

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP6919-2015

Radicado N° 39822.

Aprobado acta No. 198.

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil quince (2015).

VISTOS

Examina la Corte en sede de casación el fallo de segunda instancia que profiriera el Tribunal Superior de Cali, fechado el 20 de febrero de 2012, mediante el cual confirmó la sentencia emitida el 13 de noviembre de 2009 por el Juzgado 18 Penal del Circuito Adjunto de esa ciudad, condenando a MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ y LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ, en calidad de autores de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a la pena principal de 84 meses de prisión, multa en cuantía de \$150.538.080, para el primero, y \$ 104.944.000, respecto del segundo, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual a la sanción aflictiva de la libertad. Así mismo, fue negado a los procesados el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

LOS HECHOS

Entre el 2 de julio de 1999 y el 24 de abril de 2000, se desempeñó MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ, como Secretario de la Secretaría de Mantenimiento Vial y Vías Rurales de Cali; igual función desarrolló LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ, desde el 28 de abril, hasta el 31 de diciembre de 2000.

En esos lapsos, suscribieron siete contratos de suministro de material de río y cantera, en concreto, rocamuerta y base granular.

Examinados esos contratos en visita de auditoría adelantada por la Contraloría de Cali, advirtieron sus funcionarios que al parecer se habían pagado precios superiores a los del mercado, con detrimento patrimonial valorado en la suma total de \$255.482.080; y, además, que los dueños de tres de las empresas favorecidas con los contratos pertenecían a la misma familia.

DECURSO PROCESAL

En seguimiento del informe de auditoría realizado por la Contraloría de Cali a la Secretaría de Mantenimiento Vial de esa ciudad, dadas las irregularidades detectadas, se decidió dar traslado a la Fiscalía Seccional.

Acorde con ello, en auto del 8 de mayo de 2001, la Fiscalía 45 Seccional de Cali abrió investigación preliminar.

Luego de recabar algunos documentos y escuchar en versión libre a uno de los indiciados, el 29 de agosto de 2002, fue abierta formal instrucción y se dispuso vincular a través de indagatoria a MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ y LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ.

MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ rindió indagatoria el 18 de noviembre de 2002. En consecuencia, el 31 de marzo de 2003 fue resuelta su situación jurídica, absteniéndose la

Fiscalía de imponerle medida de aseguramiento.

El 9 de mayo de 2003, fue declarado persona ausente LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ. En auto del 19 de junio de 2003, fue resuelta su situación jurídica, absteniéndose también el ente investigador de imponerle medida de aseguramiento.

El 31 de agosto de 2004, fue cerrada la investigación en lo que compete a MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ y LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ. Consecuentemente, el 9 de febrero de 2005, se calificó el mérito del sumario con proferimiento de resolución de acusación en contra de aquellos, a título de autores de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

Apelada la decisión por los defensores de los procesados, en providencia del 22 de junio de 2007, la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal de Cali, impartió integral confirmación a lo decidido por el A quo.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso le fue repartido para adelantar la fase del juicio al Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali, el 27 de agosto de 2007.

El 29 de octubre de 2007, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

La audiencia pública de juzgamiento se celebró entre los días 14 de abril de 2008 y 18 de agosto de 2009.

El 9 de octubre de 2009, acorde con acto administrativo previo emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, asumió conocimiento del asunto el Juzgado 18 Penal del Circuito de Descongestión Adjunto de Cali.

Esa oficina judicial profirió el fallo de primer grado el 13 de noviembre de 2009.

La representación de los procesados interpuso recurso de apelación contra lo

decidido por la primera instancia.

El 20 de febrero de 2012, el Tribunal de Cali confirmó lo resuelto por la primera instancia.

Oportunamente los defensores de MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ y LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ, interpusieron y sustentaron el recurso extraordinario de casación.

El 24 de octubre de 2012, la Sala verificó la adecuada fundamentación de las demandas y decidió inadmitir la presentada a nombre de MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ, así como los cargos 1, 2 y 3 de la suscrita a nombre de LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ, admitiendo el cargo 4 de esta última.

De inmediato se corrió traslado al Procurador Delegado, quien emitió su concepto el 30 de abril de 2015.

EL CARGO ADMITIDO

El impugnante no precisa el tipo de error y apenas sostiene que se violó de forma indirecta el artículo 412 del Código Penal “POR FALTA DE APLICACIÓN DE LA LEY 80 DE 1993 Y DEL DECRETO 62 DE 1996”.

Al efecto, el casacionista controvierte la condena que por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se impartió en contra de LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ, pues, ello se basó en que repetidamente se contrató con Tulio Mario Rengifo, a través de varias empresas que le pertenecían a este.

Sin embargo, advierte el impugnante que el procesado también pactó con otras empresas ajenas a la férula de dominio de Tulio Mario Rengifo, y esos contratos obtuvieron revisión y visto bueno de la oficina jurídica de la entidad, dado que se

respetaron los topes de precios, a más que se entregaron satisfactoriamente los materiales adquiridos.

