a ello, lo que determina la prueba es que éste ni siquiera verificó la existencia del visto bueno de esa dependencia.

Así WILLIAM FRANCISCO QUINTERO VILLARREAL, quien se desempeñó como Secretario Jurídico de la Gobernación de Córdoba desde el 11 de agosto de 2003, negó haber fungido como servidor público en los meses de noviembre y diciembre de 2001⁸⁹, por lo que era imposible que pudiera otorgar un visto bueno a los contratistas que se les adjudicó la construcción de las señaladas letrinas, lo que claramente contradice el dicho del acusado.

En el caso de ORLEIDA ESTHER HERNÁNDEZ AGUILAR⁹⁰, si bien señaló estar vinculada con la Gobernación de Córdoba desde el 27 de diciembre de 1990 y desempeñarse en los meses de noviembre y diciembre de 2001 como Secretaria de la oficina jurídica, negó haber participado en las etapas contractuales para la construcción de letrinas, pues esa no era su función, salvo cuando su superior, el doctor JUAN CARLOS DÍAZ GÓMEZ, le solicitaba revisar documentación, caso en el cual se plasmaba la firma del abogado revisor y del jefe, como ocurría con todos los tramites que se surtían en esa dependencia y que echó de menos en las órdenes contractuales obrantes en la actuación que

le fueron puestas en conocimiento.

Además, contrario a lo indicado por el acusado señaló que el estudio de idoneidad de los contratistas era una etapa precontractual de la cual se encargaba la Secretaría de Infraestructura y que en todo caso, desde su vinculación en el año 1999 con la oficina jurídica no tenía conocimiento que el pago de una orden contractual estuviera supeditada al visto bueno de la oficina jurídica⁹¹.

En igual sentido, JUAN CARLOS DÍAZ GÓMEZ⁹² informó que se desempeñó como jefe de la oficina jurídica de la Gobernación de Córdoba desde el año 2000, sin que estuviera dentro de sus funciones la de participar en las etapas precontractuales, pues tratándose de esta clase de órdenes sólo intervenían en la revisión de pólizas y, en todo caso, la verificación documental que realizaban siempre la soportaban con el sello de revisado del profesional y de él como jefe.

Declaraciones que, a diferencia de lo señalado por la defensa no generan sospecha, ni pueden ser tildadas de mentirosas pues no sólo fueron uniformes en su exposición, sino que no se avizora en ellos un ánimo tendencioso a descalificar al acusado, por el contrario, lo que se verifica con las demás pruebas es que lejos estuvo la administración de someter a examen de la oficina jurídica las órdenes y los perfiles de las personas a las que se les adjudicó la construcción de las letrinas, es más, así lo verificó la Sala al revisar las órdenes contractuales obrantes en la actuación, en las que no se constata la existencia de un sello que certificara tal anuencia.

Y aunque personas como RAFAEL REMBERTO ROSSI TORDECILLA, MARÍA STELLA FLÓREZ JIMÉNEZ, y ADA LUZ HOYOS ZAPA adscritos a la Secretaría de Infraestructura, también indicaron que era necesario contar con un estudio jurídico por parte de la oficina encargada, lo cierto es que no se hizo.

Pese al conocimiento que NORMAN GUILLERMO tenía de la necesidad de contar con el

visto bueno por parte de la oficina jurídica, éste al momento de suscribir cada una de las reprochadas órdenes contractuales omitió su verificación, pues de haberlo hecho, sin mayor problema habría identificado que no se surtió el respectivo trámite.

Y en todo caso, de contar con la aprobación de la oficina jurídica debía abstenerse de suscribir la orden hasta tanto no verificara el cumplimiento de todos los requisitos, constatando además, las razones por las cuales se fraccionó la unidad natural del objeto contractual y se acudió a la modalidad de contratación menos exigente.

Contrario a ello, con el único ánimo de favorecer a los adjudicatarios suscribió las reprochadas órdenes contractuales, siendo conocedor que las mismas eran producto de un fraccionamiento contractual y que al realizarse de esa forma se vulneraban los principios de la contratación pública.

Para el acusado no era desconocido que en las reprochadas órdenes contractuales se estaban inobservando los requisitos esenciales, pues no sólo su experiencia profesional como Ingeniero Civil con amplia participación en el sector público se lo determinaba sino su desempeño como Secretario de Infraestructura, lo que le permitía conocer que en el plan de desarrollo de Córdoba 2001-2003, aprobado por la Asamblea Departamental⁹³, se incluyó el capítulo 14- Infraestructura física y servicios públicos domiciliarios, cuya ejecución estaba asignada al despacho del que era titular y que le permitía conocer el problema de saneamiento básico y las necesidades de cada comunidad, por lo que fácil podía advertir que los documentos que se le presentaba para su firma contenían el fraccionamiento de la unidad contractual, lo que implicaba el desconocimiento de los requisitos esenciales y a pesar de ello procedió a suscribirlos.

