

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

SP4365-2015

Radicación No. 44719

(Aprobado acta No. 134)

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado NELSON CASTELLANOS VARGAS, contra la sentencia de segunda instancia proferida el treinta de abril de dos mil catorce por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica, fue reseñada por el Tribunal de la manera siguiente:

De las diligencias se tiene que NELSON CASTELLANOS VARGAS en su calidad de Alcalde del Municipio de Pesca para el período constitucional 2004 - 2007, realizó actividades irregulares apartándose de la normatividad vigente en la adquisición de dos predios para el municipio que serían utilizados para la preservación hídrica del mismo,

los cuales reciben la denominación de “Ojo de Agua” y “Vijagual”.

1.2.- Con fundamento en la denuncia formulada por el Personero Municipal de Pesca, Boyacá, el 23 de mayo de 2006 la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito con sede en Sogamoso decretó la apertura de investigación¹ y la consecuente vinculación mediante indagatoria de NELSON CASTELLANOS VARGAS², definiéndole su situación jurídica mediante la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva³.

1.3.- Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo⁴, el 12 de febrero de 2009 se calificó el mérito probatorio del sumario⁵ con resolución de acusación en contra del procesado NELSON CASTELLANOS VARGAS como presunto responsable del concurso de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, definido por los artículos 410 y 397 del Código Penal, mediante determinación que cobró ejecutoria en esa instancia al no haber sido objeto de impugnación⁶.

1.4.- La etapa de juicio fue asumida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso⁷, en donde se llevó a cabo la vista pública⁸ y el 30 de noviembre de 2012 se puso fin a la instancia condenando al procesado NELSON CASTELLANOS VARGAS a las penas principales de 60 meses de prisión y multa en cuantía equivalente a 62 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 6 años, entre otras decisiones, a consecuencia de hallarlo penalmente responsable del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de que trata el artículo 410 del Código Penal de 2000, sin las modificaciones punitivas establecidas por la Ley 890 de 2004, a él imputado en la resolución de acusación.

En esa misma determinación, resolvió ABSOLVERLO del cargo que por el delito de peculado por apropiación también le había sido atribuido por la Fiscalía⁹.

1.5.- Recurrida esta decisión por la defensa¹⁰ -quien demandó la revocatoria y la consiguiente absolución del procesado-, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por medio del fallo de segunda instancia proferido el 30 de abril de 2014, decidió impartirle confirmación <<pero atendiendo a los argumentos plasmados en la parte motiva de esta sentencia>>¹¹.

1.6.- Contra la sentencia de segunda instancia, en oportunidad el defensor interpuso recurso extraordinario de casación¹² presentándose la correspondiente demanda¹³, siendo admitida por la Corte¹⁴.

2.- LA DEMANDA

Después de identificar los sujetos procesales y la providencia materia de impugnación, así como resumir los hechos y la actuación llevada a cabo en las instancias, con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, un cargo formula el demandante contra el fallo del Tribunal en el que lo acusa de incurrir en violación indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión en la apreciación probatoria.

En el acápite que destina a la presentación de la causal, advierte que en las sentencias, como fundamento de la condena, se menciona que en relación con la suscripción de los contratos de compraventa de los predios <<Ojo de Agua>> y <<Vijagual>>, el Alcalde Municipal obvió la realización de estudios previos de conveniencia y oportunidad, que le permitieran establecer la necesidad de la adquisición de los bienes inmuebles objeto de los contratos, <<de acuerdo con lo mandado en el Numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en tanto que la

elaboración de los mismos se enmarca dentro del principio de economía, y en consecuencia de ello, hace parte de la legalidad en materia contractual, edificada sobre la vulneración de los principios generales de la función pública a que alude el artículo 209 constitucional y los específicos de la Administración Pública, particularmente el de economía>>.

Anota que la transgresión indirecta de la ley sustancial por falso juico de existencia por omisión tuvo lugar, <<en tanto que los denominados estudios previos, de acuerdo con lo establecido legalmente, y los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios sobre su contenido, permiten establecer que el Municipio de Pesca y en relación con ese específico tópico, adelantó las verificaciones anteladas a la suscripción de los contratos de compraventa respectivos, para establecer la necesidad, conveniencia y demás aspectos, que de acuerdo con la específica naturaleza de los bienes inmuebles por adquirir, configuran lo que el legislador ha pretendido, en relación con la verificación del principio de transparencia en materia contractual, que lo nutren entre otros elementos los llamados estudios previos>>.

En cuanto a lo que aparece debidamente acreditado en el proceso, y que según afirma fue omitido en las sentencias, menciona lo siguiente:

a).- La decisión de adquirir los inmuebles estaba radicada en cabeza del Alcalde Municipal, quien tuvo en cuenta el Plan de Ordenamiento Territorial, el Plan de Desarrollo del Municipio de Pesca, y las normas relacionadas con el establecimiento del valor comercial del inmueble, bajo el entendido que si el municipio no adquiría esos predios, en todo caso los propietarios estaban en disposición de venderlos a particulares para la siembra de cultivos tradicionales, conforme fue indicado por el procesado en la diligencia de indagatoria, algunos de cuyos apartes transcribe.

b).- El Alcalde indicó en la indagatoria, que obtuvo el concepto de un ingeniero

agronomo y especialista en reservas naturales, quien le aconsejó al Municipio adquirir dicha reserva natural, en cuanto era una arteria importante que enriquece el Río Pesca; señaló asimismo que el predio está clasificado en el Plan de Ordenamiento Territorial como zona hídrica y de reserva natural, y que en el Plan de Desarrollo el Municipio preveía garantizar un porcentaje de sus recursos para la compra de predios de reservas naturales y que en ese sentido la Oficina de Planeación Municipal certificó el uso del suelo destinado a esos propósitos.