Luego de amplia citación jurisprudencial referida al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el casacionista concluye que carece de sustento la condena proferida en contra de su representado por el punible en cuestión, entre otras razones, porque no obtuvo beneficio económico de esa actuación y sólo cumplió en ella un papel accesorio, dado que se limitaba a firmar lo que el Comité de Contratación ya había revisado, una vez cubiertos en su totalidad todos los pasos establecidos para el efecto por la Ley 80 de 1993, como quiera que no se demostró que debiera haberse recurrido a licitación pública.

Añade el recurrente que no existe ninguna limitación legal para que una persona sea socia o posea varias empresas que contratan con el Estado.

Consecuente con lo resumido en precedencia, pide el defensor del acusado OSORIO MARTÍNEZ, sea revocada la sentencia de condena y en su lugar se emita fallo absolutorio en favor de su representado legal, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Después de relacionar los hechos, el decurso procesal y el contenido básico de lo discutido por el demandante en el cargo admitido, el representante del Ministerio Público asume el estudio del tema, para lo cual comienza por transcribir el contenido del artículo 146 de la Ley 100 de 1980 que, para la época de los hechos, consagraba el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, así como el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, atinente a los fines de la contratación estatal.

Luego, citando concepto de doctrinante nacional, describe los elementos del delito, para

descender al caso concreto, del cual destaca cómo en los meses en los cuales se advierte ejecutada la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, existía en la oficina a cargo de los acusados una lista oficial de precios elaborada en septiembre de 1999 por Moisés Rocha y Lucero Obonoga.

Agrega que el procesado LUIS EDUARDO OSORIO, “durante su periodo realizó siete contratos de compra de material pétreo”, varios de los cuales corresponden a compañías con diferente razón social –sus representantes legales son parientes entre sí-, pero un mismo dueño, Tulio Mario Rengifo

Sin embargo, destaca el Procurador que al llegar a ocupar el puesto de Secretario de Mantenimiento de Vías, LUIS EDUARDO OSORIO, contó con el mismo grupo de asesores e interventores que laboraban en la oficina, por lo cual se limitó a seguir los parámetros del anterior Secretario, quien fue el encargado de firmar el contrato número 42220003-2000, el cual se llevó a hasta su terminación sin contratiempos.

Atinente al fraccionamiento de contratos despejado en el fallo de segundo grado, el representante del Ministerio público, con cita jurisprudencial de la Corte, advierte cómo de la motivación consignada por el Ad quem, no se deduce que de verdad los valores de cada contrato individual, sumados, cubran las exigencias legales para acudir a la licitación pública, a más que, conforme lo establecido por el Consejo de Estado sobre el particular, no es posible determinar claro que se tratara del mismo objeto, visto que los suministros comprados obedecen a variados materiales o productos.

Entiende el Procurador, así mismo, que si existió alguna ilegalidad en el establecimiento de tres firmas comerciales de propiedad de una misma persona, ello refiere al comportamiento doloso de esta, pero no puede remitirse a lo adelantado por el acusado OSORIO MARTÍNEZ, quien se limitó a contratar de manera directa en atención a la cuantía de lo adquirido y, en razón al principio de buena fe, debe presumirse que no

conocía dicha relación.

Después de cita jurisprudencial referida a los elementos esenciales de los contratos, el Delegado de la Procuraduría verifica cubiertas dichas exigencias en las adquisiciones de materiales realizadas por LUIS EDUARDO OSORIO, motivo por el cual entiende atípica la conducta de celebración indebida de contratos endilgada por la Fiscalía.

Pide, por ello, “casar la sentencia impugnada por las razones expuestas”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Entiende necesario la Sala, en aras de precisar los defectos probatorios contenidos en las sentencias, detallar el fundamento que soporta la decisión de condena.

Así, la sentencia de primer grado postula que ambos acusados son responsables de los dos delitos atribuidos, en atención a que:

-Efectivamente existió sobrecosto en los precios pagados por rocamuerta y base granular, conforme lo señala el informe de Auditoría de la Contraloría de Cali, dado que el examen de lo ofrecido en el mercado permite verificar menores costos, incluso porque uno de los vendedores, Triturados El Chocho, factura a \$9.300, el metro cúbico de rocamuerta, suma inferior a los \$10.000, cobrados efectivamente por Solo Rocas; igual sucede con la base granular, que cobró Solo Rocas a \$27.000 el metro cúbico, mientras El Chocho lo hizo a \$23.478.

-Las personas acusadas, en atención a su profesión y ocupación, debieron estar “lo suficientemente documentadas y enteradas de los precios de los elementos o materiales que deben adquirir, pues recuérdese que las reglas de comportamiento lógicas y que tienen que ver con el deber de cuidado, nos enseñan que en estas condiciones se deben tomar todas las precauciones al máximo para evitar estos

problemas de tipo penal o administrativo”.