No puede perderse de vista que el acusado tuvo una activa participación en el proceso contractual, pues previo a suscribir las órdenes solicitó cada uno de los certificados de disponibilidad presupuestal e incluso estuvo al tanto de la selección de los adjudicatarios,

pues como todos lo señalaron, al pedir participación al Gobernador JESÚS MARÍA LÓPEZ en las obras de letrización, éste los direccionó a la Secretaría de Infraestructura, donde él era el titular, lo que permite colegir que tenía pleno conocimiento del objeto de los contratos y de las calidades de los adjudicatarios, quienes a todas luces no eran idóneos para construir por sí mismos las unidades sanitarias

Para el acusado ninguna duda podía albergar su entendimiento acerca de la existencia de la unidad natural de objeto en las obras de letrización que se ejecutarían en Chuchurubí, Santa Fé-Sector I, Los Garzones-Buenaventura y en la cabecera municipal de Montería; ni de la falta de idoneidad de los adjudicatarios, de suerte que previo a firmar las órdenes contractuales, podía identificar las irregularidades en el trámite, lo que lo obligaba a abstenerse de hacerlo, pues, entre otros factores, la suma de las cuantías de cada orden se lo evidenciaban, de suerte que su firma aparece como el resultado de un acto deliberado y consciente, a sabiendas de que con ello se favorecía ilegalmente a los contratistas.

Además, le era imperativo comprobar en la contratación el cumplimiento estricto de los principios y requisitos sustanciales, pues sólo así su conducta podía ser considerada jurídicamente adecuada, acorde con el principio de responsabilidad contractual referente a que «los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato».

Si bien, la defensa señaló que su asistido actuó orientado por el principio de confianza, como lo ha sostenido la Sala (CSJ SP 26 mar 2009, Rad. 2908994).

[É]ste opera en una comunidad determinada de interrelación, cuando quien realiza el riesgo permitido con arreglo a las normas que regulan la actividad de que se trate,

puede esperar que quienes intervienen en el tráfico jurídico también observen las reglas pertinentes, de modo que no se le puede imputar un resultado antijurídico en desarrollo de la actividad riesgosa acorde al deber de atención, si en ésta interfiere un tercero que desatiende la norma de cuidado que le es exigible, o si a pesar de no atender la norma de cuidado esta desatención no fue determinante en tal producto, sino la injerencia, dolosa o culposa, de ese tercero.

La determinación de la efectividad del principio de confianza en un ámbito de interrelación está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se esperan, está habilitada para confiar que el dolo o la culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la van a afectar.

Y en el caso en estudio, este principio no cobijaba el actuar del acusado, pues está demostrado que al celebrar las órdenes contractuales omitió verificar el cumplimiento de los condicionamientos legales en el trámite previo a su suscripción, sin que resulte de recibo que éste se amparara en el proceder de los otros intervinientes en las fases precontractuales, en tanto que él mismo era el titular de la Secretaría de Infraestructura –encargada del desarrollo de esa obra- y en todo caso, quien invoca la aplicación de este principio «parte del supuesto de que (...,...) ha satisfecho las normas de comportamiento que en el caso preciso de él se esperaban»⁹⁵, lo cual no ocurrió en este caso.

Queda demostrada la configuración del tipo subjetivo del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por el cual se juzga a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO.

3.3 Del concurso de conductas punibles.

El inciso 1° del artículo 31 del Estatuto represor prevé:

ARTICULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En este precepto se institucionalizaron las figuras del concurso material o real y el ideal o formal, la primera «cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En este caso no hay unidad de acción sino acciones u omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes».96.

Al paso que el concurso ideal o formal «se presenta cuando con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos. Se da cuando una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí, que toman en consideración algunos aspectos distintos de él, los que solo en su conjunto agotan el contenido antijurídico.»97

Para el evento que concita nuestra atención resulta de interés la figura del concurso material o real, la que a su vez puede ser homogéneo o heterogénea, simultánea o sucesiva.

Es homogéneo «cuando los hechos realizado por el sujeto activo son de la misma especie, es decir, cuando se adecuan a un mismo tipo legal» y es heterogéneo «cuando los varios hechos perpetrados son de diversa especie, es decir, se subsumen en tipos distintos»⁹⁸

A voces de la Corte Constitucional (C.C. C464-2014) «este concurso implica una pluralidad de acciones independientes o separadas, sin vínculo alguno entre sí y con momentos diferenciables. Esta forma de proceder genera una multiplicidad de delitos que lesionan por más de una vez uno o varios bienes jurídicos».

Pues bien, la Sala encuentra que NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO en cuatro ocasiones diferentes celebró contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, toda vez que se tramitaron y suscribieron 21 órdenes contractuales cuando de acuerdo con la ley debieron celebrarse cuatro contratos con el procedimiento de la contratación directa, al tenor del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Ya que para preservar el cumplimiento de los principios de la contratación y alcanzar el fin del contrato en particular, el saneamiento ambiental, para cada municipio en el casco urbano, en las veredas y en los corregimientos era necesario celebrar un solo contrato, no proceder al fraccionamiento, ni hacer un contrato por cada letrina, pues ello atentaba contra los principios de economía y transparencia, en tanto resultaba más oneroso en tiempo, recursos económicos y humanos este trámite que el que la ley prevé, amén de que se alcanzaba el bien común y no el interés particular que es evidente fue el que persiguió el procesado con su comportamiento desviado.