Asimismo señaló que los referidos inmuebles se encontraban en la zona superior de los yacimientos donde se capta el agua para los acueductos de las veredas El Hato y Carbonera y que existían unos recursos específicos en el presupuesto para compra de páramos o reservas naturales, a más de haber estado autorizado por Acuerdo del Concejo Municipal para contratar, tramitar, firmar convenios y adquirir bienes para el municipio.

c).- Estima que desde el punto de vista de la administración municipal, la adquisición de los predios a que se hace referencia, estuvo inspirada, no en la arbitrariedad y capricho como lo señala la Fiscalía, sino en razones que consultan la legalidad y la conveniencia institucional.

d).- Anota que desde el punto de vista probatorio, en el expediente obra el certificado de uso del suelo suscrito por el Secretario de Planeación y Obras del Municipio de Pesca expedido el 21 de diciembre de 2004, donde en relación con el predio rural en la Vereda El Hato, se encuentra clasificado para uso de protección integral de recursos naturales, después de lo cual reproduce el artículo 12 de la Ley 9 de 1989, sustituido por el artículo 60 de la Ley 388 de 1997.

Sostiene que <<los predios objeto de adquisición están ubicados en zonas de páramo y que representan una fuente acuífera importante, en cuanto que en la misma se

encuentran varios nacimientos de agua y que su uso principal es el forestal de protección con especies nativas. Así está probado según lo señalado por el alcalde en su indagatoria, que en efecto los predios adquiridos tenían unas características que recomendaban ser adquiridos por el Municipio, evitando de esta manera que finalmente fuesen a parar a manos particulares, que pudiesen adelantar un aprovechamiento económico no representativo de las características de dicho páramo>>.

e).- Menciona el avalúo comercial practicado al inmueble rural <<Ojo de Agua>>, ubicado en la Vereda Carbonera, elaborado por Luis Antonio Camargo, del cual destaca los capítulos dedicados a la clase de inmueble, estudio jurídico de los títulos, determinación física del bien, características climáticas y agronómicas, aspectos económicos y avalúo, después de lo cual concluye que <<lo propio ocurre en el avalúo correspondiente al predio Vijagual>>.

f).- Alude asimismo al Acuerdo 005 del 23 de febrero de 2004, por cuyo medio se determina el presupuesto de ingresos, gastos e inversiones del Municipio, en el cual se incluye un rubro para la adquisición y / o cofinanciación de predios acueductos, así como de compra de áreas de interés que abastecen los acueductos rurales.

g).- Refiere igualmente el Acuerdo 014 de 2004, a través del cual se fija el presupuesto de ingresos, gastos e inversiones del Municipio de Pesca para la vigencia fiscal de 2005, que incluye un rubro para la adquisición de predios para acueductos rurales.

h).- Considera importante señalar <<que la compraventa de los inmuebles rurales, cuyo destino según se señaló en las escrituras, se ajustaría al PLAN DE MANEJO PARA LA CONSERVACIÓN Y REPARACIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS DEL MUNICIPIO DE PESCA, fueron debidamente registradas (...) lo que permite entender con toda precisión que la movilidad

de la propiedad se efectuó conforme con la ley>>.

i).- Considera que los Juzgadores incurrieron en el error que noticia, debido al equivocado entendimiento de los estudios previos a que alude el artículo 25.12 de la Ley 80 de 1993, al considerar que se trata de un documento que tenga esa denominación <<obviando que su conceptualización jurídica y su materialidad están determinados porque la entidad pública establezca la necesidad y la conveniencia de acometer el proceso contractual específico, preservando con ello, el principio de adecuada inversión de sus recursos, además de la posibilidad de que los oferentes puedan tener suficientemente claro, si pueden presentar o no propuesta y adicionalmente para que la administración misma tenga unos referentes claros para la evaluación de dichas propuestas>>.

Seguidamente menciona un pronunciamiento del Consejo de Estado en torno al principio de planeación en materia contractual, a partir de lo cual concluye que <<cada uno de los aspectos a que alude la sentencia objeto de comentario, con las pruebas obrantes al proceso, bajo la previsión de la libertad probatoria que informa esta materia en el ámbito penal, y sin que exista prueba que infirme en su totalidad o parcialmente lo que acreditan los relacionados elementos de prueba omitidos por los falladores, permiten comprender a cabalidad que el Municipio de Pesca, estableció de modo expedito, amplio y suficiente los criterios que nutren e informan la necesidad de los estudios previos en cumplimiento del principio fundante en materia contractual de la planeación>>.

En respaldo de sus cuestionamientos a los fallos de instancia, alude a algunas disposiciones de la Carta Política, así como del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente; el Decreto 2857 de 1981 sobre Cuencas Hidrográficas; la Ley 9 de 1989; la Ley 99 de 1993; el Decreto 0953 de 2013; así como pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la planificación para el manejo de los recursos naturales renovables y no renovables.

Menciona que el ordenamiento jurídico relacionado con la adquisición de bienes inmuebles para la protección de la riqueza hídrica, se constituye en un referente imprescindible en orden a establecer la existencia del error de casación que aduce, <<pues ciertamente, las pruebas documentales y testimoniales que obran en el proceso, acreditan sin lugar a dudas que la adquisición de los predios objeto de los negocios jurídicos cuestionados en este proceso, era un imperativo de orden legal y que el Municipio en efecto atendió todos los aspectos, que conforme a la naturaleza de los bienes por adquirir, en el marco de la obligación legal demandaba, para cumplir de este modo el principio de planeación, tan caro a la materia contractual estatal>>.

Censura asimismo, la consideración del juzgador, en lo relativo a la idoneidad del perito evaluador, pues, según indica, <<en el expediente obran las pruebas suficientes y determinantes que indefectiblemente conducen a probar, no sólo que el perito era persona idónea, inscrita en la Lonja de Propiedad Raíz, sino que la exigencia legal al respecto permite con toda claridad y precisión que alternativamente al IGAC, pueda una persona natural o jurídica distinta adelantar el avalúo comercial, en tratándose de la adquisición de bienes inmuebles>>, en apoyo de lo cual menciona lo dispuesto por los artículos 2 y 3 del Decreto 1420 de 1998.