-Las explicaciones dadas por los acusados en sus indagatorias “no tienen ningún respaldo probatorio ni lógica”, dado que lo pagado a Triturados El Chocho implica un sobrecosto, por no incluirse allí el IVA y encontrarse congelados los precios desde 1999. De ello se deduce el contubernio entre el proveedor y los acusados “a sabiendas de que los precios que exhibía la lista oficial eran espurios por cuanto no correspondían a los valores reales.”

-No puede atenderse a lo explicado por LUIS EDUARDO OSORIO, referido a que los costos se incrementan cuando el material debe transportarse al sitio de la obra, dado que “no es más que una coartada...pues se entiende que el traslado de los mismos es hasta los talleres del municipio que es el sitio de acopio, ya que cuando era necesario trasladar los materiales fuera de la ciudad, se utilizaban las volquetas del municipio, en lo que nada tenía que ver el proveedor”.

-Atinente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se señala que el comportamiento de los procesados no fue transparente, en tanto, “un solo proveedor, se fraccionó en diferentes personas jurídicas”.

-El dolo se deduce “de la forma ponderada como ejecutaron el hecho en tan poco tiempo”.

Por su parte, el Tribunal de Cali, al momento de examinar la apelación del fallo proferido por el A quo, consignó los siguientes argumentos:

-Los acusados violaron los principios de transparencia y economía “al fraccionar los contratos con el objeto que los mismos fueran de menor cuantía y así eludir el proceso

de convocatoria a licitación o concurso público y, de otro, violaron el proceso de selección objetiva al permitir que casi la mitad de los contratos fueran adjudicados a empresas que pertenecían a personas que guardaban parentesco entre sí". La prueba que sustenta lo afirmado reposa en los contratos, que verifican su cuantía, y la declaración de los esposos Tulio Mario Rengifo y Luz Marina Muñoz, representantes legales de dos de las empresas contratadas, quienes sostienen que eran esposos y que la representante legal de una tercera empresa era su cuñada.

-Así mismo, en torno del delito de peculado, significó el Tribunal que la investigación adelantada por la Contraloría "arrojó como resultado" que en el mercado se ofrecían precios sustancialmente más bajos que los contenidos en la lista de precios de la Secretaría de Mantenimiento Vial; y "que los precios de los materiales objeto de los contratos se encontraban congelados desde 1999, sin que a la fecha de la cotización hubieran sufrido modificación alguna", lo que demuestra el sobre costo pagado por los procesados.

-Además, que la prueba pericial determinó la existencia de sobre costo por la suma de \$255.482.080, "pues los materiales fueron adquiridos por el municipio en la modalidad de puestos en la obra, lo que significa que el costo del servicio de transporte de los materiales estaba incluido en el precio. Por tal razón no resulta válido justificar el incremento de los precios con la excusa de que había que incluir el costo del transporte".

-Los hallazgos de la Fiscalía y la Contraloría, permiten determinar que las empresas de las cuales se adquirió el material manejan precios similares en el mercado. Empero "dichos materiales fueron cotizados y vendidos a la Secretaría de Mantenimiento Vial y Vías Rurales, a precios considerablemente superiores de los que figuraban en el mercado".

Así resumidas las conclusiones a las que llegan las instancias, lo primero que cabe

destacar es cómo muchas de las afirmaciones allí contenidas representan verdaderos contrasentidos lógicos o constituyen violación del principio de razón suficiente, cuando no es que se desconoce o toma fragmentariamente el amplio cúmulo probatorio allegado al proceso.

Para una mejor comprensión de lo discutido, estima adecuado la Sala dividir los yerros en dos apartados distintos, referidos a cada uno de los delitos atribuidos a los acusados:

1. El delito de peculado por apropiación

Es claro que en su argumentación el fallador de primera instancia -se aclara que lo consignado en la sentencia proferida por el A quo debe examinarse, dado que fue avalado en su integridad por el Ad quem, que apenas realizó unos cuantos agregados suyos a la definición de responsabilidad- incurre en violación del principio lógico de contradicción, pues, utiliza un mismo hecho, contrato de suministro con Triturados El Chocho, para advertir sobrecostos en otros contratantes -por comparación entre los precios de uno y otros-, pero a la vez significa que lo contratado con la empresa en mención comporta sobrecosto.

Vale decir, en un primer apartado de su discurso el A quo advierte que los acusados pagaron con sobrecosto los suministros de Solo Rocas, dado que esta última cobró \$10.000 por metro cúbico de rocamuerta y \$27.000, por metro cúbico de base granular; al tanto que en la factura de El Chocho se señalan precios, respectivamente, de \$9.300 y \$23.478.

Sin embargo, después afirma que esa factura pagada a El Chocho, contiene un sobrecosto, pues, con el IVA, sus precios resultan superiores a los de los otros contratos.

Es indudable que lo pagado a El Chocho no puede ser, a la vez, inferior y superior a lo facturado por, entre otros, Solo Rocas.

Y la trascendencia del error radica en que ambos argumentos, contrapuestos, se suman para sustentar la responsabilidad de los acusados.