Cada vez que el procesado firmó las órdenes contractuales fraccionando los cuatro contratos que por ley debía celebrar cometió un delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, es decir, cuatro punibles en concurso homogéneo y sucesivo, de manera independiente y autónoma.

Es evidente que con su comportamiento vulneró el principio de legalidad en cuatro ocasiones, ya que omitió verificar el trámite que debía seguirse bajo el procedimiento previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en el mismo número de contratos, lo cual no hizo, por el contrario expidió las 21 órdenes contractuales. Así mismo es claro que con su proceder afectó en igual número el bien jurídico de la administración pública y que el contenido de culpabilidad es también plural porque consciente y voluntariamente afectó el interés protegido por ese tipo penal. En este sentido ha dicho la Corte que «La realización de cada contrato y su consecuente detrimento al patrimonio público constituye un hecho independiente y, por lo mismo, un delito autónomo »⁹⁹

Así entonces, NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO está llamado a responder por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo, toda vez que omitió verificar el cumplimiento de los requisitos legales en la contratación de letrinas para atender el saneamiento ambiental de: 1) la comunidad de la vereda Chuchurubí-Cereté, 2) la población de la vereda Sanata fé- Sector I- Montería, 3) los habitantes del corregimiento Los Garzones de la vereda Buenaventura- Montería y 4) de los habitantes de la cabecera municipal de Monería, de conformidad con el artículo 31 del Código Penal.

4. De la antijuridicidad.

La conducta endilgada al procesado además de típica es antijurídica, toda vez que lesionó efectivamente y de manera grave el bien jurídico de la administración pública, al soslayar el principio de legalidad que se impone proteger en el trámite contractual

No puede olvidarse que en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos la vulneración del bien jurídico se verifica con el «simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa»¹⁰⁰, pues como se viene indicando, es la legalidad en el trámite impartido

en la contratación estatal lo que se protege, de allí, que contrario a lo indicado por la defensa, más allá que las obras se hayan ejecutado –como incluso lo señalaran RAFAEL REMBERTO ROSSI TORDECILLA, MARÍA STELLA FLÓREZ JIMÉNEZ y ADA LUZ HOYOS ZAPA-, en beneficio de la comunidad, lo cierto es que se inobservó el trámite previsto omitiendo acoger las previsiones del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3° del Decreto 855 de 1994.

Imperioso resulta señalar que contrario a lo indicado por la defensa, no se trata de constatar un detrimento patrimonial para las arcas del Estado, pues de haberse incurrido en ello, entraría a concursar otro delito como el de peculado, pues se insiste «cuando se desconozcan 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 ilícitamente¹⁰¹ y se estructura objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración»¹⁰²:

5. De la culpabilidad.

Conforme a lo obrante en la actuación, no se puso en entredicho que NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, al suscribir las órdenes contractuales objeto de reproche se encontrara en uso de sus plenas capacidades cognitivas, por ende, debe ser tenido como persona imputable.

Adicional a ello, se evidenció que pese a conocer que estaba actualizando los elementos del tipo penal y con ello procediendo antijurídicamente, desconoció las obligaciones de verificar el cumplimiento de los requisitos esenciales, previo a suscribir las órdenes, sin que concurriera causal eximente de responsabilidad.

Acreditados los requisitos contenidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 y acogiendo la solicitud de condena de la Fiscalía, la Sala declarará a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA

NIETO responsable penalmente como autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo conforme lo prevén los artículos 29, 31 y 410 del C.P.

6. Determinación de las consecuencias jurídicas de las conductas punibles

Siendo las conductas ejecutadas por el acusado típicas, antijurídicas y culpables se prevé como consecuencia una sanción punitiva, la que se establecerá conforme los criterios de dosificación establecidos por el legislador.

Atendiendo lo normado por el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, para dosificar la pena en los casos de concurso de conductas punibles, el funcionario judicial deberá partir del delito sancionado con pena más grave, para lo cual calculará la sanción imponible para cada delito según las circunstancias específicas, aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda superar la suma aritmética de las que corresponda a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas en cada caso.

Como se trata de un concurso homogéneo sucesivo de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, se individualizará la pena para uno de los delitos y se aumentará hasta en otro tanto.

El artículo 410 del Código Penal¹⁰³ contempla una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años -lo que es lo mismo de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses-, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años -lo que es lo mismo de sesenta (60) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses-.

De la pena privativa de la libertad.

El ámbito de punibilidad está conformado por un primer cuarto comprendido entre 48 a 72 meses de prisión, dos cuartos que van de 72 a 120 meses de prisión y un cuarto último que va desde 120 a 144 meses de prisión.

Conforme lo prevé el artículo 61 inciso 2º del C.P., toda vez que la Fiscalía no enrostró al acusado circunstancias agravantes ni atenuantes, la Sala se moverá dentro del cuarto mínimo, esto es, 48 a 72 meses de prisión.