Precisa que bajo el imperio de esta norma que era la vigente para la época de los hechos, el Municipio de Pesca procedió a determinar el avalúo comercial de los inmuebles. No obstante, dice, el Juzgador dejó de considerar la comunicación suscrita por el Presidente del Consejo Nacional de Avaluadores, donde se acredita la idoneidad del perito evaluador.

Concluye que los juzgadores dejaron de apreciar los aludidos medios de los que se establece que antes de acometer la adquisición de los predios, el Municipio de Pesca procedió a señalar los aspectos materiales y específicos relacionados con los estudios previos de acuerdo con la naturaleza del bien por adquirir y el procedimiento

de contratación directa previsto para ese propósito.

Después de indicar que si no se hubieran cometido los yerros que advierte el fallo habría sido proferido en sentido absolutorio, solicita a la Corte casar la sentencia proferida por el Tribunal y en su lugar dictar la de reemplazo que corresponda.

3.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal¹⁵, con respecto al único cargo formulado en la demanda, comienza por advertir que el legislador, para evitar que los intereses particulares de los funcionarios o a través de actos de corrupción, dirijan o influyan en la fijación de alguno de los elementos del contrato, tales como su objeto, su precio, las obligaciones y que enmascare a través de un supuesto provecho general, la satisfacción de beneficios personales de servidores públicos o terceros, ha establecido diversas etapas conocidas como fase precontractual, contractual y postcontractual, erigidas como una forma de materializar los principios de transparencia, responsabilidad, igualdad de oportunidades y selección objetiva, cuyo desconocimiento da lugar a la realización del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Indica asimismo, que para la tipificación de la conducta delictiva, <<no basta con incumplir cualquier disposición de orden contractual, sino que se exige una deficiencia con tal trascendencia que sea manifiesta o remota a los fines de la ley, esto es, que resulte esencial para determinar el momento contractual y que tenga una naturaleza inderogable o improrrogable en el proceso de contratación estatal>>.

Considera que la ley ha establecido, a través del principio de planeación, no solamente

el deber de que toda la actividad de la administración debe fijarse con suficiente antelación a la apertura del procedimiento que corresponda y de manera concreta a la firma del contrato, sino la obligación de elaborar estudios y diseños, así como los proyectos requeridos para que la administración en un tiempo oportuno conozca todos los aspectos del objeto de la contratación y se asegure de este modo la ausencia de dudas sobre la necesidad y calidad de los bienes o servicios adquiridos, y además que los mismos correspondan efectivamente a los precios del mercado y poder cumplir con el principio de objetividad en la selección.

Destaca que si bien la Constitución y la ley imponen la obligación de proteger las fuentes hídricas y ordena que las entidades administrativas destinen recursos para la adquisición de tales bienes, esta priorización en manera alguna afecta el procedimiento legalmente establecido para adquirir bienes inmuebles por parte de la administración municipal, y en el caso concreto la normatividad vigente para la época de los hechos, esto es, la Ley 9 de 1989, el Decreto 250 de 1995, la Ley 388 de 1997 y el Decreto 420 de 1998.

Sostiene que <<en el caso que nos ocupa se pudo establecer a través de las providencias de primer (sic) y segunda instancia, que la administración municipal en cabeza del procesado NELSON CASTELLANOS VARGAS no realizó los estudios previos para dar aplicación al principio de economía de la contratación pública consagrada en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, con el fin de establecer la conveniencia del negocio a celebrar>>.

Advierte que todo el procedimiento de contratación se redujo a celebrar dos contratos de compraventa a través de escritura pública, de los predios Ojo de Agua y San Luis Vijagual, sobre lo cual no existiría ninguna dificultad si la omisión radicara en lo meramente formal, lo cual sería fácilmente superable por la finalidad altruista de adquirir la fuente hídrica que garantice la viabilidad de la comunidad asentada en esa parte

del territorio nacional.

La dificultad radica, dice, en que la falta de tales estudios previos dio lugar a que no se tuviera en cuenta que la titulación del predio denominado <<Ojo de Agua, Páramo o La Laguna>>, no se basaba en un derecho real, sino en una mera expectativa en tanto se trataba de los posibles beneficios que que les asistían a los herederos en una sucesión ilíquida, esto es los vendedores no tenían la plena propiedad, sino que el bien hacía parte de un conjunto de haberes, derechos y obligaciones que el causante, en este caso el señor José Darío Vargas Herrera, dejó al momento de fallecer; y hasta que se produzca una sentencia judicial en la que sean adjudicados a los herederos previo agotamiento del proceso de sucesión, que culmina con la aprobación de la partición y adjudicación de los bienes heredados o se autorice la escritura pública, es decir, que mientras no se produjere dicho pronunciamiento judicial, el objeto del contrato no podía considerarse un cuerpo cierto, por no estar fundado en un derecho real.

Estima que en consecuencia no podía hacerse un avalúo sobre un cuerpo cierto, porque la titularidad estaba sometida a las contingencias propias de una sucesión en la que pueden aparecer otros herederos, o dicho bien estar sujeto a gravámenes no conocidos, o a la eventualidad que terceros acreedores pudieran pedirlos como parte de pago de las cargas que posea la sucesión, luego la falta de este proceso previo no constituye un capricho de la ley, sino la defensa efectiva de los bienes de la administración.

En el caso de la especie, afirma, esta deficiencia tuvo materialización con la denuncia formulada por Jaime Leguizamón Moreno, al sostener que el terreno denominado Ojo de Agua adquirido por el Alcalde, es de su propiedad y sobre el cual ha ejercido actos de señor y dueño <<luego surge evidente los efectos patrimoniales perjudiciales para los intereses municipales, originados en la omisión de un procedimiento

legal, que precisamente fue instituido para conjurar esta clase de irregularidades>>.