Ahora, el contrasentido lógico advertido en precedencia, surge de entregar, en principio, entera fuerza suasoria al informe presentado por la auditoría de la Contraloría de Cali, que dio lugar a la apertura del proceso penal, pasando por alto que varias de las conclusiones allí consignadas fueron después refutadas por los acusados y la prueba de respaldo, incluida la resolución de la misma entidad, que en dos instancias advirtió inexistente el presunto sobreprecio y por ello archivó el trámite de responsabilidad fiscal adelantado contra los procesados.

En efecto, en la versión libre rendida por MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ, así como en la posterior indagatoria y ampliación de la misma, en coincidencia con lo expuesto en su injurada por LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ, sostienen ellos que la diferencia entre lo consignado en la factura de El Chocho y las otras estriba en que la primera no consigna el valor del IVA. Con este, agregaron, incluso el precio es en algo superior al de los demás comerciantes.

Señalaron también los procesados que para la compra se sustentaron en un listado de precios oficial que reposaba en la oficina cuando cada uno de ellos desempeñó el cargo, elaborada en 1999 y cuyos valores de compra permanecieron congelados.

Además, advirtieron que no podía realizarse un análisis comparativo específico con los precios que se ofrecían en distintas proveedoras al público en general, dado que esos valores no son los mismos que se ofrecen al Municipio de Cali, en tanto, no se paga de contado, se hacen descuentos por estampillas, pólizas de seguros e impuestos y, para el caso concreto, los valores se elevaron porque los materiales no se entregaban en

cantera, y ni siquiera en el almacén municipal, sino en el lugar de las obras, algunas de ellas en zona rural.

En contra de lo afirmado por los acusados, las instancias sostuvieron, en primer término, que el listado no era “camisa de fuerza”, como así lo dijo el testigo Moisés Rocha García, encargado de elaborarlo, por lo cual era menester que los procesados, en su respectivo periodo, hubiesen verificado en el mercado si los precios actuales coincidían con ese catálogo, a más que ellos en atención a su conocimiento y experiencia deberían saber del desfase.

En lo afirmado por las instancias se surten tres tipos de errores, el uno por falso raciocinio, y los otros por falso juicio de identidad por cercenamiento y falso juicio de existencia por omisión.

Acerca de lo primero, se elaboró por el fallador A quo, una regla de la experiencia carente de sus notas características –universalidad y generalidad-, que finalmente corresponde a una simple inferencia especulativa carente de soporte probatorio.

En efecto, el que se trate los acusados de ingenieros no garantiza o asegura invariable –bajo la fórmula si casi siempre ocurre b, en este caso sucede b-, que ellos tengan que conocer, incluso con exactitud, el valor de dos materiales específicos, rocamuerta y base granulada, utilizados en la construcción de obras públicas, cuyo mercado, sobra anotar, es bastante limitado.

Si no se advierte que los profesionales en cita hayan desempeñado, por fuera del cargo que gobernó la acusación, algún tipo de labor que implicase ese conocimiento, es claro que la afirmación asoma apenas especulativa y lejos de constituir un lugar común, atiende a una circunstancia episódica necesitada de verificación.

Pero, en contrario, si se tratase de hallar el que se entiende mejor comportamiento o más adecuado a la situación, para la Sala es claro que en razón al poco tiempo en el cual ocuparon el cargo los acusados, uno sucediendo al otro –MARCO LEÓN VILLEGAS, desde el 2 de julio de 1999, hasta el 24 de abril de 2000, algo más de 9 meses; y, LUIS EDUARDO OSORIO, desde el 28 de abril, hasta el 3 de diciembre de 2000, cerca de 8 meses-, lo natural, independiente de que se trate o no de un listado oficial, es que en la compra de los materiales se guíen por la tabla elaborada técnicamente en la oficina y preexistente a su posesión, cuyo objeto, como lo relató Moisés Rocha, encargado de elaborarla, es precisamente servir de soporte para la toma de decisiones en punto de contratación.

Ahora, en lo que atiene al yerro por falso juicio de identidad por cercenamiento, cuando las instancias manifiestan que los acusados debieron acudir a otros proveedores para verificar la consonancia de los precios del mercado, con los consignados en el listado existente en la oficina, desconocen que ello sí fue realizado, solo que no correspondía al Secretario de Obras Públicas esa tarea, sino a los empleados a su cargo.

Al juicio acudió Lucierne Obonaga Lopera, quien laboró para la época de los hechos como Secretaria General de la Secretaría de Mantenimiento Vial, y relató el trámite que se seguía para la adquisición de insumos y materiales.

Empero, de lo dicho por ella solo se verifica en ambos fallos una referencia colateral en la sentencia de primera instancia¹, remitida a que no existía Comité Técnico de aprobación de compras “tal y como lo sostiene la declarante Lucierne Obonaga”.

Sin embargo, además de la manifestación en cita, o mejor, en complemento de ella, la citada testigo describió el trámite que se hacía para la adquisición de insumos y materiales.