Atendiendo el texto del inciso 3º del artículo 61 ibídem, resulta incontrovertible la gravedad de la conducta agotada por el procesado, en tanto prevalido de la función de Gobernador y de la confianza depositada en él para asumir el primer cargo departamental en encargo, se abstuvo de verificar los requisitos legales en los contratos que comprometían el presupuesto departamental y deliberadamente omitió la aplicación de principios orientadores de la contratación estatal para dar continuidad a un proceder caprichoso irresponsable, dilatando la solución de las necesidades de saneamiento básico de la comunidad cordobesa.

Y la intensidad del dolo con el que actuó el acusado, pues desconociendo los principios contractuales y los fines del servicio público fraccionó en varias ocasiones la unidad del objeto contractual, lo que aparejó la demora en la atención de saneamiento ambiental de la comunidad, con el propósito de favorecer a personas cercanas a la administración departamental, ignorando el interés general.

Atendiendo estas circunstancias, la Sala partirá de una pena de 56 meses de prisión.

Ahora, como se le atribuye al acusado la comisión de la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo por las cuatro contrataciones llevadas a cabo en la vereda Chuchurubí-Cereté; las veredas Santa fe/Sector I y Los Garzones/Buenaventura de Montería y en el casco urbano de ese

municipio; se aumentarán a la pena privativa de la libertad 3 meses por cada uno de los 3 contratos restantes, suma que arroja un total de 65 meses de prisión como pena a imponer.

De la pena de multa.

Para la imposición de la pena de multa, debe tenerse en cuenta que según lo ha considerado esta Corporación «no se fija a través del sistema de cuartos punitivos, tal como el que la ley ha fijado para individualizar la sanción privativa de la libertad, sino conforme los criterios que consagra el artículo 39-3 del Código Penal» 104, además, tomando en consideración los criterios del artículo 39-3 Ibídem, encuentra la Corte que la multa «como pena principal que es, está condicionada por factores diversos a la de prisión, entre los cuales ha de ponderarse con mayor énfasis “... la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares”, por resultar criterio indicativo de la real posibilidad de los procesados de cancelar la que les sea impuesta.»105.

En esas condiciones, preciso sea indicar que de acuerdo a lo referido por el procesado en la indagatoria106, éste para esa época no contaba con una fuente de trabajo de la cual pudiera derivar un sustento económico, en tanto estaba afectado con una medida de aseguramiento en su lugar de residencia, por virtud del proceso con radicación 26076, que culminó el 10 de octubre de 2007 con sentencia condenatoria, imponiéndole una pena de 5 años de prisión, además debía alrededor de cien millones de pesos y no poseía ningún bien sujeto a registro, todo lo cual permite a la Sala deducir el escaso patrimonio con que actualmente cuenta el acusado, razón por la cual se le impondrá multa de 50 s.m.l.m.v para la fecha de ocurrencia de los hechos.

Siguiendo los criterios establecidos en el artículo 39-4 del Código Penal, a la multa fijada de 50 s.m.l.m.v. se adicionará la misma cuantía por cada uno de los tres delitos

concursoales, arrojando un total de 200 s.m.l.m.v. para la fecha de los hechos.

De la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Siguiendo el sistema de cuartos que se hace extensivo para esta sanción, se tiene que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales prevé una pena de inhabilidad que oscila entre los 60 a los 144 meses, por lo que se fija un primer cuarto de movilidad comprendido entre 60 a 81 meses, dos cuartos medios establecidos entre 81 a 123 meses y un cuarto final de 123 a 144 meses.

Como quiera que no se le endilgó al procesado circunstancias de menor ni de mayor punibilidad se hace imperativo seleccionar el cuarto mínimo, esto es de 60 a 81 meses de inhabilidad y, bajo el mismo razonamiento que se tuvo en cuenta para fijar la pena de prisión, se aumenta en 7 meses el quantum mínimo de la pena de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, para un total de 67 meses.

Como quiera que el aumento por los delitos concursoales en cuanto a la pena privativa de la libertad fue del 13.84%, el mismo porcentaje se tendrá en cuenta para determinar el incremento de la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, lo que equivale a 9 meses 3 días, para un total de 76 meses y 3 días.

La necesidad de las penas impuestas se hace ostensible a propósito de sus finalidades, de prevención general y especial, reinserción social, protección y justa retribución, previstas en el artículo 4° del Código Penal.

7. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad:

Preciso sea indicar que tratándose de delitos cometidos contra la administración pública, el artículo 68A del Estatuto Punitivo prohíbe la concesión de beneficios y subrogados penales.

Empero, tal prohibición fue incluida en el ordenamiento penal por las Leyes 1453 y 1474 de 2011 y 1709 de 2014, 1773 de 2016, las cuales cobraron vigencia con posterioridad a la fecha de los hechos por los cuales se emite condena en contra de NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, razón por la cual no se hará extensiva la referida prohibición, haciendo imperativo el estudio de los subrogados penales, de cara al cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador para la fecha de comisión de los hechos.

