

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP4903-2018

Radicación 47385

Aprobado Acta No. 382

Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA, AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO y ÉDGAR DE JESÚS MATEUS HERNÁNDEZ.

HECHOS:

En el año 2004, el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital (Corvivienda) representado legalmente por AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO, suscribió con la Universidad de Cartagena, institución del orden departamental de la cual era rector SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA, el contrato interadministrativo número 002-2004 por un valor inicial de \$1.221.213.420, y una adición de \$1.000.000.000, para la construcción de 84 viviendas a fin de reubicar familias afectadas de la tercera etapa de la Urbanización Nueva Granada.

En el mismo año, el Establecimiento Público Ambiental (EPA) del orden municipal, dirigido

por ÉDGAR MATEUS HERNÁNDEZ, suscribió con la misma universidad, representada por el doctor HERNÁNDEZ GAMARRA los contratos interadministrativos 08-2004, 09-2004 y 010-2004 para: (i) La revegetación del Cerro de La Popa por \$200.000.000, (ii) La mitigación ambiental del proceso de clausura y post clausura del relleno ambiental Henequén por \$500.000.000 y (iii) La ejecución de obras civiles de drenajes pluviales de los callejones pocitos – sapitos del Barrio La Popa, por \$500.000.

Tales acuerdos fueron cancelados el 29 y 30 de diciembre de 2004 y 4 de enero de 2005.

Los referidos contratos podrían quebrantar las reglas de contratación establecidas en la Ley 80 de 1993 (artículo 24), en cuanto no hacían parte del objeto misional del referido ente de educación superior (Ley 30 de 1992).

ANTECEDENTES PROCESALES:

Abierta la instrucción el 12 de febrero de 2007, la Fiscalía vinculó mediante diligencia de indagatoria a SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA, AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO y ÉDGAR MATEUS HERNÁNDEZ.

Clausurada la investigación, el sumario fue calificado el 2 de diciembre de 2009 con resolución de acusación en contra de los procesados, como probables autores del concurso homogéneo sucesivo de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos.

Impugnada la calificación por los defensores, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá la confirmó mediante proveído del 13 de julio de 2011.

El juicio lo adelantó el Juzgado 3 Penal del Circuito de Cartagena, despacho que una vez surtida la fase del juicio, el 23 de abril de 2014 profirió fallo condenando a HERNÁNDEZ GAMARRA, ÁLVAREZ DE FRANCO y MATEUS HERNÁNDEZ a las penas de 5 años de prisión, multa por 64 salarios mínimos legales mensuales y 70 meses de inhabilitación de derechos

y funciones públicas como autores de los delitos objeto de acusación.

Les fue concedida la prisión domiciliaria.

La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Cartagena, a través de la sentencia recurrida en casación, dictada el 3 de junio de 2015, lo confirmó.

Admitidas las demandas y surtido el respectivo traslado al Ministerio Público, la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal rindió su concepto.

LAS DEMANDAS:

1.- Demanda presentada en nombre de SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA.

Consta de dos cargos:

Primero. Violación directa por indebida aplicación del artículo 410 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 57 y 93 de la Ley 30 de 1992.

El defensor planteó que las universidades, al celebrar contratos interadministrativos, no se rigen por las reglas de la contratación pública (Ley 80 de 1993), sino por las normas del derecho privado.

Aduce que los falladores consideraron que el régimen especial de contratación se aplica a las universidades cuando son contratantes y su objeto tiene relación con su misión o en áreas del conocimiento, cuando en su criterio, dicho régimen no establece excepciones y por tanto es aplicable cuando las universidades actúen como contratantes o contratistas.

A partir de esa comprensión, en el fallo censurado no se aplicó el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 y se tuvo en cuenta indebidamente la Ley 80 de 1993. Tal yerro condujo a que se exigiera el cumplimiento del requisito de selección objetiva del contratista, el cual es ajeno

al derecho privado.

Los contratos interadministrativos sí se relacionan con el objeto misional de la universidad, en cuanto son parte de la expansión de sus servicios a la comunidad, cuya venta no es solo un derecho sino un deber, como fue reconocido por la Corte Constitucional en sentencia C-547 de 1994 al examinar el artículo 6 literal g) de la Ley 30 de 1992 al señalar que la educación superior y sus instituciones tienen como objetivo la promoción de la unidad nacional, la descentralización, la integración regional, la cooperación institucional con miras a que las diversas zonas del país dispongan de los recursos humanos y tecnologías apropiadas para atender sus necesidades, de modo que su actividad no está circunscrita únicamente a la formación de conocimiento y la investigación.

Los contratos de construcción de viviendas, revegetación del Cerro La Popa, mitigación ambiental, clausura del relleno sanitario Henequen y las obras pluviales de los callejones los pocitos – sapitos en el Barrio La Popa, tenían interés comunitario en los que se aporta experiencia y se enmarcaron dentro de la misión de la Universidad de Cartagena, motivo por el cual no se regían por la Ley 80 de 1993, sino por el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 y en razón de ello, fue aplicado indebidamente el artículo 410 del Código Penal, es decir, la conducta investigada es atípica y, entonces, se impone casar el fallo de condena para, en su lugar, absolver a SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA.

Segundo. Violación directa por indebida aplicación del artículo 410 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Adujo el censor que si en el fallo atacado se dijo que los contratos interadministrativos celebrados por la Universidad de Cartagena se rigen por el derecho privado, ha debido concluir que no es aplicable la Ley 80 de 1993, y por tal razón, para cuando se suscribieron los acuerdos motivo de esta investigación, no era necesario cumplir el requisito de la selección objetiva.

Con todo, se cumplieron las exigencias de la Ley 80 de 1993, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 24 literal c) que señala que los contratistas deben ser escogidos a través de licitación o concurso de méritos, salvo si se trata de contratos interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

Esta norma que refirmaba la posibilidad de suscribir sin mayores solemnidades contratos interadministrativos, que fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, estaba vigente para cuando fueron suscritos los contratos que dieron lugar a este proceso. En esa línea, el Consejo de Estado, en providencia del 17 de octubre de 1995, señaló que salvo los de empréstito, los contratos entre autoridades públicas, se sujetan a los requisitos y formalidades dispuestas para la contratación entre particulares.

Conforme a lo anterior, el demandante consideró que los falladores aplicaron de manera indebida el artículo 410 del Código Penal, al no tener en cuenta la excepción que para la contratación estatal rige respecto de los contratos de las universidades, de manera que es necesario casar el fallo de condena y, en su lugar, proferir sentencia absolutoria en favor de su asistido.

2.- Demanda presentada en nombre de AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO.

Consta de dos reproches.

Primer cargo. Violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia por omisión de pruebas.