De ello se destaca cómo la Secretaria General, aunque admite que no existía Comité

Técnico para el efecto, afirma que sí existía un listado de precios elaborado por Moisés Rocha; agregó que si variaban los valores “la parte técnica en unión con el Doctor Rocha, como que nos iban direccionando sobre los precios del momento”.

Agrega que se acostumbraba llamar a los proveedores, detallando que luego de hacer la invitación o publicación para presentar ofertas y de recibir las correspondientes cotizaciones, el grupo administrativo integrado por Herlán Castrillón y María Fernanda Leal, verificaba las condiciones jurídicas de las ofertas “y llamaban a verificar los precios”.

Pero, más importante aún, la declarante significa, corroborando lo dicho por los acusados en sus injuradas, que los precios del mercado no son equiparables a los de la tabla o listado de la oficina, pues, las cotizaciones para el municipio implican sobrecostos que no todos los oferentes están dispuestos a cubrir (esta la razón para que casi siempre se trate de los mismos distribuidores), entre ellos los pagos por estampillas pro hospitales y Universidad del Valle, a más del pago a plazos: “un tiempo considerable entre 6 y 8 meses para hacer los respectivos desembolsos”.

En reiteración de lo anotado, la doctora Alba Luz Pantoja, para la época de los hechos posesionada como Jefe de la Unidad Jurídica de la Secretaría de Mantenimiento Vial, declaró bajo juramento en el juicio².

Nada de lo expresado por la declarante en cita, cabe anotar, fue considerado en los fallos de las instancias, pese a que refiere aspectos trascendentes, con lo que se verifica materializado un vicio por falso juicio de existencia por omisión.

Dijo la funcionaria, entonces, que en la escogencia del proveedor no prima el aspecto meramente económico, sino la calidad de los materiales que acostumbra suministrar y su confiabilidad. Por ello, acotó, se escoge a la empresa que ya ha contratado con la administración y ha demostrado cumplimiento, eficacia y eficiencia, ya que en Cali “son

muy pocas las empresas que prestan el servicio de venta de este tipo de materiales y cotizan casi siempre las mismas, por cuanto este producto no es de consumo masivo”.

El contenido de los contratos allegados al expediente, pasado por alto por las instancias, en evidente vicio fáctico referido al falso juicio de identidad por cercenamiento (de ellos solo se hicieron referencias generales), claramente específica que, en efecto, el vendedor debe constituir garantía “consistente en una póliza expedida por una Compañía de Seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia³”; y que, además⁴ “las partes acuerdan que todos los pagos que por concepto de este contrato, debe cancelar el contratista, tales como estampillas, publicaciones y otros, serán descontados del primer pago que se efectúe al contratista”; así mismo, que⁵ “El contratista autoriza al Municipio de Santiago de Cali para que efectúe el descuento de lo adeudado al Fisco Municipal, por concepto de impuestos municipales, tasas, contribuciones en las actas parciales y/o acta de liquidación final”.

Es por lo anotado que, en el mismo sentido, se allegó a la foliatura la resolución 422 de la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Cali, en la cual, luego de analizar el informe de auditoría y las pruebas recogidas, se determinó que no hubo sobrepuestos y, en consecuencia, se dispuso cesar la acción Fiscal.

Cierto, sí, que el proceso de responsabilidad fiscal opera diferente en su naturaleza y efectos al penal, e incluso se reporta que la Fiscalía estima prevaricadora la decisión en cuestión y dispuso compulsar copias para investigar a los funcionarios que intervinieron en ella.

Pero, tratándose de un examen del punto específico de los sobrepuestos, cuando menos lo allí referenciado debió ser motivo de análisis para las instancias.

Mucho más, se resalta, si precisamente ese fue un tópico puntual abordado por la defensora de uno de los procesados en la apelación al fallo de primer grado, que no mereció ningún pronunciamiento del Tribunal.

En sustento de la decisión de no proseguir juicio fiscal, expresamente la Resolución en cita significa que los precios del mercado no son los mismos que se ofrecen a la administración municipal, dados los factores que inciden negativamente respecto de costos y plazos de pago.

Incluso, se citó lo declarado allí por el Director Comercial de Triturados El chocho (uno de los distribuidores a los que los auditores pidieron cotización para contrastarla con los contratos en revisión), quien expresamente anotó que, en efecto, los precios ofrecidos operan para las compras que se hagan en cantera, esto es, el adquirente debe ir por los materiales a su fuente, y operan de estricto contado.

Así citó la Resolución de archivo lo dicho por el testigo en cuestión6: “El señor NELSON SUÁREZ DELGADO, Director Comercial de la Empresa Triturados El Chocho (que fue una de las empresas que cotizó para la Contraloría) manifiesta en declaración jurada que la cotización presentada es de estricto contado y que esos precios cotizados no los sostendría para una negociación con el municipio, lo que conlleva una venta a crédito, el tiempo que se demoran en pagar y hay que sacar pólizas, impuestos, estampillas.”