Señala que asimismo los dos contratos afectan gravemente la garantía de transparencia, en tanto en ambos aparece como vendedor el señor Luis Alfonso Vargas Cardozo, de quien advirtió no tener vínculos de parentesco la persona que fungía como alcalde del municipio de Pesca, <<particularidad que muestra de manera efectiva como fueron vulnerados de manera evidente, los principios de moralidad, transparencia, objetividad y neutralidad en la actividad contractual de la administración pública, por manera que contrario a lo sostenido por el demandante, la finalidad de adquirir bienes inapreciables para la comunidad, no justifican la omisión del procedimiento contractual, que como en el presente caso afectaron de manera ostensible, no sólo el patrimonio, sino la transparencia y moralidad en las negociaciones>>, razón por la cual considera que el cargo debe ser desestimado.

Solicita, en consecuencia, no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA:

1.- Como se recuerda en el resumen que se hizo de la demanda, el demandante denuncia que los sentenciadores dejaron de considerar prueba válidamente practicada, de la cual se establece que el procesado, en su desempeño como Alcalde Municipal de Pesca al celebrar los dos contratos de adquisición de inmuebles por los que se dispuso el inicio de investigación penal en su contra, actuó con total apego a la normativa vigente y que por lo mismo no realizó el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por el cual fue convocado a responder en juicio por la Fiscalía.

Después de mencionar la diligencia de indagatoria rendida por el procesado, en donde dijo haber recibido el concepto del Ingeniero Faustino Cabrejo, el cual, según afirma, resultó determinante para tomar la decisión de adquirir los terrenos; que además tuvo en

cuenta el Plan de Ordenamiento Territorial y el Plan de Desarrollo Municipal, así como el avalúo efectuado por un experto autorizado por la Lonja de Propiedad Raíz y el certificado expedido por la Oficina de Planeación Municipal sobre el uso del suelo, el recurrente alude asimismo al presupuesto de ingresos, Gastos e Inversiones del municipio de Pesca para la vigencia fiscal del año 2005, y al hecho de haberse llevado a cabo el acto de registro de las escrituras públicas que acreditaban la adquisición de los terrenos por parte del municipio, todo lo cual le permite concluir que el procesado, antes de acometer la adquisición de los inmuebles, procedió a establecer lo relativo a la necesidad de la contratación en el marco del principio de planeación, a través de los funcionarios competentes para hacerlo, o de personas habilitadas al efecto, como el caso del ingeniero Luis Antonio Camargo.

Precisa que <<los bienes inmuebles adquiridos por el Municipio de Pesca eran unos determinados, con específicas características de ubicación, y particularmente contentivos de una riqueza hídrica especial, cuya adquisición correspondía en general a un mandato legal en relación con que las entidades públicas los adquieran, para preservar y fortalecer las fuentes hídricas, ante los fenómenos medio ambientales que determinan la afectación en la cantidad y calidad del agua, como elemento vital de subsistencia de la humanidad>>.

Concluyó entonces, que si en las sentencias de instancia se hubiesen valorado las pruebas legal y oportunamente aducidas a la actuación a las cuales alude en la demanda <<y que establecen que la totalidad de los criterios de planeación que nutren la necesidad de adelantar estudios previos, en relación con la contratación estatal, estaban suficientemente acreditados, la sentencia hubiese sido proferida en sentido diametralmente distinto, siendo de carácter absolutorio y no condenatorio, como en efecto lo fue>>.

El siguiente párrafo condensa el pensamiento del censor, en el cual anotó

que <<ciertamente la omisión en la valoración de esos dichos medios de prueba, según lo expresado en detalle en el desarrollo del cargo respectivo, acreditaban la totalidad de los aspectos que finalísticamente el legislador entendió, hacían parte de la legalidad contractual previamente el adelantamiento del proceso de contratación de que se trate, en atención a las diversas modalidades establecidas en la ley para ese propósito, destacando que para establecer ese contenido material de los denominados estudios previos, como elemento configurador del principio de planeación, resulta imprescindible tomar en consideración las especificidades del objeto por contratar, pues resulta absurdo asumir que los estudios previos, respecto de todos los procesos contractuales, de todos los objetos por contratar, son unos mismos, o que tienen la misma repercusión en relación con los fines para los cuales están establecidos>>.

2.- La Corte abordará la respuesta conjunta a los reparos formulados a la sentencia, toda vez que no solamente han sido postulados al amparo de un mismo motivo de casación, sino que respecto de ellos se postula un único cargo que, de prosperar, conduciría a una sola solución en el fallo de fondo cuyo proferimiento se demanda.

A fin de establecer si le asiste o no razón al demandante, plausible se ofrece recordar en concreto los fundamentos fácticos y probatorios del fallo de primera instancia, que para efectos de la casación se integran al de segunda en aquellos aspectos que no fueron motivo de modificación con ocasión de la alzada interpuesta.

2.1.- El sentenciador de primer grado, basó su declaración de condena fundamentalmente en las previsiones normativas para la celebración de los contratos de adquisición de predios por enajenación voluntaria y su cotejo con aquello que la actuación evidencia, en los siguientes términos:

“En este caso específico, consideró la Fiscalía que el delito se cometió en las

modalidades de tramitación y celebración ya expuestas por cuanto, a su parecer, se vulneraron algunas normas que establecían compromisos a cumplir en la etapa previa a la celebración del contrato y otras en la etapa concomitante. En efecto, para el ente acusador el ex alcalde omitió el cumplimiento de los requisitos legales que para la compra de predios lo obligaban a contar previamente con estudios de conveniencia y factibilidad, autorización expresa del Concejo Municipal, estudio de sanidad de títulos, plan de manejo ambiental, términos de referencia, solicitud de avalúo a IGAC, invitaciones para acompañamiento de control fiscal y contrato de compraventa. Así las cosas, lo que corresponde ahora es verificar si para la época de la celebración de los contratos de compraventa se encontraban vigentes los documentos y requisitos que la Fiscalía extraña en estos procesos, lo que de suyo implicaría que la conducta existió, para luego revisar lo que atañe a la responsabilidad exigible del sindicado.