Sostiene que en el fallo impugnado no fueron apreciados varios medios de convicción de descargo, tales como la decisión por medio de la cual la Procuraduría archivó la investigación disciplinaria por los mismos hechos, tampoco el acta del Consejo Directivo No. 004-2004, la declaración del abogado Mariano Garrido García de la Universidad de Cartagena, el análisis de conveniencia y oportunidad para la reubicación de las familias de

la urbanización Nueva Granada, la declaración del ingeniero Gustavo González, coordinador del convenio interadministrativo, la declaración de Ángela Quintana Saavedra y el informe del CTI No. 388962 del 11 de marzo de 2008.

Luego de analizar las pruebas que echa de menos, plantea que al omitir su ponderación, los falladores dieron por acreditado el proceder doloso de su representada, sin tener en cuenta que se trata de medios probatorios orientados a brindar exculpaciones en favor de AMPARO ÁLVAREZ, razón por la cual es necesario casar el fallo de condena para, en su lugar, absolverla.

Segundo. Violación indirecta de la ley por falso raciocinio.

Señala que los falladores erraron al apreciar la indagatoria de AMPARO ÁLVAREZ, la declaración de Gloria Malo Fernández y el contenido del portafolio de servicios de la facultad de ingeniería de la Universidad de Cartagena, pruebas que dan cuenta de la promoción de obras de infraestructura vial, vivienda, hospitalaria, eléctrica, ambiental y tecnológica en todo el país por parte de dicho centro educativo.

Después de ponderar tales medios de convicción, consideró que su representada actuó convencida de que su comportamiento se encontraba ajustado a derecho, en cuanto se trató de una negociación pública bajo la asesoría de Gloria Malo Fernández, abogada con mucho conocimiento de la materia, quien le aseguró que se trataba de una contratación válida conforme a las leyes de la época y el portafolio de servicios distribuido por la Universidad de Cartagena, que daba cuenta de contratos similares con otros entes municipales y departamentales.

Con base en lo anterior, planteó que AMPARO ÁLVAREZ no actuó con dolo al suscribir el contrato interadministrativo con la Universidad de Cartagena, razón por la cual es procedente la casación del fallo de condena para, en su lugar, dictar sentencia de absolución.

3.- Demanda presentada en nombre de ÉDGAR DE JESÚS MATEUS HERNÁNDEZ.

Contiene tres censuras.

Primer cargo. Nulidad por motivación incompleta e indebida respuesta a alegatos de defensa.

Inicialmente el recurrente señaló que de conformidad con los artículos 13 de la Ley 600 de 2000 y 29 de la Constitución Política, las decisiones judiciales deben contar con adecuada motivación, de la cual carecen las providencias adoptadas en este trámite, comenzando por la resolución de acusación.

Si bien la Fiscalía consideró ilegal la contratación, la defensa asumió que MATEUS HERNÁNDEZ actuó de buena fe, pues nunca autorizó a la Universidad de Cartagena para subcontratar y si a ello procedió, eso sucedió cuando ya se había desvinculado.

La Fiscalía no consiguió a través de las pruebas recaudadas arribar a la certeza acerca de que su representado tuviera conocimiento de la ilegalidad de los contratos al momento de suscribirlos, es decir, no se demostró su intención dolosa y tanto menos su culpabilidad, situación por la cual la defensa orientó su labor a demostrar la buena fe del acusado, en orden a acreditar un error de tipo que ya sea invencible o vencible, conllevaba su absolución.

La asesora jurídica Gloria Malo Fernández era conocida como una persona transparente, a la cual la Universidad de Cartagena le ofrecía precios bajos, todo lo cual llevó a ÉDGAR MATEUS a no dudar de la legalidad de los referidos contratos. Con relación a la subcontratación que adelantó la Universidad de Cartagena, el acusado no conocía de tales contratos pues ya no dirigía el Establecimiento Público Ambiental (EPA), entendiendo que dicha institución de educación superior no podía subcontratar.

Si MATEUS HERNÁNDEZ no acudió a la licitación pública fue porque SERGIO HERNÁNDEZ GAMARRA, así como la oficina jurídica de la Universidad de Cartagena le informaron que se podían suscribir tales contratos interadministrativos por encontrarse dentro del portafolio de servicios, caso en el cual debió la Fiscalía demostrar que actuó dolosamente, es decir, que sabía de la ilegalidad de sus conductas.

Con la declaración de la asesora Gloria Malo Fernández la defensa acreditó que la Universidad de Cartagena estaba en capacidad de cumplir directamente con el objeto de los contratos.

De otra parte, el casacionista manifestó que la Fiscalía nunca respondió los planteamientos de la defensa, especialmente en cuanto se refiere a reconocer que ÉDGAR MATEUS actuó de buena fe amparado por un error de tipo. Por el contrario, siempre fue analizada la responsabilidad del rector de dicha universidad y partir de ello se hizo extensiva a los gerentes del EPA y CORVIVIENDA, sin una adecuada motivación en la cual se echan de menos los medios de prueba orientados a descartar la buena fe y el error del procesado. Además no se probó el dolo.

Las pruebas documentales y testimoniales no fueron analizadas por los juzgadores y tampoco se tuvo en cuenta que muchas entidades públicas habían contratado de la misma forma, es decir, tal proceder era legal, la universidad podía contratar proyectos de salubridad pública y para las subcontrataciones ulteriores ya ÉDGAR DE JESÚS MATEUS no regentaba el Establecimiento Público Ambiental (EPA).

También indicó que interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación contra la calificación, pero la Fiscalía no dio respuestas adecuadas. La Unidad Delegada ante el Tribunal no decretó la nulidad de la actuación y se limitó a confirmar la acusación diciendo que estaba demostrado que la conducta se adecuaba al artículo 410 del Código Penal, sin indicar el material probatorio que así lo probaba.

Igualmente, al solicitar la nulidad por indebida motivación ante los jueces de primera y segunda instancia no recibió adecuada respuesta, de manera que fue recortado el derecho a la segunda instancia, pues el Tribunal no estuvo en condiciones de analizar todos sus planteamientos encaminados a acreditar la inocencia de su asistido o la aplicación del principio in dubio pro reo.

No fueron aplicados los artículos 13 y 398-4 del Código de Procedimiento Penal al exigir que la acusación debe ser clara y completa para no afectar el debido proceso ni el derecho de defensa.

La motivación de los fallos de primera y segunda instancia, que conforman una unidad, es incompleta, pues si bien se ocuparon de lo objetivo o material, olvidaron acreditar el dolo y la culpabilidad, máxime si no se tuvieron en cuenta las pruebas que demostraban cómo ÉDGAR MATEUS actuó convencido de la legalidad de los contratos, así como de la capacidad de la Universidad de Cartagena para realizarlos.

A partir de lo anterior, el defensor solicitó a la Sala decretar la nulidad de lo actuado desde la resolución de acusación.

Segundo. Nulidad por violaciones al debido proceso y al derecho de contradicción.

En el juicio el procesado expuso su tesis defensiva, la cual no fue apreciada. No se tuvo en cuenta que para cuando se realizaron las subcontrataciones, su asistido ya no representaba el EPA, tampoco fue reconocido que actuó bajo error, no se atendió que la universidad realizó muchos contratos similares y no fue apreciada la declaración de la asesora jurídica Gloria Malo, con mayor razón si los objetos acordados se cumplieron.

