

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP1316-2019

Radicación n.º 54973

Aprobado Acta n.º 95

Bogotá D.C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la fiscalía, el representante del Ministerio Público y el defensor del procesado condenado, contra la sentencia suscrita el 28 de noviembre de 2018, leída en audiencia el 30 de enero de 2019 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba), mediante la cual en pronunciamiento mixto condenó a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, fiscal seccional de la misma ciudad, y absolvió a ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, juez promiscuo del circuito de Montelíbano (Córdoba), de los delitos de prevaricato por acción y por omisión, por los cuales fueron acusados.

HECHOS

De la extensa acusación, la Sala logra extraer que el reproche penal se dirige a las actuaciones y omisiones en las que incurrió JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, en su condición de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Montería y el actuar de ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, Juez Promiscuo del Circuito de Montelíbano (Córdoba), en tres indagaciones penales:

1). Código Único de Investigación 230016001015201006483 originado en la denuncia instaurada el 30 de septiembre de 2009 por Abelardo Antonio Páez Burgos, en contra del para entonces exalcalde de Puerto Libertador (Córdoba), Tulio César Valderrama Mercado, y el alcalde Mario Elías Carrascal Nader, en la que les atribuyó irregularidades relacionadas con el indebido reconocimiento y pago de prestaciones sociales, según la Resolución F001 del 18 de enero de 2007, a personas que ejercieron la actividad de profesores a través de contratos de prestación de servicios, luego, no tenían derecho a ellas, dada la inexistencia de vínculo laboral con la administración municipal, sin contar con que las supuestas acreencias habían prescrito.

A esta inicial denuncia, Abelardo Antonio Páez, en diligencia de ampliación agregó 15 hechos, algunos de ellos igualmente referidos en la entrevista rendida por Ramiro Curiel Moreno, todos relacionados con los pagos irregulares ordenados en desarrollo de la intervención del Estado en la economía del municipio, conforme a la Ley 550 de 1999.

El fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ incurrió en el delito de prevaricato por omisión, desde el mismo momento en que de manera consciente y voluntaria cesó su deber de actuar o que omitió sin ninguna justificación su deber de investigar las conductas denunciadas, esto es a partir del 22 de septiembre de 2010, fecha en la cual solicitó al Juez Promiscuo del Circuito de Montelíbano -Córdoba, la preclusión de la investigación, con lo cual desconoció el artículo 250 de la Constitución Política y los artículos 7, 66, 114 numeral 1, 200, y 322 del C.P.P., que lo obligaban a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito [...] aquí ni investigó esos hechos que revisten la calidad de delito, ni se compulsaron copias, ni se aplicó el principio de oportunidad, con lo cual dolosamente vulneró el bien jurídico tutelado por el legislador...»¹

Y en el punible de prevaricato por acción, al haber solicitado y sustentado la preclusión de la investigación «a pesar de que los elementos materiales probatorios recaudados

demostraban la ilicitud de esa resolución» (F001 del 18 de enero de 2017), «y el detrimento patrimonial de que fue víctima el municipio... el fiscal hace un resumen torcido de la denuncia formulada por... ya que en ningún momento mencionó que la vinculación de los docentes fue por un contrato de prestación de servicios o por convenios interadministrativos»².

Por su parte, el juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO prevaricó por acción en su decisión del 12 de octubre de 2010, mediante la cual accedió a la solicitud de preclusión de la investigación en favor de los alcaldes Tulio

César Valderrama Mercado y el alcalde Mario Elías Carrascal Nader, proveído adoptado «con la sola argumentación del fiscal, sin que existiera debate probatorio, pues dicha pretensión probatoria no estaba debidamente sustentada... no valoró los elementos materiales probatorios recogidos que se encontraban dentro de la carpeta del fiscal, ni valoró la denuncia formulada por el señor ABELARDO ANTONIO PÁEZ...»³

2). Código Único de Investigación 230016001015201002524 originado en el informe de la Contraloría General de la República que reportó un hallazgo con incidencia en el campo penal, relacionado con la suscripción del contrato de prestación de servicios n.º 025-PS-2008, el 10 de noviembre de 2018, entre el alcalde Mario Elías Carrascal Nader y la Fundación Social de Sintrainagro Nuevo Milenio -FUNDAMILENIO, cuyo objeto era la realización de un estudio socio ambiental en el sector de la quebrada San Pedro del municipio Puerto Libertador, en orden a determinar su deterioro.