7.1. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Prioritario sea indicar que si bien el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 impone como requisito objetivo para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena «Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años», resultando más favorable que el límite impuesto en el texto original previsto en la Ley 599 de 2000, de 3 años, lo cierto es que no puede darse aplicación al novel artículo pues ello haría imperativo la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 68 A del Estatuto Represor, lo que a todas luces sería contrario a los intereses del acusado, pues una interpretación diferente implicaría integrar dos normas, bajo una figura de *lex tertia*, la que se encuentra proscrita, en tanto vulnera el principio de legalidad.¹⁰⁷

En ese sentido, acorde con lo establecido en el numeral primero del artículo 63 de la Ley 599 de 2000 -texto original-, atendiendo a la cantidad de la pena privativa de la libertad impuesta al procesado, es claro que no se cumple el requisito objetivo establecido, lo cual torna innecesario adentrarse en el estudio del aspecto subjetivo contenido en el numeral segundo de la disposición en cita, por lo tanto se declarará que el procesado no se hace acreedor a la concesión del dicho subrogado.

7.2. De la prisión domiciliaria.

Este instituto también ha sufrido variaciones en su regulación, por cuenta de las

Leyes 1142 de 2007, 1453 de 2011 y 1709 de 2014 y pese a que la actual legislación prevé un requisito objetivo más favorable para los intereses del procesado, lo cierto es que su aplicación aparejaría la prohibición prevista en el artículo 68 A, por lo que, como se indicó en lo atinente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, no resulta viable acoger fracciones de una norma para complementarla con otra, razón por la que la concesión de este subrogado también se analizará de cara a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000- texto original, el cual prevé:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.
 - 2) Observar buena conducta.
 - 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.

4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, organismo que adoptará, entre otros, un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión.

Transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.

En el presente evento se procede por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000 -texto original-, norma aplicable a la fecha de los hechos, la que fija como pena mínima la de cuatro años, motivo por lo que el presupuesto objetivo señalado en el inciso 1° del artículo 38 íbidem concurre.

En cuanto al requisito de carácter subjetivo, esto es, el examen del desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, orientado a establecer si fundada y motivadamente no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el

cumplimiento de la pena. Se debe hacer el análisis teniendo en cuenta las funciones de la pena previstas en el artículo 4° del Código Penal «cuya observancia surge imperiosa no solo al momento de la individualización del castigo intramural, sino también en el de su ejecución como tal o, inclusive, bajo la figura de la reclusión domiciliaria»¹⁰⁸. Así lo ha considerado esta Corporación:

Exige igualmente la norma que “el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”, conclusiones que no pueden obtenerse sin estudiar los fines de la pena.

El artículo 4° del Código Penal señala que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado y que la prevención especial y la reinserción operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte interpreta que cuando allí se declara que las funciones de prevención especial y reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (sea esta domiciliaria o carcelaria) no se excluyen las demás funciones como fundamento de la misma pena, sino que impide que sean la prevención especial y la reinserción criterios incidentes en la determinación o individualización de la pena privativa de la libertad.

Significa lo anterior, que tanto para imponer, como para ejecutar la prisión domiciliaria en sustitución de la prisión carcelaria deben tenerse en cuenta también las funciones de la pena que tienen que ver con la prevención general y la retribución justa.

Independientemente de las afinidades teóricas que se tengan sobre los conceptos básicos que integran las funciones de la pena, la decisión de política criminal del Estado

Colombiano en cuanto a los principios y los fines de la pena es la adoptada en los artículos 3 y 4 del Código Penal. Desde esa óptica, la función de “retribución justa” puede abordarse de manera general en dos estadios claramente diferenciados del proceso penal. Como criterio que influye en la determinación judicial de la pena, en cuanto es en tal momento que se define la medida de la retribución y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y, como función vinculada a la ejecución de la pena que no puede ser dejada de sopesar cuando vaya a enjuiciarse la adopción de providencias que anticipen material y condicionalmente una parte de la privación efectiva de la libertad o la subroguen por un periodo de prueba.

Igual cosa ocurre con la función de “prevención general”, a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción – reacción, supuesto – consecuencia jurídica. Ese fin de “prevención general” es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva).¹⁰⁹

Conforme con este derrotero, encuentra la Sala que existe un pronóstico favorable para que NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO cumpla la sanción impuesta al interior de su domicilio, pues con ello es suficiente para que obren las funciones de la pena de prevención general y especial, y retribución justa.

Pues si bien, las conductas punibles por las cuales se emite condena, son graves, en tanto afectaron el bien jurídico de la administración pública y fueron desarrolladas

mientras éste estaba investido como servidor público, lo cierto es que fueron cometidas en el año 2001, sin que se tenga conocimiento que con posterioridad haya continuado con su actuar delictivo.