Ya sobre otra arista del supuesto detrimento patrimonial, la primera instancia advirtió, sin hacer referencia a ningún medio probatorio, que no es posible atender a lo dicho acerca del precio del transporte y el sobrecosto que ello conlleva, dado que los materiales deberían hacerse llegar a los talleres del municipio; y si se trataba de zonas rurales, debieron ser transportados en volquetas de propiedad del ente territorial.

En contrario, los acusados dijeron que el cupo vehicular impedía utilizar las volquetas para transportar a las zonas rurales los materiales, explicando ello que debiera pagarse al proveedor por entregarlos en la obra -como incluso registran los contratos allegados al plenario-, con los consecuentes sobrecostos.

De manera expresa el procesado MARCO LEÓN VILLEGAS, en la ampliación de indagatoria surtida el 6 de mayo de 2004⁷, significó que se debió contratar con transporte hasta la obra porque la Secretaría no contaba con suficiente parque automotor y las volquetas de propiedad del municipio tienen poca capacidad de carga (5 metros cúbicos), al tanto que las utilizadas por el vendedor superan ampliamente esos mínimos (de 15 a 20 metros cúbicos).

En respaldo de su afirmación, allegó el funcionario el Oficio 550 del 29 de diciembre de 2000⁸, en el cual se señala que un 77% del parque automotor del municipio de Cali se hallaba falto de mantenimiento o inutilizado.

La prueba en cuestión, se agrega, no fue considerada por ninguna de las instancias.

Tampoco las instancias aludieron, así fuese de manera adjetiva, a lo dicho⁹ por Wilson Vargas Abello, auditor adscrito a la Contraloría y quien presentó el informe en el cual se dan a conocer las presuntas irregularidades detectadas en la Secretaría de Mantenimiento Vial.

En concreto, sobre lo que se examina, el funcionario estima que es más económico adquirir en el lugar de venta el material y transportarlo en los propios vehículos de la administración municipal.

Pero, preguntado por las diferencias entre una y otra formas de adquisición, advierte que no es posible de entrada verificar la conveniencia de comprar en el sitio o con sobrecosto de transporte, pues, para el efecto deben verificarse algunas variables, entre

ellas, el costo de combustible por cada metro cúbico transportado, la capacidad de arrastre del automotor, en metros cúbicos, y la distancia medida en kilómetros.

Esa no fue, cabe agregar, una investigación adelantada por la Fiscalía, ni se allegó peritaje que verificara el tópico.

El Tribunal, para soportar la condena por el delito de peculado por apropiación, expresamente argumentó respecto de los costos de transporte:

“pues los materiales fueron adquiridos por el municipio en la modalidad de puestos en la obra, lo que significa que el costo del servicio de transporte de los materiales estaba incluido en el precio. Por tal razón no resulta válido justificar el incremento de los precios con la excusa de que había que incluir el costo del transporte”.

Para la Corte el argumento construido por el Tribunal se aprecia circular y carece del efecto incriminatorio que se le quiere dar.

Es que, si precisamente los procesados alegaron que el contrato fue suscrito por un precio superior a los del mercado, en atención a que debía transportarse el material hasta la obra y ello genera un sobre costo, es natural que en el texto del contrato se incluya esa circunstancia.

En otras palabras, si se tratara de encontrar delictuoso el hecho, esto devendría precisamente de lo contrario, esto es, que a pesar de no pactarse el traslado del material hasta la obra, se dijera que el sobre costo ocurre por dicho traslado.

Observa la Corte que si efectivamente el contrato contempla que los materiales deben entregarse en la obra y allí se incluye un precio total, incluyendo este factor, la prueba documental lejos de afectar a los procesados o constituir argumento incriminatorio en su contra, avala la justificación entregada, en tanto, el soporte del alegado sobre costo reposa

en la comparación con los precios normales del mercado, que no incluyen este y otros factores onerosos para el vendedor cuando su cliente es la administración municipal.

1. El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Delimitados al inicio los argumentos que soportan, en ambas instancias, la condena común por esta conducta punible, la Corte debe partir por señalar cómo el soporte argumental, fáctico y probatorio es bastante precario, por decir lo menos, construido con base en conjeturas y a partir de verdaderas peticiones de principio -yerro lógico que consiste en dar por probado lo que precisamente debe ser objeto de comprobación-.

Incluso, se verifica una ostensible contradicción entre las instancias respecto de lo que debe entenderse por fraccionamiento, pues, el A quo sostiene que el soporte objetivo del delito, en cuanto vulneración del principio de transparencia, reposa en que se fraccionaron las empresas contratantes a las cuales se otorgaron los contratos de suministros, dado que pese a contar con diferente razón social y representante legal, pertenecen a la misma persona; al tanto que el Ad quem extendió bastante el concepto, para aseverar que el fraccionamiento operó en la cuantía de los contratos, pues, se hicieron individuales por precios menores para eludir la licitación pública.

Acerca de esta manifestación del Tribunal, que soporta en esencia la condena, apenas cabe decir que jamás el fallador colegiado precisa por qué efectivamente la suma de los contratos individuales permite asumir que el total obligaba acudir a licitación pública.