Insistió en que en el fallo de primer grado no se dio respuesta a los planteamientos de la defensa y se condenó con apreciaciones genéricas y repetitivas que no permitieron reconocer que el acusado actuó bajo un error invencible, pues en su condición de biólogo

marino no estaba llamado a superar los conocimientos jurídicos de la asesora Gloria Malo, es decir, actuó de buena fe. En el fallo únicamente se hace referencia a ÉDGAR MATEUS en 4 oportunidades.

Además, el Tribunal reconoció circunstancias en favor del acusado, pero a su vez señaló que no son suficientes para exculparlo, en cuanto se especializó en administración de empresas, sin explicar por qué debía descartar el concepto jurídico de la asesora. Tampoco se dijo en el fallo por qué la Universidad de Cartagena no contaba con la infraestructura necesaria para ejecutar los contratos que suscribió.

En la sentencia de segundo grado se dio tratamiento unificado a los 3 procesados, sin ponderar que tienen diferente situación objetiva y subjetiva y que los alegatos incluidos en el memorial de defensa no fueron apreciados, por ejemplo, lo expuesto por la doctora Gloria Malo, Federico Ochoa, Javier Mouthon Bello, José Ángel García, Ignacio Covo y Luis Gómez.

Con base en lo anterior, el recurrente solicitó a la Sala casar el fallo para, en su lugar, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la calificación de primer grado, inclusive y se rehaga la actuación.

3.3. Tercer cargo. Violación indirecta de la ley por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio.

El defensor consideró vulnerada la presunción de inocencia de su representado, en cuanto no fueron aplicados los numerales 10 y 12 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, a partir de lo cual el Tribunal concluyó que para evadir las exigencias de la Ley 80 de 1993 se aplicó la Ley 30 de 1992 y entendió que la Universidad de Cartagena no podía contratar obras de ingeniería civil por ser ajenas a su labor misional educativa, motivo por el cual debió subcontratar la ejecución de las obras con varias empresas de ingenieros.

La autorización para realizar los contratos fue recibida por ÉDGAR MATEUS –quien no era

abogado— de la junta directiva, conformada por el alcalde que era abogado y el gobernador que también tenía tal profesión, además contó con el concepto jurídico de la asesora de la entidad Gloria Malo Fernández, de manera que no puede tenerse su proceder como doloso pues no debió conocer la ilegalidad de los contratos a partir de la ausencia de capacidad logística y de infraestructura de la Universidad de Cartagena. Los trabajos fueron realizados por terceros.

El panorama anterior permite advertir que se equivocaron los falladores al no reconocer que MATEUS HERNÁNDEZ actuó de buena fe, convencido de la legalidad de su comportamiento, máxime si así lo señalaba el concepto de su asesora, sin que importe para ello que se trate de un mal ejemplo para otros gerentes. Si el tema no es fácil para los abogados, generaba una mayor dificultad para su asistido, especialista en administración de empresas, máxime si el Tribunal en el fallo de condena debió consultar jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional acerca de que las universidades como contratantes pueden acogerse a la ley civil, no así cuando actúan como contratistas.

El tema de los contratos interadministrativos es muy complejo, así como el objeto misional de las universidades y las leyes que deben ser aplicadas a la subcontratación. Fue por ello que el juez de primer grado señaló que la incapacidad de la Universidad de Cartagena no era legal sino logística por la difícil situación económica por la que atravesaba, todo lo cual denota que eran temas desconocidos por un administrador de empresas.

No se le podía exigir a su asistido que al saber de la difícil situación económica de la Universidad de Cartagena, debía representarse lógicamente que las obras serían realizadas a través de subcontratación con terceros.

Los razonamientos de los falladores no se compadecen con las reglas de la sana crítica y debió aplicarse el principio in dubio pro reo, ya que no se acreditó una conducta dolosa o culposa de su representado.

No se tuvo en cuenta la indagatoria de ÉDGAR MATEUS, ni el portafolio de servicios de la Universidad de Cartagena, tampoco los testigos de defensa, así como los contratos y subcontratos que obran en el expediente. No fue ponderada la decisión de archivo que por estos mismos hechos profirió la Procuraduría General de la Nación en favor del acusado, medios de prueba con los cuales se demuestra que actuó con la convicción errada e invencible de que con su proceder no incurría en delito alguno.

Con base en lo anterior, el defensor solicitó a la Sala casar el fallo atacado para, en su lugar, absolver a ÉDGAR MATEUS HERNÁNDEZ.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Preliminarmente la Delegada señaló que como una de las mayores fuentes de corrupción en el funcionamiento del Estado está constituida por la actividad contractual, el legislador expidió la Ley 80 de 1993 para establecer las reglas y principios que rigen la contratación pública.

En el artículo 69 de la Constitución se garantizó la autonomía universitaria. En los artículos 57 y 93 de la Ley 30 de 1992 se incluyó un régimen especial para las universidades del Estado sobre su naturaleza jurídica y el régimen de contratación y control fiscal, siempre que se trate de cumplir las políticas y planeación del sector educativo o el cumplimiento de sus funciones misionales establecidas legal y constitucionalmente, entre otras normas, en el artículo 6 de la Ley 30 de 1992.

1. Respecto del primer cargo de la demanda presentada en nombre de SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA, que coincide con los planteamientos de la allegada por el defensor de ÉDGAR DE JESÚS MATEUS HERNÁNDEZ, la Procuradora Tercera Delegada señaló que con relación a la nulidad por falta de motivación del fallo atacado, no le asiste razón al demandante, pues desde la resolución de acusación del 2 de diciembre de 2009, la Fiscalía relacionó las pruebas aportadas con el informe 330451 del 22 de mayo de 2006,

rendido por la Asociación Colombiana de Ingenieros Capítulo Bolívar, en el cual se refieren las irregularidades en los contratos suscritos entre la Universidad de Cartagena, el Establecimiento Público Ambiental y CORVIVIENDA.

Allí aparecen los contratos con su valor inicial y adición, así como su cancelación a finales de 2004 y principio de 2005. También, los informes de interventoría y certificados de existencia y representación de las mencionadas empresas.

Igualmente figura el subcontrato de la Universidad de Cartagena con Construcciones y Distribuciones Global Ltda para la construcción de las 84 viviendas en orden a ubicar las familias afectadas de la tercera etapa de la Urbanización Nueva Granada de Cartagena. También el realizado por tal universidad con Barraza Ingeniería & Cía Ltda para acabados de las 84 casas.

Aparece el contrato de consultoría entre la Universidad de Cartagena y la Sociedad de Servicios de Ingeniería S.A. Y otros, entre dicho ente educativo superior y el contratista Marco Fidel Suárez Vega, así como con el contratista Wilder Enrique Quesada Turizo.