Además, aunque es reprochable que el procesado haya empleado el voto de confianza que se le otorgó para fungir como Gobernador encargado de Córdoba en los meses de noviembre y diciembre de 2001, para favorecer intereses de particulares y cometer varias conductas punibles, como se revela no sólo con la condena ahora impuesta, sino por la emitida por esta misma Corporación en CSJ SP 10 OCT. 2007, Rad. 26076, por el mismo delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con peculado por apropiación¹¹⁰; lo cierto es que de esas conductas no puede inferirse el desempeño personal actual del procesado, pues las mismas tuvieron lugar hace 15 años y no obra en el paginario circunstancia que denote la recurrencia en la comisión de conductas punibles, lo que permite inferir que en el procesado efectivamente ha obrado la prevención especial, pues su buen comportamiento indica el acogimiento que éste ha hecho de los efectos de la sanción penal y la intimidación que en él genera el aparato represor.

Aunado a lo anterior, el comportamiento procesal asumido por ESPINOSA NIETO revela que no eludirá el cumplimiento de la sanción. No puede desatenderse que aun conocedor de las consecuencias a las que se enfrentaba en el presente proceso, pues ya había purgado una pena privativa de la libertad, impuesta por esta misma Corporación, atendió los llamados de la administración de justicia, actitud que permite inferir de manera fundada que no eludirá el cumplimiento de la sanción, pues en él ha obrado el condicionamiento interno de resocialización y acogimiento a la ley

Además, no puede ignorarse que de acuerdo con lo indicado en la indagatoria¹¹¹, el sentenciado cuenta con arraigo familiar, es casado, padre de dos hijos y reside en la ciudad de Montería-Córdoba, en la residencia de propiedad de su esposa, aspecto que

permite determinar «un referente objetivo que le permita suponer fundadamente que aquél no evadirá el cumplimiento de la pena».112. Igualmente, según su dicho, purgó parte de la pena impuesta con antelación en su domicilio, sin que se tenga noticia de incumplimiento alguno.

En ese sentido, es claro que para el presente evento, la prisión domiciliaria es el mecanismo más idóneo para que se cumpla la pena y las funciones que deben obrar en el sentenciado, como un reconocimiento a su comportamiento posterior al acto delictivo y, al acogimiento a la ley que ha mostrado no sólo en el actual proceso sino en aquél en el que cumplió la sanción impuesta por esta Corporación, por hechos concomitantes a los ahora reprochados.

De no atenderse este criterio se estaría negando las funciones de la pena, las cuales deben ser orientadoras al momento de la imposición de los subrogados, más cuando esta Sala ha sostenido que con la prisión domiciliaria también:

[S]e satisface automáticamente el fin de prevención general positiva, estabilizándose así la infracción de la norma y transmitiéndose la censura institucional a la conducta del condenado. Así mismo, innegablemente opera la retribución justa, por cuanto la ejecución de la pena en el domicilio constituye una efectiva restricción de la libertad personal del sentenciado (...).

De otro lado, la prevención especial se encuentra igualmente realizada. En su aspecto negativo, por cuanto el penado habrá de permanecer privado de su libertad en el domicilio a condición de cumplir a cabalidad las condiciones impuestas judicialmente, so pena de verse revocada la sustitución de la ejecución de la pena y reactivarse la reclusión carcelaria ante un incumplimiento.113.

En esas condiciones al cumplirse los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 38 del Código Penal, es clara la procedencia de la prisión domiciliaria, bajo la

obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3º íbidem, previa caución por la suma de un (1) S.L.M.L.V.

Para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad se procederá a su captura inmediata a efectos de que se deje a disposición del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para su custodia y traslado.

8. De las consecuencias civiles derivadas del delito.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo con lo probado en la actuación y condenará al responsable. Adicionalmente, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

En este caso no hubo constitución de parte civil y los hechos por los cuales se emite condena no se demostró que hubieran causado perjuicios materiales a la administración, ni tienen la virtud de disminuir la capacidad productiva o laboral del departamento de Córdoba o poner en peligro su existencia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 392-1 del Código de Procedimiento Civil, sería necesario condenar al procesado al pago de las costas incluidas las agencias en derecho a favor de la parte civil constituida en el proceso y a los gastos que debió asumir para que su derecho lograra reconocimiento judicial; empero, como ésta no se constituyó no habrá lugar a ello.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Finalmente, se ordena declarar que la vigilancia de la ejecución de las penas aquí

impuestas corresponde al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar en donde se determine purgará la pena el procesado.

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

RESUELVE

Primero: DECLARAR a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, de condiciones civiles y personales referidas en esta determinación, Gobernador encargado de Córdoba, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 29, 31 y 410 del Código Penal), por el cual fue acusado; en consecuencia se dispone CONDENARLO a las penas principales de 65 meses de prisión, multa de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2001 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 76 meses y 7 días, con base en las consideraciones plasmadas en precedencia.

Segundo: No emitir condena a NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, por concepto de indemnización de perjuicios.

Tercero: DECLARAR que NO es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Cuarto: SUSTITUIR al condenado la pena privativa de la libertad por la PRISIÓN DOMICILIARIA en el lugar de su residencia, bajo la obligación de cumplir con los compromisos fijados en el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, previa caución para su cumplimiento por la suma de 1 S.L.M.L.V.