(...)

Luego de revisada la normatividad aplicable para casos como el que aquí se analiza (adquisición de predios por enajenación voluntaria) encuentra el Despacho que le asiste razón a la Fiscalía cuando solicita la emisión de sentencia con carácter condenatorio en contra del ex alcalde sindicado. Ello por cuanto las pruebas legalmente allegadas al expediente permiten decir con certeza que el sindicado NELSON CASTELLANOS VARGAS, actuando como Alcalde Municipal de Pesca para el período constitucional 2004-2007, suscribió escrituras de compraventa sobre predios denominados “Vijagual” o “San Luis de Vijagual” y “Ojo de Agua”, desconociendo la normatividad vigente sobre la materia. En esa dirección, el Despacho acoge, con los argumentos expuestos en esta decisión, la solicitud del Ministerio Público y desestima los del estrato defensivo.

Específicamente, encuentra el Juzgado que el sindicado se abstuvo de dar aplicación al principio de economía de la contratación pública (art. 25 Ley 80/93), que lo obligaba a

realizar estudios previos a la contratación con el fin de establecer la conveniencia del negocio a celebrar. La obligación incumplida no sólo está incluida en la norma mencionada, el artículo 60 de la Ley 388 de 1997 establece también el deber de verificar la conveniencia de la adquisición de predios, contrastándola con los planes de ordenamiento territorial y de desarrollo del municipio, labor ésta que en el caso bajo análisis no se cumplió.

Se incumplió también el procedimiento que en singular sentido estableció el Decreto 2170 del año 2002 y que imponía la elaboración de estudios de conveniencia previos a la suscripción del contrato, los cuales tienen como propósito establecer los riesgos de la contratación y minimizarlos. Sobre este aspecto específico aprovecha el Despacho para resaltar la importancia que tiene para la administración pública el adecuado manejo de la etapa precontractual en casos como el que aquí se revisa. Y es que si el ex alcalde encartado hubiese cumplido su deber de analizar previamente la conveniencia de la contratación, estableciendo los riesgos inherentes a ella, seguramente habría detectado tempranamente que en el presente caso se encontraba ante un predio con problemas en su titulación, con falsa tradición, inconveniente desde ese punto de vista pues implicaba para el municipio el emprendimiento de la labor adicional de sanear una propiedad adquirida y pagada de contado.

Pero eso no fue todo. El sindicato también vulneró las normas de contratación cuando determinó adquirir los predios sin atender adecuadamente el proceso propio de la compra por enajenación voluntaria que fue reglado por las leyes 9 de 1989 y 388 de 1997. Específicamente se reprocha la conducta por la cual NELSON CASTELLANOS VARGAS se abstuvo, sin justificación, de i) declarar los predios como de utilidad pública o interés social, artículo 58 de la Ley 388 de 1997; ii) producir el acto administrativo de oferta que consagra el artículo 13 de la Ley 9 de 1989; iii) inscribir el mismo oficio ante la oficina de registro de instrumentos públicos y; iii) (sic) suscribir contrato de promesa de compraventa o de compraventa (se resalta).

Además de lo anterior, en este punto se considera prudente destacar un aspecto importante: que el avalúo comercial no fue elaborado por persona autorizada para el efecto. Según la norma vigente con la lonja de propiedad raíz, por intermedio de uno de sus evaluadores, o el IGAC las personas y entidades autorizadas legalmente para emitir el avalúo válido en este tipo de negociaciones. El avalúo utilizado en este asunto para justificar el precio pagado por los predios adquiridos fue elaborado por persona independiente, no autorizada o delegada por la lonja o por el IGAC. En últimas, y como se señaló previamente, se ordenó el pago de un precio con base en un avalúo obtenido de manera irregular y contrariando las normas vigentes lo que implicaba que el mismo no tenía la fuerza jurídica suficiente para producir efectos jurídicos y ser oponible.

Para el Despacho esta situación, que no puede ser vista como una simple desatención, se constituye en la más clara muestra de la intención que tenía el sindicato de evadir todo el procedimiento legal que lo obligaba a procurar para la administración pública una conducción transparente y acertada. Con ella ofendió ostensiblemente el bien jurídico tutelado por el delito, pues atentó contra la administración pública en varias de sus concepciones: como marco de los procesos administrativos y como defensa del patrimonio público. El sindicato deliberadamente olvidó que el proceso de contratación administrativa está atado al principio de legalidad, lo que implica que el servidor público está obligado a hacer lo que en ese respecto le ordenan las normas, y que no puede, so pena de incurrir en un hecho punible, omitir tales deberes ni inventarse procesos de contratación al acomodo de sus particulares necesidades.

(...)

Las precedentes consideraciones llevan al Despacho a concluir que se encuentran acreditadas suficientemente, en grado de certeza, tanto la materialidad de la conducta por la que fue convocado a juicio NELSON CASTELLANOS VARGAS, como su responsabilidad

en calidad de autor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo, lo cual impone proferir en su contra sentencia condenatoria¹⁶:

3.2- El Tribunal, por su parte, al pronunciarse en segunda instancia con ocasión de la apelación interpuesta por la defensa, indicó lo siguiente¹⁷:

En lo que atañe a los hechos objeto del presente proceso, no se debate que su trámite se debió efectuar a través de la contratación directa, en razón a que el objeto contractual consistía en la compra o adquisición de bienes inmuebles, por consiguiente, esta Sala procede a determinar si se cumplieron los lineamientos para esta clase de contratación analizando los puntos que fueron referidos ab initio, con tal objeto, téngase en cuenta que se cuestiona el papel del ex alcalde de Pesca por la manera como adquirió los siguientes bienes:

A. “Ojo de Agua, Páramo o La Laguna” ubicado entre las veredas Hato y Carbonera en el Municipio de Pesca, adquirido el día 30 de diciembre de 2004, por vía de compra de derechos y acciones mediante escritura No. 232, a favor del Municipio de Pesca, para destinarlo al manejo ambiental para la conservación y reparación de recursos hídricos. El valor del predio ascendió a \$47.400.000.00.