Lo afirmado, entonces, se queda en el reino de la indeterminación y prefigura el error por violación del principio de razón suficiente, acerca del cual dijo la Corte¹⁰ en reciente sentencia:

“Dentro de la lógica formal, aunque algunos lo emparentan más con postulados gnoseológicos, ha sido incluido el principio de razón suficiente que, para lo referido al debate jurídico y limitado exclusivamente al examen individual de la prueba, implica establecer siempre en el argumento la conexión causa-efecto, vale decir, señalar expresamente las razones que conducen a la conclusión.

En consecuencia, la lógica argumentativa demanda necesario en todos los casos, para que el postulado dialéctico se entienda completo y sujeto a contrastación, establecer el fundamento de lo que se concluye.

Huelga anotar que la exigencia en cita desborda el plano meramente lógico o formal, pues, en sede de legitimidad, la verificación de que lo decidido no obedece apenas al capricho del funcionario deriva consecuencia de la posibilidad de examinar los argumentos que la soportan.

Pero, además, el debido proceso y su arista de contradicción reclaman necesaria la sustentación, como quiera que solo a partir de conocer las razones que motivan la conclusión es factible controvertir esta.”

De esta manera, es claro que el Tribunal violó el principio en cuestión cuando, sin fundamento probatorio o jurídico de soporte, afirmó que se presentó un fraccionamiento contractual para eludir la licitación pública.

Desconoció el Ad quem, además, que ya sobre el punto se había pronunciado la Fiscalía de segunda instancia al desatar el recurso de apelación presentado por la defensa contra la resolución de acusación, advirtiéndole que no podía atribuirse a los acusados el dicho fraccionamiento, dado que la suma de los contratos individuales no supera el monto legal exigido para acudir a la licitación pública.

De esta manera, lo único que queda vigente para soportar la condena por el delito de

contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conforme lo argumentado por las instancias, es que tres de los favorecidos con los contratos de suministro de materiales de cantera, a pesar de contar con registro de Cámara de Comercio distinto y diferente representante legal, obedecen al mismo propietario.

En sustento del dolo que se registra en los acusados para contratar con esa unidad familiar, el A quo lo dedujo “de la forma ponderada como ejecutaron el hecho en tan poco tiempo”.

Tan puntual afirmación, huelga señalar, nada dice, o mejor, resulta huera en su contenido y efectos porque, a renglón seguido, el fallador omitió precisar su naturaleza o los argumentos y pruebas en que se soporta, incurriendo en violación ostensible del principio de razón suficiente.

Por lo demás, es bastante discutible que el sentenciador, si se tratase de encontrar algún sentido a la frase en cuestión, relacione el tiempo que registra la celebración de los contratos como factor para definir el dolo inserto en el actuar, cuando jamás se pone en tela de juicio la necesidad de adquirir los materiales en los momentos en que ello ocurrió.

Y, atinente a la posible materialización de un comportamiento irregular por parte de los cotizantes u oferentes, apenas cabe significar que ello solo es posible hacerlo valer en contra de los acusados si se verifica que conocieron o debieron indefectiblemente conocer el hecho, no empece lo cual asumieron el efecto de contratar con ellos.

Nada señalan las instancias para asumir probado por fuera de toda duda que, en efecto, los procesados supieron de la dicha irregularidad.

Y, en contrario, con prueba que fue examinada parcialmente en su contenido por los falladores, u omitida en su totalidad en inescapables yerros facticos derivados del falso

juicio de identidad por cercenamiento y el falso juicio de existencia por omisión, se alzan elementos suasorios que permiten asumir desconocido ello por los procesados.

En particular, durante la versión jurada rendida en juicio por Lucierne Obonaga Lopera¹¹, a la sazón Secretaria General de la dependencia a cargo de los acusados, referenció ella el trámite que en la oficina se adelantaba para otorgar los contratos de suministro de materiales.

Acerca de las condiciones jurídicas de las empresas cotizantes, dijo la atestante que los empleados Herlán Castrillón y María Fernanda Leal “verificaban que la empresa existiera, es decir que la empresa no fuera ficticia, verificaban las condiciones propias de la misma en la parte jurídica y llamaban a verificar los precios”.

Además, en la Resolución que decidió archivar el trámite del proceso de responsabilidad fiscal (dejada de examinar por las instancias), la Contraloría advirtió que las empresas cuestionadas se encontraban registradas en la Cámara de Comercio, fueron constituidas en notaría en épocas distintas y contaban con representantes legales diferentes, vale decir, que su creación y funcionamiento independiente se ofrecían, en principio, legales para la entidad oficial que decidiera contratar con ellas.

TRASCENDENCIA DE LOS YERROS

Ya cuando se asumió el examen de los argumentos que, en las instancias, soportaron la definición de responsabilidad por cada uno de los delitos objeto de acusación, se pudo verificar la trascendencia individual de los yerros despejados.