Líbrese la correspondiente orden de captura y comuníquese al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC para el control de la medida sustitutiva y el

cumplimiento de la pena de prisión por el inculpatado en su residencia.

Cumplido lo anterior se cancelará la orden de captura por la autoridad judicial a quien le sea puesto a su disposición el condenado.

Quinto: En firme esta providencia, REMITIR la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad – Reparto, para lo de su cargo.

Sexto: REMITIR por Secretaría las copias del fallo a las autoridades que alude el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

Séptimo: Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 A folios 1 a 41 del cuaderno N° 1 Actuación de la Fiscalía.

2 A folio 44 del cuaderno N° 1 Actuación de la Fiscalía.

3 A folios 111 a 117 del cuaderno N° 1 Actuación de la Fiscalía

4 A folios 30 a 57 del cuaderno N°2 Actuación de la Fiscalía.

5 A folios 146 a 154 del cuaderno N°2 Actuación de la Fiscalía

6 A folio 266 del cuaderno N°2 Actuación de la Fiscalía

7 A folios 17 a 49 del cuaderno N°3 de la Actuación de la Fiscalía.

8 Hechos plasmados en la resolución de acusación. FI, 17

9 Resolución de acusación. A folio 33

10 Resolución de acusación. A folio 34

11 Resolución de acusación A folio 41.

12 Resolución de acusación, A folio 42

13 A folios 79 a

14 A folio 4 del cuaderno N°1 de la Corte.

15 CSJ SP14992-2015

16 CSJ SP 16 mar 2009. Rad. 29089

17 Al respecto CSJ SP4463-2014, reiterando lo dicho en CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 35344.

18 íbidem

19 CE- Sala de Consulta y Servicio Civil. 10 ag. 2015. Rad.
11001-03-06-000-2015-00118-00(2260)

20 CE- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 5 jun 2008, Rad
15001233100019880843101- 8031.

21 Reiterado en C E- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera Subsección C. 31 en. 2011, rad. 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767)

22 Certificación laboral nº 0630 de 9 de julio de 2008 (fl. 129 C. Actuación de Fiscalía 1)

23 A folios 131 y 132 del C. Actuación de la Fiscalía 1

24 A folios 133 y 134 del C. Actuación de la Fiscalía 1

25 A folios 135 y 136 del C. Actuación de la Fiscalía 1

26 A folios 137 y 138 del C. Actuación de la Fiscalía 1

27 C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil

28 Al respecto CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35660, CSJ; CJS SP 26 may. 2010, rad. 30933, CSJ SP 24 oct. 2012, rad. 33714, entre otras.

29 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Aceptaciones 1 y 7

30 Íbidem .Aceptaciones 1 y 7

31
<http://delasobligaciones.blogspot.com.co/2012/08/obligaciones-de-genero-y-cuerpo-cierto.html>

32 CSJ SP 24 oct. 2012, Rad, 33714

33 íbidem

34 Consejo de Estado; Sala Plena de lo contencioso administrativo; C.P. Darío Quiñónez Pinilla; Sentencia del 3 de octubre de 2000; Rad.: AC-10529 y AC-10968.

35 íbidem

36 En cada una de las 45 órdenes contractuales detalladas se establece como objeto contractual la construcción de letrinas (de 5 a 9 letrinas), para ser desarrolladas en diferentes municipios de Córdoba.

37 A folios 138 a 203 del C. anexo 5

38 A folio 176 del C. anexo 5

39 Artículo 85.3 programa de gobierno. A folio 176 del C. anexo 3

40 Artículo 96.3.c Programa de gobierno. Folio 178 C. anexo 5

41 A folio 188 del C. anexo 5

42 A folios 102 a 103 del C. anexo 1

43 A folios 170 a 171 del C. anexo 1

44 A folios 54 a 55 del C. anexo 3

45 A folios 38 a 39 del C. anexo 3

46 A folios 198 a 199 del C anexo 1

47 A folios 96 a 97 del C. anexo 2

48 A folio 128 a 129 del C. Anexo 1

49 A folios 125 a 126 del C. Anexo 3

50 A folios 136 a 137 del C. anexo 3

51 A folios 195 a 196 del C. anexo 3

52 A folios 251 a 252 del C. anexo 3

53 A folios 146 a 147 del c. anexo 3

54 A folios 156 a 157 del C. anexo 3

55 A folio 294 del c. anexo 3

56 A folios 65 a 66 del C. anexo 3

57 A folio 78 a 79 del C. anexo 3

58 A folios 92 a 93 del C. anexo 3

59 A folios 179 a 180 del c. anexo 4

60 A folio 132 a 133 del C. Anexo 1

61 A folios 219 a 220 del c. anexo 3

62 Según certificación del Secretario de Hacienda Departamental de 14 de agosto de 2001. Folio 13 del C. Anexo 1

63 Decreto 2579 de 13 de diciembre de 2000

64 Así mismo lo certificó el Secretario de Hacienda Departamental. Folio 13 C. anexo 1

65- Norma aplicable a la fecha de ocurrencia de los hechos-.