El contrato debió celebrarse a través de la modalidad de consultoría, por tratarse de la elaboración de un estudio diagnóstico para determinar el deterioro del ambiente en un sector del municipio, por lo que su realización debía ceñirse a las reglas fijadas en el numeral 3 del art. 3 de la Ley 1150 de 2007 y los artículos 54 a 74 del Decreto 2472 de 2008, más no a través de la adjudicación directa.

Ante tales irregularidades, el fiscal «no debió solicitar la preclusión de la investigación sino formular la imputación o aplicar un principio de oportunidad; sin embargo, solicitó la preclusión porque consideró que el alcalde reelecto obró con error invencible que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de adecuación típica conforme al numeral 10 del art. 32 del C.P., con el argumento que en el estudio previo de conveniencia y oportunidad realizado por el secretario de infraestructura [...] se plasmó la necesidad de realizar la contratación de prestación de servicios dejando constancia de la empresa que debía ser contratada directamente, pues dicha contratación servía de apoyo a la alcaldía Municipal para el cumplimiento de la función establecida en la Constitución y la Ley, ... toda vez que el alcalde en su condición de comerciante, no tenía los conocimientos profundos del derecho y por lo mismo desconocía que infringía la ley penal...»⁴

Con dicha solicitud de preclusión, el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ incurrió en el delito de prevaricato por acción, al desconocer que los contratos que tienen como objeto la elaboración de estudios de diagnóstico, deben agotar el trámite de selección propio del contrato de consultoría, es decir, a través del concurso de méritos, de acuerdo con lo normado por el artículo 115 del Decreto 222/83; artículo 32 de la Ley 80 de 1993; la Ley 1150 de 2007; el Decreto 066/2008 y el Decreto 19/2012. Pero aun aceptando que podía hacerlo escogiendo ese tipo de modalidad de selección, el alcalde obvió agotar los pasos establecidos en el Decreto 2474 de 2008 para cualquier negocio estatal.

Esta solicitud y argumentos ‘amañados’, fueron acogidos por el juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, quien con su decisión ‘manifiestamente contraria a la ley’ reconoció la causal de ausencia de responsabilidad invocada por el fiscal, sin sustento probatorio alguno.

Con el proveído prevaricador, el juez CASTILLO CÁRCAMO desconoció «el artículo 29 de la [Constitución Política](#), en cuanto hace relación a la forma como se debe sustentar una preclusión de la investigación e incorporar los elementos materiales probatorios conforme lo

establece el art. 431 del C. de P.P., en tratándose de documentos y la forma como se realiza la audiencia en atención a lo dispuesto por el art. 333 ibídem... desconoció los lineamientos del artículo 380 del D. de P.P., en razón a que ninguno de los elementos materiales ofrecidos, y no leídos por la fiscalía [...] mostraban con certeza la presencia del error invencible de tipo para sustentar preclusión de investigación.»

3). Código Único de Investigación 230016001015201002525 originado en el informe de la Contraloría General de la República que reportó un hallazgo con incidencia en el campo penal, relacionado con la adjudicación del contrato n.º 031-PS-2008, en forma directa a la Fundación Social para las Soluciones Empresariales, bajo la modalidad de prestación de servicios, cuando debió hacerlo a través de la consultoría, debiendo, en consecuencia, agotar las etapas propias de los contratos estatales, toda vez que su objetivo 'ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL, ASISTENCIA TÉCNICA Y CAPACITACIÓN A LOS MINEROS DEL SECTOR DE LA MINA EL ALACRÁN' , no es de aquéllos exceptuados del concurso de méritos.

Se acusa al fiscal y al juez de incurrir en el delito de prevaricato por acción por idénticos argumentos a los aducidos en el numeral anterior.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por estos hechos la Fiscalía formuló imputación en contra de los doctores ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, VICTOR DANIEL CASTILLA PLAZA y JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, por la comisión de los delitos de prevaricato por acción y por omisión, en concurso homogéneo, en audiencias celebradas el 9 de abril y 6 de mayo de 2014.

El 3 de julio del mismo año, el ente fiscal radicó el escrito de acusación y la correspondiente audiencia se llevó a cabo durante los días 2 de septiembre y 3 de octubre⁵, manteniéndose las imputaciones fácticas y jurídicas descritas en precedencia.

Fue así como la imputación jurídica se concretó para el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ

DÍAZ, como posible autor del delito de prevaricato por acción cometido en las tres investigaciones penales atrás mencionadas, y por omisión respecto del primer radicado, mientras que para el juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, como autor del punible de prevaricato por acción estructurado, según la Fiscalía, en las tres providencias a través de las cuales se accedió a la pretensión del Fiscal, declarando la preclusión de la investigación.