En la acusación se relacionó la declaración rendida por la Ingeniera al servicio de la Universidad de Cartagena Ángela Consuelo Quintana Saavedra y por el Ingeniero Felipe Incer Covo. También se encuentra documentación aportada por Luis René Real Hernández de la Sociedad de Servicios de Ingeniería S.A., un resumen de los alegatos de los defensores y el correspondiente análisis del caso.

Dicha decisión fue impugnada por el defensor de ÉDGAR MATEUS y el 13 de julio de 2011 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá la confirmó, pronunciándose sobre los motivos de disenso al encontrar demostrada la existencia del hecho, tanto en su aspecto fáctico como subjetivo y la responsabilidad de los acusados por celebrar contratos con violación de los requisitos legales, especialmente porque no se tuvo en cuenta el principio de selección objetiva al contratar con la Universidad de Cartagena sin tener en cuenta otras

entidades y permitir la subcontratación, además de que las obras acordadas no se encontraban dentro de sus funciones.

En la acusación de primer grado se dijo que SERGIO HÉRNANDEZ GAMARRA no podía excusarse aduciendo que existían otros contratos suscritos por el Establecimiento Público Ambiental con la Universidad de Cartagena o que el concepto de Gloria Malo era obligatorio, pues como rector tenía deberes in vigilando e in eligendo, máxime si la delegación no exime de responsabilidad al delegante, es decir, se trató de una ignorancia deliberada.

También en los fallos de primera y segunda instancia se advierte que el Tribunal en sentencia del 3 de junio de 2015 relacionó cada uno de los contratos celebrados, estableció el marco normativo que regula los procesos contractuales de las universidades públicas en la Ley 30 de 1993, se apoyó en jurisprudencia constitucional y analizó el alcance de los contratos interadministrativos tratándose de dichos establecimientos de educación superior, así como el error de tipo en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El Tribunal dio respuesta a los planteamientos del demandante y señaló por qué no se configuraba dicho error, dado el desprecio por las normas que se ocupan de la materia.

Ahora, la absolución proferida por la Procuraduría corresponde al ejercicio autónomo de su función disciplinaria, sin que tenga incidencia en la acción penal aquí ejercitada. Además de que si no fue mencionado un testigo o algún documento, ello no significa que los jueces no se hayan ocupado de los motivos de disenso planteados por la defensa.

Si los sentenciadores concluyeron que la Ley 30 de 1992 únicamente era aplicable a las actividades propias y el giro ordinario de las funciones de la Universidad, es claro que los contratos motivo de este expediente estaban fuera de dicho ámbito, como lo ha reconocido la Sala en otras ocasiones, de manera que no se afectó de manera alguna la motivación de las decisiones cuestionadas ni se vulneró el derecho a la defensa de los acusados.

Los cargos examinados deben ser desestimados.

2. Con relación al tercer cargo de la demanda presentada en nombre de ÉDGAR DE JESÚS MATEUS HERNÁNDEZ, similar a los cargos primero y segundo de la allegada por AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO, la Delegada de la Procuraduría expresó que la Fiscalía centró la acusación en demostrar que los contratos interadministrativos entre el EPA, CORVIVIENDA y la Universidad de Cartagena, no tenían relación con la docencia o programas ofrecidos por dicha universidad, ni se ocupaban del bienestar, actividades artísticas, científicas, técnicas o tecnológicas, de consultorías o interventorías como para considerarlos una extensión del régimen especial que gobierna las universidades públicas.

Como los defensores ensayaron demostrar que MATEUS HERNÁNDEZ y ÁLVAREZ DE FRANCO actuaron bajo error invencible de tipo, señala la Delegada que ello no se acreditó, pues les era exigible un conocimiento ajustado a la materia, pero al momento de celebrar los contratos, a pesar de saber de la restricción normativa, los firmaron.

En la actualidad la recriminación de las conductas antijurídicas no se satisface con el simple conocimiento personal o la actitud interna del individuo, se tiene en cuenta su mundo intelectual, su nivel educativo y social, para luego agregar su voluntad de ejecutar algo intencionalmente. En este caso se tiene que se trataba de grandes sumas de dinero. Uno de los contratos superó los dos mil millones de pesos, lo cual demandaba de quienes los suscribían especial atención así no fueran abogados, máxime si había unos controles fiscales mínimos, objetos ajenos a las labores de la universidad, que no contaba con infraestructura para ejercitarlos, de donde se podía concluir que el propósito fue eludir el régimen de contratación estatal, como en efecto ocurrió, todo lo cual prueba el actuar doloso de los acusados.

Además, como directores de EPA y CORVIVIENDA estaban familiarizados con la contratación pública y privada, de manera que tenían un conocimiento superior al de un ciudadano, es

decir, su proceder no corresponde a un error vencible y por el contrario, demuestra desprecio por las reglas y principios que salvaguardan la administración pública.

Si en verdad tenían incertidumbre sobre la legalidad de la contratación, debieron abstenerse de realizarla, pues una vez decidieron suscribir los contratos no podían alegar como causa exculpatoria la propia intencionalidad de actuar contrario a la norma.

El cargo debe ser desestimado.

3. Respecto del segundo cargo de la demanda presentada en nombre de MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA, la Delegada consideró que no asiste razón al demandante al considerar que las leyes de contratación permiten a las universidades celebrar contratos como los que dieron lugar a este proceso, pues el principio de selección objetiva supone que la escogencia del contratista no puede estar determinada por vínculos de interés, afecto o consideraciones de orden personal, en cuanto debe fundarse en la propuesta más favorable a la administración, con criterios de transparencia e imparcialidad, mediante términos precisos y detallados en los pliegos de condiciones.

El artículo 24-1 literal c) de la Ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, permitía la contratación directa cuando se tratara de contratos interadministrativos, siempre que tuvieran relación con el objeto propio de la entidad, en este caso de la Universidad de Cartagena, motivo por el cual los contratos aquí cuestionados no podían realizarse de manera directa por no corresponder a las actividades propias de dicho centro de educación superior.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- Demanda presentada en nombre de SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA.

Primer cargo. Violación directa por indebida aplicación del artículo 410 del Código Penal y

falta de aplicación de los artículos 57 y 93 de la Ley 30 de 1992.

En el cargo esencialmente se sostiene que la indebida aplicación de la Ley surge de no aplicar la Ley 30 de 1992 que el ámbito de la autonomía universitaria le concede una amplia prerrogativa a las universidades públicas para contratar.

Para contextualizar el tema, es necesario señalar, como lo ha precisado la Sala¹, que el Estado realiza sus funciones principalmente a través de los actos administrativos, la contratación pública y los convenios interadministrativos. Estos actos tienen en común que están al servicio del interés general y por lo tanto, de conformidad con el artículo 209 de la Constitución, se desarrollan conforme a los principios de imparcialidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad.

Sin embargo, los contratos de la administración difieren de los convenios interadministrativos, en el sentido de que en los primeros los intereses y propósitos de las partes pueden verse como opuestos, mientras que en el convenio interadministrativo las finalidades por satisfacer son comunes a los involucrados y tienen un marcado perfil dirigido a realizar el interés general.