B. “San Luis Vijagual” ubicado en la Vereda Carbonera del Municipio de Pesca, adquirido el 29 de diciembre de 2005, por vía de compra, elevada a escritura pública No. 237. El valor de la venta fue de \$40.000.000.00.

1.- Estudios previos y responsabilidad del servidor público de conservar la carpeta contentiva de los documentos de los contratos públicos.

Es de resaltar que el hecho de tramitarse la compra de bienes inmuebles por vía de contratación directa, no quiere significar que tal contratación adquiera una connotación de

arbitrariedad o subjetividad, toda vez que todas las gestiones realizadas por la administración, deben estar envueltos (sic) en los principios de transparencia, economía y selección objetiva, de esta manera lo preceptúa el Decreto 855 de 1994 que reglamentó en su momento esta modalidad en los siguientes términos:

(...)

En el sub lite, no se registra en el infolio la existencia de los estudios previos de conveniencia, prefactibilidad y factibilidad; y al respecto refiere el apelante que los mismos fueron realizados por el ingeniero agrónomo FAUSTINO CABREJO PARRA, como lo señaló el procesado en la diligencia de indagatoria, cuando dijo que “además el concepto del ingeniero agrónomo y especialista en reservas naturales de nombre FAUSTINO CABREJO, nos aconsejó de forma escrita que era muy importante adquirir este predio por la reserva natural que representa y por la arteria importante que enriquece al río Pesca de nuestro municipio”, aduciendo además que ni el Fiscal ni el Juez realizaron la práctica del testimonio del mencionado, por lo que debería decretarse la nulidad de la actuación.

Pues bien, sobre la existencia cierta del referido documento, se observa en las pesquisas realizadas por la Fiscalía, que en diferentes oportunidades se dirigieron a la Alcaldía con la intención de realizar la respectiva diligencia de inspección a la carpeta de los contratos que llevaron a la compra de los predios, sin embargo la misma no fue posible, por lo que finalmente fueron remitidas las copias de los documentos del trámite de la contratación por parte de la Secretaría de Hacienda para hacer parte de las diligencias penales, sin que en los mismos, obre el concepto del ingeniero FAUSTINO CABREJO PARRA, mencionado por el encartado, por lo que no hace parte y no registra en el decurso de la etapa precontractual de los contratos de adquisición. Aunado a ello, el procesado nunca se ocupó de allegar el referido concepto, limitándose a asegurar su existencia, pero sin allegar prueba alguna al respecto.

En este punto huelga afirmar que en la administración pública se debe registrar copia de todas las actuaciones realizadas para que formen parte integral del archivo como lo dispone la Ley 594 de 2000 buscando precisamente la transparencia, en consecuencia, si el documento no se encontraba incorporado en el respectivo expediente, no se puede presumir que con posterioridad sea allegado por intermedio de la persona que presuntamente lo elaboró, y menos aún en segunda instancia cuando ya no es factible practicar pruebas. En consecuencia, si se omite llevar un archivo adecuado a almacenar todos los documentos pertinentes, no puede ser justificación de ausencia de responsabilidades (...).

Por contera, no pueden pretender el procesado y su defensor que en esta etapa procesal, se valore un documento que no obra en el archivo de la alcaldía, máxime cuando frente a la negativa por parte de la Juez de conocimiento de practicar el testimonio de FAUSTINO CABREJO en la audiencia pública, por la insistencia del mismo, la Defensa no presentó oposición alguna, mostrando por el contrario su aquiescencia y consentimiento de no llevarse a cabo dicha deponencia, esto pese haberse solicitado y haber sido decretado en la Audiencia preparatoria.

(...)

Nótase con lo expuesto, que no le asiste razón al procesado, en aducir que sí efectuó estudios previos, toda vez que se trata de una circunstancia que no fue demostrada en el curso del proceso y por lo tanto no existe registro de los mismos, con base en los cuales se pueda evidenciar su realización, por consiguiente se otea la omisión por parte de NELSON CASTELLANOS VARGAS, de verificar la conveniencia de realizar la adquisición de los bienes, quebrantando con ello no sólo el principio de economía sino también el de planeación.

2.- Avalúo de los predios debatidos por intermedio del Instituto Geográfico Agustín

Codazzi o a través de un evaluador autorizado por Lonja de Propiedad Raíz.

Se debate adicionalmente por parte de la Fiscalía que el Alcalde omitió su deber de realizar el avalúo de los predios por intermedio del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, conclusión a la que de igual manera arriba esta Sala sin necesidad de efectuar mayor análisis de fondo, porque de esta manera lo preceptúa el artículo 15 de la Ley 855 de 1994, norma que tan sólo autoriza la intervención de una persona natural o jurídica, cuando transcurridos 15 días a partir de efectuada la correspondiente solicitud de avalúo en la entidad señalada, ésta no se pronuncia o manifiesta su imposibilidad de hacerlo. Ahora bien, esta norma fue modificada por el Decreto nacional 2150 de 1995 que dio la posibilidad de realizar el avalúo, bien por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado, que se encuentre registrada y autorizada por la Lonja de Propiedad Raíz, aspecto que se presenta en el sumario como quiera que se allegaron los avalúos que fueron presentados por LUIS ANTONIO CAMARGO PÉREZ, con registro nacional de evaluadores No. 1029, afiliado a FEDELONJAS y R.N.A. S.I.C. No.01052714, entendiéndose con ello, cumplido el requisito referido.

3.- Finalmente, dejando claro el cumplimiento de los requisitos legales por parte del acusado, sólo resta precisar las siguientes situaciones:

* La existencia de autorización por parte del Concejo Municipal, sea general o específica, en nada resta la obligación del Alcalde Municipal de ceñirse a los lineamientos de la contratación para realizar cualquier clase de contrato.