Ahora apenas cabe destacar, en contextualización de lo individualmente reseñado, que una vez eliminados esos errores y examinado el cúmulo probatorio, no es posible sostener decisión de condena, pues, y ello referencia ambas ilicitudes, ningún elemento suasorio trascendente se alza para inferir que efectivamente los acusados ejecutaron las

conducta punibles de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales con plena conciencia y voluntad.

Todo lo contrario, las varias atestaciones juradas y documentos allegados oportunamente, permiten significar acorde con la normatividad existente y los precios del mercado vigentes para el momento, las diferentes adquisiciones de rocamuerta y material granulado, pues, el exceso frente a las cotizaciones que posteriormente solicitó la Contraloría en aras de determinar la posible materialización de daño patrimonial, se explicó amplia y suficientemente en circunstancias tales como la aplicación del IVA y los sobrecostos que siempre frente a la administración aplican los proveedores, en atención a impuestos, pólizas, descuentos y pago a plazo que enfrentan estos.

Además, pudo definirse demostrada la explicación de los acusados, referida a que en virtud de la carencia de parque automotor y los costos que implicaba asumir la administración el traslado de dichos materiales desde la cantera, era necesario aplicar sobrecostos para efectos de que el proveedor los llevase hasta el sitio de obra, como quedó expresamente consignado en el texto de los contratos.

Nunca, por lo demás, se verificó o siquiera allegó elemento probatorio que dijera desfasado del listado de precios existente con antelación en la oficina a cargo de los procesados, el valor cubierto en los contratos cuestionados, si se atiende a los sobrecostos antes relacionados.

Y, si se tiene claro que los acusados desempeñaron el cargo de manera sucesiva, por un periodo corto (8 y 9 meses), resulta cuando menos aventurado sostener, sin elemento de juicio que así lo haga ver, materializada una supuesta coordinación criminal de estos entre sí y de ellos con los proveedores, a fin de esquilmar las arcas municipales pagando precios superiores a los del mercado.

Entiende la Sala, de lo arrojado por el cúmulo probatorio, que cada uno de los

funcionarios intervino independientemente, conforme su criterio, adoptando las decisiones propias de la labor y en seguimiento de lo que en la oficina se acostumbraba realizar, sin posibilidad de modificar actividades o trámites internos asumidos de manera diferenciada por las varias dependencias, dado el corto tiempo de labor desarrollada.

Nada, en lo absoluto, permite verificar algún tipo de comportamiento doloso o dirigido a afectar las finanzas municipales, pues, ni siquiera se conoce que entre los acusados existiera familiaridad o amistad -incluso, uno entró a reemplazar al otro cuando el periodo constitucional del alcalde no había culminado- y tampoco tales aspectos fueron colegidos de la relación de estos con los proveedores.

Y, por último, si de verdad el hecho de existir tres empresas gobernadas por la misma férula familiar, representa desdoro o afectación a la transparencia de los contratos, tampoco existe el mínimo elemento probatorio que permita advertir que ambos procesados, durante el corto lapso de su función, tuviesen conocimiento de ese hecho, ni mucho menos, hubiesen fraguado alguna confabulación dolosa con los proveedores para entregarles los contratos a un costo oneroso.

Como la prueba fue examinada en conjunto por las instancias, para deducir de la suscripción de los contratos en cada período cubierto por los acusados, la supuesta responsabilidad penal, es claro que la manifestación realizada aquí respecto de la inexistencia de detrimento patrimonial y ausencia de elementos de juicio para definir conocimiento y voluntad en la suscripción de ellos con miembros del mismo conglomerado familiar, opera para ambos procesados y obliga su absolución.

Revocados los fallos de instancia, ha de decirse que ningún pronunciamiento es necesario realizar respecto de la libertad de los procesados, dado que al momento de resolverse sobre su situación jurídica, la fiscalía se abstuvo de imponer en su contra

medida de aseguramiento.

En mérito de 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,

FALLA:

Primero: CASAR la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Cali.

En consecuencia, se REVOCA la condena que por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, fue impuesta en contra de MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ y LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ.

Segundo: ABSOLVER a MARCO LEÓN VILLEGAS VELÁSQUEZ y LUIS EDUARDO OSORIO MARTÍNEZ, de los cargos que por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, les formuló la Fiscalía General de la Nación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Párrafo primero, folio 770 del cuaderno 3 reconstruido.

2 Folios 689, 690 y 691 del Cuaderno 3 reconstruido

3 Folio 21 del cuaderno 1 reconstruido

4 Folio 20 del cuaderno 1 reconstruido.

5 Folio 20 del cuaderno 1 reconstruido.

6 Folio 452 del Cuaderno 2 reconstruido.

7 Folio 427 del cuaderno 2 reconstruido

8 Folios 432, 433, 434 y 435 del cuaderno 2 reconstruido

9 Folios 295 y s.s. del cuaderno 1 reconstruido

10 Radicado 38097, del 24 de septiembre de 2014

11 Folio 679 del cuaderno 3 reconstruido