Precisamente la regla de competitividad y la definición de convenio interadministrativo contenida en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, permite trazar diferencias entre convenios y contratos interadministrativos. Según tal legislación, “las entidades públicas pueden asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos”, objetivo que es distinto al de los contratos de la administración, que por regla general se refieren a modalidades de adquisición de bienes o servicios, que es precisamente el objeto principal de regulación de la Ley 80 de 1993. Como se comprende, se trata de una distinción por la materia.

Tal diferencia tiene incidencia en el procedimiento que se debe emplear para adoptar la

decisión administrativa: el convenio interadministrativo puede suscribirse directamente, en cuanto se trata de transferir o trasladar la “función administrativa” de una institución pública a otra. En cambio, los contratos se deben sujetar necesariamente al principio de transparencia en la selección y a la economía de la decisión, lo cual implica necesariamente la elaboración de términos de referencia, la publicación de pliegos de condiciones y la invitación a ofertar que concluye con la selección objetiva de la mejor propuesta, incluso tratándose de contrataciones directas (Artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y Decreto 855 de 1994).

En ese marco, se debe señalar que en este asunto, según se infiere del literal b) de las consideraciones de los denominados “Convenios Interadministrativos” suscritos entre la Universidad de Cartagena y el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital (CORVIVIENDA); y dicha entidad de educación superior y el Establecimiento Público Ambiental (EPA), se trata no de convenios, sino de “Contratos Interadministrativos”, motivo por el cual su suscripción debía sujetarse a las reglas de la Ley 80 de 1993 por dos razones: la primera, porque la universidad actuaba de la misma forma en que procede un particular, y la segunda, porque la obra pública es un objeto del servicio público y no una función esencial del Estado.

Al respecto precisó la Corporación, en la SP del 8 de junio de 2015, Rad. 38464, señaló lo siguiente:

“El artículo 93 de la Ley 30 de 1992, cuyo contenido sirvió formalmente de fuente legal para la suscripción de los contratos con prescindencia del régimen general de contratación de la administración pública, limita su aplicación a los contratos que la universidad celebre para el cumplimiento de sus funciones, es decir, para aquellos que guardan relación con objeto misional. Y el artículo 120 ejusdem, que igualmente se cita como fuente legal, no puede escapar a esta directriz normativa.

La Corte, al analizar el ámbito de aplicabilidad del régimen contractual privado de las universidades estatales, previsto en el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, ha sido enfática en precisar que este régimen solo aplica para la contratación que debe cumplirse en desarrollo de su objeto misional, y que la contratación ajena a estos propósitos se debe someter al régimen general de contratación previsto para las entidades públicas”.

En consecuencia, ni con fundamento en el principio de autonomía universitaria ni en el régimen de derecho privado de contratación previsto para las universidades públicas en la Ley 30 de 1992, se justifica la omisión de las pautas de contratación previstas en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 855 de 1994, pues la legislación universitaria es excepcional y contiene un diseño especial dirigido a cumplir objetivos misionales, por lo cual no se aplica a procesos contractuales en los que participan otras entidades públicas de diferente rango y que se gobiernan por principios y pautas diferentes.

En efecto, la autonomía universitaria se ha entendido como una garantía para realizar la independencia política y administrativa de la universidad pública respecto de factores externos. Esa idea se desarrolla en el artículo 69 de la [Constitución Política](#), que dispone:

“Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.”

Esta cláusula ha sido interpretada por la Corte Constitucional en la sentencia C 809 de 2002, en la cual indicó lo siguiente:

“Esta Corporación se ha pronunciado sobre el principio universal de la autonomía universitaria, señalando que ella encuentra fundamento en “la necesidad de que el acceso

a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo y financiero del ente educativo". Así mismo, ha señalado que el sentido de la autonomía "no es otro que brindar a las universidades la discrecionalidad necesaria para desarrollar el contenido académico de acuerdo con las múltiples capacidades creativas de aquellas, con el límite que encuentra dicha autonomía en el orden público, el interés general y el bien común. La autonomía es, pues, connatural a la institución universitaria; pero siempre debe estar regida por criterios de racionalidad que impiden que la universidad se desligue del orden social justo."

En ese contexto, el artículo 93 de la Ley 30 de 1992 se inscribe en esa dirección al señalar lo siguiente:

"Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos."

De esos enunciados se puede verificar que el principio de autonomía universitaria no se asimila al concepto de autarquía, entendido como nivel de autosuficiencia en el que la institución se excluye del sistema social. Por lo tanto, la autonomía universitaria opera como un límite de protección a la intervención estatal en lo misional, y de allí su capacidad de autogobierno y de libertad académica. En lo demás, la universidad no se puede sustraer a reglas como las de la ley 80 de 1993, y más si en dichos procesos contractuales interviene como realizadora de la obra pública de otros entes estatales.

Por tales razones no todos los contratos celebrados por las universidades estatales se rigen por el derecho privado, sino únicamente aquellos dispuestos, como lo precisa el citado artículo 93, "para el cumplimiento de sus funciones", es decir, los que guardan relación

con su objeto misional, o en otros términos, los que están relacionados con el núcleo de la autonomía universitaria y que garantizan su independencia política y administrativa.

Es más: la autonomía universitaria y las potestades que se derivan de dicha garantía tienen su mayor campo de aplicación cuando es la universidad la que actúa como contratante o cuando lidera el convenio interadministrativo, más no cuando la institución educativa actúa en su condición de “ejecutor de la obra pública” por cuenta de otra entidad, caso en el cual la solemnidad de la contratación se rige por las normas del derecho público y en particular por las de la Ley 80 de 1993 y no por las de la Ley 30 de 1992.

En ese contexto la Corte constata en este caso que los contratos con el Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital y el Establecimiento Público Ambiental para construir 84 viviendas, la revegetación del Cerro de La Popa, la mitigación ambiental del proceso de clausura y post clausura del relleno ambiental Henequen y la ejecución de obras civiles de drenajes pluviales de los callejones pocitos – sapitos del Barrio La Popa, no tienen relación con los cometidos misionales del establecimiento de educación superior, de modo que no corresponden a la noción conceptual de lo que se entiende por autonomía universitaria y por lo mismo debían formarse de acuerdo con los principios y reglas de la Ley 80 de 1993 y no por normas especiales que tienen como propósito garantizar la autonomía política y administrativa de la universidad, en los términos que se han indicado.

En esa medida, ni recurriendo al artículo 120 de la Ley 30 de 1992, según el cual, “La extensión comprende los programas de educación permanente, cursos, seminarios y demás programas destinados a la difusión de los conocimientos, al intercambio de experiencias, así como las actividades de servicio tendientes a procurar el bienestar general de la comunidad y la satisfacción de las necesidades de la sociedad”, se puede ignorar las reglas de la ley 80 de 1993 en tan específicos casos de contratación como los que ahora analiza la Sala. Solo desde una visión causal que le confiera una ductilidad inusitada a la expresión “actividades de servicio tendientes a procurar el bienestar general de la comunidad y la satisfacción de

necesidades de la sociedad”, se puede concluir que la universidad está exonerada de someterse al régimen legal de contratación pública, pues toda obra o acto puede quedar, según esa apreciación indefinida, vinculado causalmente al concepto de bienestar común o de necesidad general, que es todo y es nada, y que obviamente no se compadece con la finalidad intrínseca del concepto constitucional de autonomía universitaria.