* El hecho de que sea el contratista el Notario del Municipio, no es garantía de legalidad, porque el principio de transparencia no se refleja por las partes que participan en el contrato, sino por la sujeción de los requisitos preestablecidos por el legislador.

- * El tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se estructura por la celebración de contratos públicos sin atender a los parámetros previstos por el Legislador, independientemente a que se presente detrimento patrimonial, porque para punir esta eventualidad existen desemejantes delitos, que no son objeto de la presente actuación.
- * El principio de confianza alegado por parte del defensor del procesado, ha de indicarse que la responsabilidad es personal, máxime cuando el ejecutor del gasto es directamente el alcalde municipal, quien efectúa directamente los trámites de la contratación.
- * Por tratarse de una contratación directa, se deben acatar cada uno de los lineamientos, independientemente a que la misma se busque la compra de bienes que garanticen los humedales del Municipio de Pesca, en los términos establecidos en el art. 11 de la ley 99 de 1993, que fija la adquisición de áreas de interés para acueductos municipales.

Colofón, como se avizora del análisis realizado, el ex alcalde NELSON CASTELLANOS VARGAS, omitió el cumplimiento de los requisitos exigidos por el legislador en la etapa precontractual, consistente en los estudios previos de conveniencia, adquiriendo por tanto, bienes inmuebles sin el seguimiento y acatamiento de las normas y el procedimiento para la contratación, lo que lo llevó a comprar predios con falsa tradición, sin que haya precisión adicional al respecto a lo largo del proceso, en consecuencia deviene obligatorio confirmar la sentencia recurrida, pero por las razones expuestas en esta decisión, pues es claro que la intención del procesado en todo momento lo fue adquirir unos inmuebles sin dar el trámite adecuado.

4. Esta extensa, pero necesaria reseña a los fallos de primera y segunda instancia, así como al concepto del Ministerio Público, atendiendo la naturaleza, alcance y forma de demostración de los reparos formulados por el demandante a la apreciación probatoria, la realizó la Sala con el sólo propósito de denotar la carencia de fundamento y razón, cuando no de trascendencia, en los errores noticiados, no sin antes reiterar, tal cual ha sido dicho repetidamente por la Corte¹⁸, que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2, 123 -inciso 2º- y 209 de la Carta Política, los servidores públicos no sólo están al servicio del Estado y la comunidad, sino que deberán ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la ley, de manera que su actividad ha de orientarse a promover la prosperidad general, asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el Estatuto Superior, y el cumplimiento de los deberes sociales que al Estado corresponden.

De esta suerte, los contratos administrativos, como manifestación del ejercicio de la función pública, han de orientarse a salvaguardar los intereses generales, y por ende tramitarse, aprobarse, celebrarse o liquidarse siguiendo estrictamente los principios de interés general, legalidad, transparencia, objetividad, igualdad, moralidad, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad, responsabilidad y publicidad (Art. 23 de la Ley 80 de 1993), que como principios se contraponen a la arbitrariedad, el subjetivismo, la improvisación y los sobre costos que pueden llegar a afectar negativamente el bien jurídico institucional de la administración pública.

Corresponde entonces la contratación estatal a una actividad pública estrictamente reglada a partir de los principios y valores constitucionales que cobijan todas las etapas del proceso contractual, cuya transgresión no solamente compromete la existencia o validez de los actos contractuales, sino que puede dar lugar a configurar responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal por parte de los servidores públicos y los particulares que en ella intervienen (Arts. 50 y ss. de la Ley 80 de 1993).

Por esto, es de concluir que el principio de estricta legalidad que viene de destacarse, obliga necesariamente al interviniente en la contratación estatal a cumplir la totalidad de las exigencias normativamente previstas de manera general para cualquier tipo de contratos en la constitución, la ley o el reglamento.

Así ha sido declarado por la Sala al señalar que la contratación estatal demanda del servidor público, del ordenador del gasto y del representante legal del ente oficial, un control estricto en todas las fases de la contratación (tramitación, celebración y liquidación), lo que implica el deber de verificar el cumplimiento de las exigencias legales esenciales en cada una de esas etapas, siendo esta la razón por la cual a través del tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se tutela el principio de legalidad estricta de la contratación administrativa (CSJ SP. 10 ago. 2005, Rad. 21546).

5.- En el contexto de la normativa vigente, los principios de interés general, transparencia, economía, planeación y conmutatividad que rigen la contratación estatal, imponen que en el trámite, celebración o liquidación de los contratos estatales la administración no sólo perciba los bienes o servicios requeridos para su correcto funcionamiento, sino que en guarda del patrimonio estatal, el objeto contractual sea real, determinado, lícito, cierto y ajustado a los precios del mercado, sin que resulten admisibles elementos dolosos de distorsión que puedan redundar en beneficio ilícito para el funcionario, el contratista o un tercero y en detrimento del patrimonio estatal, u otro tipo de comportamientos que afecten negativamente el erario.

6.- En el presente caso es claro que los juzgadores no desconocieron las explicaciones que el procesado adujo en la diligencia de indagatoria, tales como haber tomado en consideración el plan de desarrollo municipal, el plan de ordenamiento territorial o la certificación sobre el uso del suelo expedida por la Secretaría de Planeación y Obras Públicas del Municipio de Pesca. Tampoco, el hecho cierto de haber contado con avalúo de los terrenos, realizado por un perito adscrito a la Lonja de Propiedad Raíz.