PARÁGRAFO No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual igual o superior a 6.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 4.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 6.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 2.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 4.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 2.000.000 de salarios mínimos legales mensuales cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 40 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 30 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 20 salarios mínimos legales mensuales y las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 15 salarios mínimos legales mensuales.

En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.

66 A folios 7-8, 25-26, 39-40, 57-58, 107-108, 115, 196, 232, 271 del C. Anexo 2; folios 6, 26, 37, 53, 64, 77, 124, 158, 205, 218, 237, 250, 282 del C. Anexo 3; folios 13, 23, 34, 46, 77, 97, 130, 142, 165, 178 del C. anexo 4

67 CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35560

68 Indagatoria.A folio 264 del C. Actuación de la Fiscalía 1

69 Como lo ha considerado esta Corporación en CSJ AP 6 jul. 2005, rad 19843. Siguiendo lo dicho en CSJ SP 28 nov 2007, entre otras.

70 CSJ SP6613-2014

71 CSJ SP 24 jul. 2013, Rad 38910

72 CSJ SP 20 abr. 2005, rad. 21900

73 CSJ AP 14 feb. 2002, rad. 18457

74 Ley 80 de 1993. Artículo 29

75 fl. 170-171 C. anexo 1

76 A folios 89 a 92 cuaderno N°1 actuación de la Fiscalía.

77 A folios 224 a 227 el cuaderno N°1 actuación de la Fiscalía y 194 a 196 cuaderno N°1 de la Corte

78 A folios 189 y 190 del cuaderno Nº1 de la Corte

79 A folios 191 a 193 del cuaderno Nº1 de la Corte

80 A folios 228 y 229 del cuaderno Nº1 de la Corte

81 A folios 238 a 241 del cuaderno Nº1 actuación de la Fiscalía

82 A folios 187 y 188 del cuaderno Nº1 de la Corte

83 A folio 96-97 C. anexo 2

84 A folios 217 y 218 del C. Nº1 actuación de la Fiscalía

85 A folios 165 a 172 del cuaderno Nº2 actuación de la Fiscalía

86 CE -Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. 1 dic 2008,
rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603

87 A folios 7 y 71 del C. Anexo 1

88 A folio 258 del C. 1 Actuación de la Fiscalía

89 A folios 176 a 178 del cuaderno Nº2 actuación de la Fiscalía

90 A folios 179 a 184 del cuaderno Nº2 actuación de la Fiscalía

91 A folios 214 a 216 del cuaderno Nº1 de la Corte

92 A folios 252 a 256 del cuaderno Nº 2 actuación de la Fiscalía

93 A folios 138 a 203 del C. anexo 5

94 Entre otras CSJ SP 6 jul 2005 rad 17829

95 Op cite 11

96 CSJ SP 25 jul. 2007, Rad. 27383

97 íbidem

98 Reyes Echandía Alfonso. Tipicidad. Temis. Bogotá. 1997 p. 213

99 CSJ SP 2903-2016

100 CSJ SP 6 may 2009, rad. 25495

101 Auto del 20 de agosto de 2002, Radicado N° 18.029.

102 Al respecto CSJ SP 12 jun. 2013, rad. 35560. Reiterando lo dicho en CSJ SP 21 jun. 2010, rad. 30677

103 Texto original de la Ley 599 de 2000, toda vez que es la norma aplicable para la fecha de los hechos

104 CSJ SP 8 jul. 2009

105 CSJ SP 27 en. 2010, rad. 29753

106 A folio 257 del C.1 Actuación de la Fiscalía

107 Al respecto CSJ AP4142-2016, CSJ SP4498-2016, CSJ AP1771-2016, entre otras.

108 CSJ SP4134-2016

109 CSJ SP, 28 Nov. 2001, Rad. 18285

110 Fueron consignados los hechos así: «El 13 de diciembre de 2001, el para entonces Gobernador (e) de Córdoba, Ingeniero NORMAN GUILLERMO ESPINOSA NIETO, suscribió dos órdenes contractuales supuestamente con Dayana del Carmen Buitrago Padilla, la primera de las cuales tuvo por objeto el suministro de material de relleno en las calles del barrio Alberto Saibis en el municipio de Cereté, por valor de \$14.000.000, y, la segunda, la ejecución de obras de pintura y arreglos varios en la escuela Santa María del mismo municipio, en cuantía de \$12.000.000.

Posteriormente, la supuesta adjudicataria de las órdenes denunció la conducta del mencionado gobernador (e), del concejal Heber Pico Jiménez y del interventor Edgar Martínez, aduciendo que su nombre y cédula fueron utilizados fraudulentamente porque nunca se presentó a la administración departamental en procura de dichos contratos ni los suscribió, ni los ejecutó o firmó las actas de recibo final de las obras, y menos aún recibió el precio en ellos acordado.»

111 Diligencia llevada a cabo el 11 de diciembre de 2009

112 CSJ SP918-2016

113 Íbidem