De manera que no pueden tener cabida en el concepto de autonomía universitaria objetos como los ya mencionados, ajenos por completo a las actividades propias del sentido misional de la Universidad de Cartagena, como lo prueba el hecho de que todas las labores pactadas debieron ser subcontratadas ante la incapacidad técnica y logística de la universidad para realizarlas directamente (SP del 9 de julio de 2004, Rad. 37083). Eso a la vez demuestra que la universidad se utilizó como mecanismo para eludir las reglas establecidas en la Ley 80 de 1993 y no para realizar los supremos fines misionales de la universidad pública. En otras palabras, con dicha forma de contratación se pretendió extender veladamente un sistema contractual excepcional y especialmente diseñado para garantizar la autonomía universitaria a otras entidades estatales oficiales respecto de las cuales no es predicable tal principio ni el sistema de contratación inmanente a esta finalidad.

Por tales razones la Corte considera que al amparo de la Ley 30 de 1992, en los contratos aquí cuestionados se advierte un interés en dar visos de legalidad a un proceder manifiestamente contrario a la normativa general que regula la contratación estatal, en el que la Universidad de Cartagena se limita a desempeñar una labor de intermediación entre dichos entes públicos y las personas jurídicas y naturales que finalmente realizaron las obras contratadas, todo con el evidente propósito de eludir el régimen previsto en la Ley 80 de 1993.

Prueba de que era conocida la innegable sujeción a dicha legislación a los contratos interadministrativos motivo de este proceso, es que en sus cláusulas se estableció expresamente que las controversias contractuales “se solucionarán con la aplicación de los

mecanismos de solución previstos por el capítulo VIII de la Ley 80 de 1993, artículos 68 y subsiguientes”, lo cual descarta cualquier error o desconocimiento por parte del doctor y rector HERNÁNDEZ GAMARRA.

El cargo, por lo tanto, no está llamado a prosperar.

Segundo. Violación directa por indebida aplicación del artículo 410 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Como en este reproche el demandante adujo que el doctor HERNÁNDEZ GAMARRA cumplió las exigencias de la Ley 80 de 1993, que en su artículo 24 literal c) dispone que los contratistas debían ser escogidos a través de licitación o concurso de méritos, salvo si se trataba de contratos interadministrativos, con excepción del contrato de seguro, advierte la Corte que se trata de una alegación sofística, en el entendido de que tal como se dilucidó al analizar el primer cargo, si los objetos acordados no correspondían al cometido misional inherente a la Universidad de Cartagena, tenían que regirse rigurosamente por las reglas generales establecidas en dicha legislación y no por las salvedades contenidas en la misma.

Aún más, como lo ha señalado la Sala en otras oportunidades (SP del 9 de julio de 2004, Rad. 37083 y 29726 del 30 de noviembre de 2017), desde el punto de vista objetivo no hay lugar a dudas de que este tipo de procesos contractuales se rige por la Ley 80 de 1993.

De aceptar hipotéticamente que el procesado obró llevado por el convencimiento de que la normatividad aplicable era la contenida en la Ley 30 de 1992, la conclusión sobre el concurso de los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal sería la misma, porque la aplicación de este régimen no lo exoneraba del deber de ajustar el proceso contractual a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, inherentes a la función administrativa por mandato del artículo 209 de la Constitución Política, ni lo autorizaba a suscribir acuerdos que no estaba en condiciones de cumplir,

orientados únicamente a conseguir que entidades públicas se sustrajeran del acatamiento del régimen de contratación estatal.

El cargo no prospera.

2.- Demanda presentada en nombre de AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO.

Primer cargo. Violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia por omisión de pruebas.

Como el recurrente adujo que en el fallo de condena no fue apreciada la decisión de la Procuraduría por medio de la cual se archivó la investigación que por los mismos hechos adelantó contra su asistida, advierte la Corte que dado el carácter autónomo e independiente que tiene la acción disciplinaria respecto de la acción penal, ninguna incidencia podría tener tal pronunciamiento en la sentencia cuestionada, máxime si a pesar de corresponder ambas al derecho sancionatorio, tienen propósitos, finalidades y ámbitos de protección de sus normas sustancialmente diferentes.

Lo que se demostró en este caso fue que desbordando la legislación dispuesta en materia de contratación estatal, la directora del Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana Distrital (Corvivienda) AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO suscribió un contrato interadministrativo con la Universidad de Cartagena, sin sujetarse a los lineamientos de la Ley 80 de 1993, para la construcción de 84 viviendas a fin de reubicar familias afectadas de la tercera etapa de la Urbanización Nueva Granada por un valor inicial de \$1.221.213.420 y una adición de \$1.000.000.000, labores que fueron subcontratadas por la universidad con empresas de ingeniería y construcción.

Dado que el defensor también adujo que no se ponderaron otros medios de convicción, tales como el acta del Consejo Directivo No. 004-2004, la declaración del abogado Mariano Garrido García de la Universidad de Cartagena, el análisis de conveniencia y oportunidad

para la reubicación de las familias de la urbanización Nueva Granada, la declaración del ingeniero Gustavo González en calidad de coordinador del contrato interadministrativo, la declaración de Ángela Quintana Saavedra y el informe del CTI No. 388962 del 11 de marzo de 2008, con las cuales consideró que se acreditaba que su representada no actuó dolosamente, encuentra la Sala que tales pruebas no tienen la virtud pretendida por el demandante.

En efecto, de una parte, los referidos medios probatorios no conducen a demostrar que lo convenido entre la entidad dirigida por la acusada y la Universidad de Cartagena se encontrara exceptuado de las reglas definidas en la Ley 80 de 1993 o dentro de los supuestos normativos establecidos en la Ley 30 de 1992, pues resulta ostensible que el objeto, esto es, la construcción de 84 viviendas a fin de reubicar familias afectadas de la tercera etapa de la Urbanización Nueva Granada, no estaba vinculado con los propósitos misionales de dicho centro de educación superior, como para regirse por las disposiciones del derecho privado², en orden a garantizar la autonomía universitaria.

Y de otra, es evidente que con el pretexto de ejecutar un convenio con un ente universitario, que desde luego carecía de capacidad administrativa, económica, técnica y logística para llevar a cabo lo acordado con CORVIVIENDA, debió subcontratar la realización de las obras, desempeñando una simple y llana condición de intermediación entre tal entidad pública y las empresas privadas que finalmente realizaron las obras contratadas, se soslayó la aplicación de la Ley 80 de 1993, sin que se advierta de qué manera las citadas pruebas tienen vocación de acreditar la alegada ausencia de dolo en la acusada, con mayor razón si las normas que se ocupan de exceptuar la aplicación de la citada legislación en materia de contratación para las universidades estatales son lo suficientemente claras al estar circunscritas, según lo dispone el artículo 93 de la Ley 30 de 1992, a los contratos celebrados “para el cumplimiento de sus funciones”, es decir, los que guardan relación con su objeto misional.