Acorde con lo indicado en los fallos de instancia, lo verdaderamente determinante para la declaración de condena del procesado NELSON CASTELLANOS VARGAS, fue el haber decidido llevar adelante la contratación sin contar con estudios previos que establecieran la concreta necesidad para el Municipio de adquirir los terrenos que posteriormente fueron materia de negociación, el carecer de autorización específica del Concejo Municipal para dar inicio al proceso de adquisición de los inmuebles bajo la forma de enajenación voluntaria directa, y el no haber dado cumplimiento a las previsiones sobre el particular, establecidas en el artículo 13 de ley 9 de 1989, en relación con la obligación para el representante legal de la entidad adquirente, “previas las autorizaciones estatutarias o legales respectivas”, de “expedir el oficio por medio del cual se disponga la adquisición de un bien mediante enajenación voluntaria directa”, y el haberse decidido adquirir unos bienes sobre los cuales se puso de presente la existencia de inocultables problemas de titulación, precisamente por razón de la falta de apego a la reglamentación vigente, entre otras consideraciones de las cuales se da cuenta in extenso en los fallos de instancia.

Nada de lo anterior logra ser demeritado con las consideraciones probatorias que el demandante realiza, relacionadas con los documentos que informan sobre los avalúos realizados a los predios por el señor Luis Antonio Camargo Pérez, o la existencia de los rubros respectivos en el presupuesto de ingresos y gastos del municipio de Pesca, o la inclusión del tema de protección de las cuencas hidrográficas en el plan de ordenamiento territorial y en el plan de desarrollo del municipio de Pesca, pues en ninguno de dichos instrumentos se alude al otorgamiento de autorización alguna al alcalde municipal de Pesca, para iniciar el proceso contractual en orden a la adquisición de los terrenos denominados Ojo de Agua y San Luis Vijagual, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 9 de 1989.

Es por esto, que en la actuación adelantada por el entonces Alcalde Municipal de Pesca, los principios de economía, conveniencia y planeación que rigen la contratación estatal,

no fueron en manera alguna el parámetro que rigió la actuación del burgomaestre hoy procesado, toda vez que no solamente omitió adelantar los estudios requeridos a fin de establecer la conveniencia de los negocios a celebrar, lo cual no se suple con el avalúo contratado con el perito Luis Antonio Camargo Pérez, sino que tampoco expidió acto administrativo alguno en que se hubiese declarado la necesidad de adquirir los referidos inmuebles por enajenación voluntaria por motivos de utilidad pública, y menos dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 9 de 1989 que ordena expedir oficio por medio del cual se disponga la adquisición de los bienes en el que se incluya la oferta de compra, la transcripción de las normas que reglamentan la enajenación voluntaria, la identificación precisa de los inmuebles, el precio base de la negociación y la certificación sobre el destino y uso que habría de dársele a los mismos, con su correspondiente inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria, conforme lo dispone el artículo 60 de la Ley 388 de 1997.

Resulta tan desenfocado el planteamiento del libelista, que la declaración de condena no obedece a la sola ausencia de un documento que indicara la realización de “estudios previos a la contratación”, como inopinadamente lo sugiere, sino al manifiesto desapego en la conducta del acusado, a los criterios de planeación, conveniencia y economía que rigen la contratación estatal, pues no de otra manera puede entenderse que no hubiere adquirido la titularidad del derecho de dominio del terreno Ojo de Agua, Páramo o La Laguna, sino tan solo los derechos y acciones que sobre el mismo pudieren ostentar los eventuales herederos de los bienes de José Darío Vargas Herrera; que en ambos negocios hubiere intervenido el señor Luis Alfonso Vargas Cardozo como vendedor, y que ninguno de dichos predios hubiese sido clara y precisamente delimitado como cuerpo cierto.

Pero aún si de considerar lo expuesto por la jurisprudencia en relación con el cumplimiento

del principio de planeación en la contratación estatal, la cita que trae a colación el demandante (Cfr. CE 29 ago. 2007, Rad. 25000-23-23-000-1994-09845-01 (14854)) tampoco le resulta afortunada a los propósitos que persigue, si se toma en consideración que el Consejo de Estado lo que hace es poner de presente la juridicidad de las decisiones adoptadas por los juzgadores en este caso, al señalar que en materia contractual las entidades oficiales están obligadas a respetar y cumplir el principio de planeación, en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; las distintas opciones para satisfacer esa necesidad; las calidades, cantidades y características de los bienes por adquirir; los costos, valores y precios de mercado; la disponibilidad de recursos; y finalmente, los procedimientos, trámites y requisitos que deban cumplirse para dicho efecto; entre otros aspectos, nada de lo cual se llevó a cabo en el presente caso.

Entonces, ante la falta de fundamento y de razón en la postulación del ataque, en total coincidencia con el concepto de la Procuradora Delegada que la Sala comparte, no cabe más alternativa que declarar la improsperidad de la censura.

Resta advertir, por último, que esta providencia causa ejecutoria con su suscripción y contra ella no procede recurso alguno, toda vez que no sustituye ni reemplaza el fallo de segunda instancia, en cuanto que la decisión de condena se mantiene, conforme a la literalidad del artículo 187, inciso 2º de la Ley 600 de 2000, pese a que los efectos jurídicos se surtan a partir de su comunicación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, oído el concepto de la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fl. 34 cno. 1

2 Fls. 54 y ss. cno. 1

3 Fls. 215 y ss. cno. 1

4 Fl. 229 cno. 1

5 Fls. 247 y ss. cno. 1

6 Fls. 264 cno. 1

7 Fls. 267 cno. 1.

8 Fls. 559 y ss. cno. 2

9 Fls. 566 y ss. cno. 2

10 Fls. 592 y ss. cno. 2

11 Fls. 8 y ss. cno. Trib.

12 Fls. 35 cno. Trib.

13 Fls. 39 y ss. cno. Trib.

14 Fls. 5 cno. Corte.

15 Fls. 7 y ss. cno. Corte.

16 Fls. 566 y ss. cno. 2

17 Fl. 8 y ss. cno. Tribunal.

18 Cfr. Auto de única instancia. Septiembre 22 de 2005. Rad. 18029. Sentencia de Casación. Septiembre 4 de 2012. Rad. 38126.