Además, aun aceptando en gracia de discusión que la universidad tuviese la facultad de celebrar contratos por fuera del régimen de la Ley 80 de 1993 -tesis que se defiende equivocadamente con un concepto de autonomía que se confunde con el de autarquía universitaria, o de poder total o de autosuficiencia, que es distinto—, la exonerada de dichos requisitos sería la universidad y no la entidad pública que concurrió al convenio, la cual en todo caso y siempre, debe sujetarse a las reglas de la Ley 80 de 1993, por ser esta la competente para iniciar el trámite y la garante de la legalidad del proceso contractual (Art. 30 de la Ley 80 de 1993).

El cargo no prospera.

Segundo. Violación indirecta de la ley por falso raciocinio.

Como el impugnante indicó que los falladores erraron al apreciar la indagatoria de AMPARO ÁLVAREZ, lo declarado por Gloria Malo Fernández y el contenido del portafolio de servicios de la facultad de ingeniería de la Universidad de Cartagena, pruebas que dan cuenta de que su representada actuó convencida de estar procediendo conforme a derecho, reitera la Corte³, que el artículo 209 de la [Constitución Política](#), exige en todos los casos ajustar el proceso contractual a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, inherentes a la función administrativa, de modo que la acusada no podía suscribir y ejecutar el contrato interadministrativo con la Universidad de Cartagena por fuera del régimen previsto en la Ley 80 de 1993.

La Corte, como lo señaló en la CSJ SP del 30 de noviembre de 2017, Rad. 29726, advirtió que en casos como el que se estudia, la configuración del tipo objetivo no está en discusión. En estos eventos, lo señaló con total convicción, la contratación se rige por las reglas de la Ley 80 de 1993.

Ha aceptado, sí, que es posible incurrir en error en la selección del sistema contractual, pero es igualmente claro que al contrario de la configuración del tipo objetivo que

corresponde a líneas de carácter general, el error como elemento que incide negativamente en la configuración del tipo subjetivo se debe analizar a partir de las particularidades del autor y de las concretas condiciones en que se materializa el tipo objetivo, por lo cual en no todos los casos, por parecidos que sean, se puede aceptar la cláusula de ausencia de responsabilidad, simplemente porque en otros casos se hayan tratado casos con aparente similitud.

Tales singularidades permiten precisamente destacar que por su formación profesional de abogada, AMPARO ÁLVAREZ no puede alegar desconocimiento del sistema jurídico, por lo cual su comportamiento no corresponde a un supuesto error de tipo y su conducta no se puede asumir con criterios empleados en casos similares, con mayor razón si la adición del convenio por \$1.000.000.000, denota que debía estar al tanto de cómo y quién ejecutaba el contrato, hecho del cual se infiere que sabía perfectamente que el sistema elegido correspondía a un mecanismo para eludir el proceso de contratación de la Ley 80 de 1993.

En efecto, la adición del contrato permite concluir que para ese momento la doctora ÁLVAREZ no podía ignorar que el contrato lo ejecutaba una persona distinta a la universidad pública y sin embargo adicionó el contrato en una suma casi igual al monto inicial, de manera que el error que aduce acerca de la legislación aplicable en esta materia no resulta convincente por su particular formación y por la manera como se adicionó el contrato, hecho este fundamental para sostener que no podía ignorar que no era la universidad la que se encargaba de realizar las obras contratadas.

A lo anterior, agréguese que en el clausulado del contrato interadministrativo suscrito por la acusada con la Universidad de Cartagena para la construcción de 84 viviendas a fin de reubicar familias afectadas de la tercera etapa de la Urbanización Nueva Granada, expresamente se indica que las controversias contractuales “se solucionarán con la aplicación de los mecanismos de solución previstos por el capítulo VIII de la Ley 80 de 1993, artículos 68 y subsiguientes”, de donde se colige que era de su conocimiento que dicha

legislación gobernaba tal especie de acuerdos, pues de haberse tratado de un convenio regido por el derecho privado, no habría razón para incluir tal referencia a la ley de contratación pública.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Demanda presentada en nombre de ÉDGAR DE JESÚS MATEUS HERNÁNDEZ.

El defensor propuso en el primer cargo la nulidad por motivación incompleta e indebida respuesta a los alegatos de la defensa, en el segundo, la nulidad por violación al debido proceso y al derecho de contradicción, y en el tercero la infracción indirecta de la ley por falsos juicios de existencia, identidad y raciocinio. A pesar de que los cargos fueron formulados con apoyo en causales distintas, los reproches se sustentaron en argumentos similares, razón por la cual es pertinente dar respuesta conjunta a sus inconformidades, como sigue:

En cuanto a que la resolución de acusación careció de una adecuada motivación, advierte la Corte que en dicha providencia la Fiscalía indicó los medios de convicción allegados junto con el informe rendido el 22 de mayo de 2006 por la Asociación Colombiana de Ingenieros Capítulo Bolívar, en el cual se relacionan, entre otras, las irregularidades que tuvieron lugar en los contratos realizados entre la Universidad de Cartagena y el Establecimiento Público Ambiental (EPA), esto es, la revegetación del Cerro de La Popa por \$200.000.000, la mitigación ambiental del proceso de clausura y post clausura del relleno ambiental Henequen por \$500.000.000 y la ejecución de obras civiles de drenajes pluviales de los callejones pocitos – sapitos del Barrio La Popa por \$500.000.000, que fueron cancelados el 29 y 30 de diciembre de 2004 y 4 de enero de 2005, respectivamente.

También se registran los informes de interventoría, así como los certificados de existencia y representación de las personas jurídicas involucradas.

De igual manera, en dicha decisión acusatoria se ponderó el testimonio de la Ingeniera Ángela Quintana Saavedra, vinculada con la Universidad de Cartagena, así como la declaración del Ingeniero Felipe Incer Covo y los documentos allegados por Luis René Real de la Sociedad de Servicios de Ingeniería S.A., fueron resumidos los alegatos de defensa y se realizó el correspondiente examen material del asunto.

Además, como la acusación fue apelada por el defensor del acusado, al confirmar el 13 de julio de 2011 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá la decisión, dilucidó los planteamientos del impugnante, para concluir que había prueba sobre la materialidad del delito y la probable responsabilidad del acusado respecto del concurso homogéneo de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, básicamente porque en su condición de Director General suscribió contratos interadministrativos con la Universidad de Cartagena, sin sujeción a las exigencias dispuestas por el legislador para la contratación estatal en la Ley 80 de 1993, es decir, sin permitir la participación de otros oferentes, y porque dentro del objeto misional de dicho ente de educación superior no se encuentra la realización de las obras acordadas, que justamente por esa razón fueron subcontratadas.

De manera que la acusación fue suficientemente motivada y por tanto el cargo no procede.

De otra parte, en cuanto se refiere a la motivación de los fallos, la Corte observa que en la sentencia de primer grado se precisaron las irregularidades que subyacen en los contratos entre el EPA, dirigido por ÉDGAR MATEUS y la Universidad de Cartagena, entre las que se destacan la inexistencia de convocatoria a otros oferentes, la contratación de obras ajenas al objeto misional del centro universitario que no contaba con la infraestructura requerida para realizar el objeto contractual, que propició la subcontratación de las mismas, desempeñando tal Universidad una simple labor de intermediación.

Se consideró asimismo que las entidades contratantes no podían excusarse en los

conceptos que rindieron sus asesores, tratándose de un “procedimiento contractual amañado”, que debía sujetarse a los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 y no a los de la Ley 30 de 1992.

Como viene de verse, en el fallo de primer grado se analizó a espacío los argumentos de la defensa, lo cual demuestra que la motivación no fue precaria o insuficiente.

De otra parte, en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal relacionó cada uno de los contratos, estableció el marco normativo que regula los procesos contractuales de las universidades públicas, citó los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso y analizó en ese marco el alcance de los contratos interadministrativos tratándose de establecimientos de educación superior, así como el error de tipo invocado por la defensa respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En cuanto a este último tópico, examinó en detalle por qué no se configuraba el error de tipo alegado sobre la base de la total marginación de las normas que regulan la contratación estatal. En tal sentido, destacó que el concepto de Gloria Malo no era obligatorio, pues el acusado estaba obligado a examinar el marco jurídico y los requisitos que impone la ley de contratación en estas materias.

Ahora bien, como el error, como causal excluyente de responsabilidad que se alega, constituye el núcleo esencial de la argumentación del demandante, es necesario al respecto indicar lo siguiente:

Hay que aceptar que en temas administrativos de relativa complejidad la posibilidad de incurrir en error es una opción admisible y el derecho penal no se puede marginar de esa realidad. Sin embargo, también es evidente que el servidor oficial adquiere una posición de garante por su vinculación con el manejo de lo público y que por razón de esa cláusula especial de sujeción, no puede argumentar siempre y con relativa simpleza, que ignora o no conoce los pormenores del manejo del Estado, para alegar un error que excuse su

comportamiento, sobre todo si los términos de la decisión y de sus implicaciones jurídicas se pueden analizar con relativo cuidado.

La Corte, en episodios similares, analizó la posibilidad de que las consecuencias del error de tipo se puedan aplicar a errores sobre las normas jurídicas que complementan el tipo en blanco y en particular sobre las que integran el tipo penal de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales. Lo hizo bajo la consideración de que se trataba de la interpretación de normas del sistema general de contratación pública, es decir, la ley 80 de 1993, en el sentido de definir si era posible omitir pasos contractuales bajo la consideración de que, en un momento histórico determinado, era posible sostener que la suscripción de contratos interadministrativos entre organismos pares no requería solemnidades que son obligatorias para otro tipo de contrataciones (CSJ SP del 30 de noviembre de 2017, Rad. 29726).

El error que se alega ahora es diferente. En aquella oportunidad, en lo sustancial, el tema giraba alrededor de la tensión entre distintas opciones al interior del mismo sistema de la Ley 80 de 1993. En cambio, el tema que ahora se juzga consiste en definir, si el sistema excepcional de contratación de las universidades públicas previsto en la Ley 30 de 1992 para cumplir sus objetivos misionales, lo pueden utilizar las entidades públicas cuando obran en calidad de contratantes con centros educativos del nivel académico superior. En este sentido no debe perderse de vista que no era la universidad pública la que contrataba, sino el instituto gubernamental del orden local el que oficiaba como tal. Desde este punto de vista no se podía recurrir a un régimen aplicable a la universidad pública para excusarse de cumplir con las reglas de la Ley 80 de 1993, pues eso es tanto como transpolar el principio de autonomía universitaria para extenderlo a la gestión de los asuntos de institutos oficiales. De manera que esta disyuntiva no puede tener el calado que se alega para excusarse en un error que no se puede aceptar, así el funcionario no tenga la formación académica que echa de menos para comprender asuntos que en este caso requieren más sentido de lo público que una formación especializada sobre el tema.

En otros términos, no se trataba de celebrar convenios o contratos aduciendo opciones admisibles en el marco de la Ley 80 de 1993, sino de emplear métodos excepcionales de la Ley 30 de 1992, previstos únicamente para el cumplimiento de los cometidos misionales de las universidades públicas, tema completamente distinto a la esfera de competencia de la administración pública general.

Aparte de ello, tampoco es aceptable el pretexto de que para cuando la universidad subcontrató las obras, el procesado ya no estaba vinculado con la universidad, por cuanto el ilícito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales se cumple con la infracción a las reglas contractuales como delito de infracción al deber que es. Por lo demás, el hecho de que las obras se hubieran subcontratado por la universidad con la Sociedad de Servicios de Ingeniería S.A. y con Marco Fidel Suárez Vega y Wilder Enrique Quesada Turizo, corrobora la manera como se utilizó la legislación para contratar por un sistema especial y excepcional no autorizado para los actos de la administración pública en general, con el fin de evadir los derroteros de la Ley 80 de 1993.

En ese margen, dado que el casacionista planteó que el objeto de los contratos celebrados por su asistido se cumplió, la Corte reitera que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se configura al vulnerar los principios que rigen la contratación pública, de manera que si el objeto se cumple o no, ello no tiene incidencia en la comisión de tal punible, de tal manera que si lo contratado no se lleva a cabo, pueden surgir otros comportamientos delictivos en concurso con aquél.

Al margen de lo anterior, pero por las mismas razones, no era esencial dedicar un capítulo especial, como lo sugiere sin razón el casacionista, para explicar si la universidad tenía o no la infraestructura para ejecutar los contratos. De una parte, porque la subcontratación que se hizo permite inferir que no la tenía, y de otra, porque con o sin ella, el delito formal y materialmente se estructuró con la celebración ilegal de los contratos, en las concretas y especiales condiciones que se anotaron: a través de la manipulación deliberada de un

sistema de contratación excepcional por su contenido, absolutamente inaplicable a la gestión de las instituciones de la administración pública del sector ejecutivo.

En consecuencia, las pruebas referidas por la defensa no conducen a concluir que el acusado actuó bajo error, sino que por el contrario, reafirman el momento cognoscitivo y volitivo del dolo en el delito por el cual se procede.

Conforme a las consideraciones anteriores, la casación del fallo promovida por el defensor de ÉDGAR MATEUS HERNÁNDEZ no procede.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo de condena proferido contra SERGIO MANUEL HERNÁNDEZ GAMARRA, AMPARO ÁLVAREZ DE FRANCO y ÉDGAR DE JESÚS MATEUS HERNÁNDEZ.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ SP, 30 nov. 2017. Rad. 29726.

2 CC C-547/04.

3 CSJ SP, 9 jul. 2014. Rad. 37083.