Se inició el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el artículo 344 de la misma ley, para lo cual el Fiscal leyó los medios de prueba testimoniales y documentales plasmados en el anexo al escrito de acusación.

Los días 26 de enero, 16, 17, 18, 19 de marzo, 7, 15 y 26 de mayo de 2015 se realizó la audiencia preparatoria.

En dicha audiencia se escucharon las pretensiones probatorias tanto de la Fiscalía como de los abogados de la defensa, lo cual ocurrió luego de cumplirse el trámite atinente a la culminación del descubrimiento, la enunciación y la oportunidad para realizar estipulaciones probatorias.

Escuchadas las oposiciones de las partes, el Tribunal decretó todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía. Igual decisión adoptó frente a las pretensiones probatorias realizadas por quienes ejercen la defensa técnica de los acusados, pronunciamiento frente al cual interpusieron el recurso de apelación la Fiscalía y los defensores, el cual fue desatado por esta Corporación el 30 de septiembre de la misma anualidad.

Luego de múltiples intentos, el juicio oral se instaló el 14 de junio de 2017, oportunidad en la cual la fiscalía presentó su teoría del caso, al igual que lo hizo el defensor del juez CASTILLO CÁRCAMO, mientras que la defensa de FLÓREZ DÍAZ optó por no hacer alegato de inicio.

Durante las sesiones evacuadas el 25, 27 de septiembre; 24, 25 de octubre de 2017; 6, 7, 8, 12, 13 de junio de 2018, se practicaron las pruebas testimoniales y se incorporaron los documentos solicitados por el ente acusador y la defensa.

Los días 26, 27 y 28 de septiembre las partes expusieron los alegatos de conclusión y el 7 de noviembre del mismo año el tribunal anunció el sentido del fallo, siendo este de naturaleza mixta, al declarar responsable de los delitos de prevaricato por acción y por omisión al fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ y absolver de los cargos de prevaricato por acción al juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO.

En audiencia del 30 de enero de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería leyó la sentencia de primera instancia, en contra de la cual, la Fiscal, el representante del Ministerio Público y el defensor de JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ interpusieron recursos de apelación, sustentados oportunamente.

LA DECISIÓN APELADA

El Tribunal Superior de Montería, acorde con el sentido del fallo, profirió sentencia mediante la cual condenó a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ por los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo (3) y prevaricato por omisión, y absolvió al juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO de los cargos de prevaricato por acción.

Consideró, respecto de las irregularidades en las que incurrió el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, por omisión y por acción, cuando tuvo bajo su cargo la indagación preliminar 230016001015201006483, que la Fiscalía probó los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales.

El prevaricato por omisión, porque el fiscal no investigó la totalidad de los hechos denunciados por Abelardo Antonio Páez Burgos, incumpliendo su deber de investigar y sancionar a los autores de una conducta punible, quedando éstas en la impunidad.

El prevaricato por acción, porque en forma torticera y sesgada solicitó la preclusión de la investigación de uno solo de los hechos denunciados, omitiendo enseñar al juez la totalidad de los elementos materiales recaudados.

En el análisis de las conductas de prevaricato por acción desplegadas por el fiscal en las indagaciones preliminares 230016001015201002524 y 230016001015201002525, señaló que JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, en su condición de fiscal seccional asignado, solicitó en audiencia las preclusiones de las investigaciones, invocando la causal prevista en el numeral 2° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, a pesar de no contar con elementos materiales probatorios que la sustentaran.

En tal sentido, dichas solicitudes son contrarias al ordenamiento jurídico que impone al fiscal el deber de probar la causal alegada.

El aspecto subjetivo de la tipicidad, señala el fallo, se infiere de las solicitudes realizadas en audiencia, pese a su amplia experiencia como funcionario de la Fiscalía, lo cual permite concluir que FLÓREZ DÍAZ actuó con conciencia y voluntad de estar trasgrediendo la ley.

De acuerdo con lo anterior, condenó a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, como autor de tres delitos de prevaricato por acción y uno por omisión, a la pena principal de setenta y ocho (78) meses de prisión, multa de noventa y dos punto noventa y dos (92.92) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la comisión de los hechos y ochenta y ocho (88) meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones pública. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la intramural, en consecuencia, ordenó librar la correspondiente captura.

Respecto del juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO consideró que las tres solicitudes de preclusión de la investigación fueron decididas ciñéndose a lo argumentado por el fiscal, quien lo engañó ocultándole información, razón por la cual, las providencias no son típicas

desde lo objetivo. Simultáneamente afirma la ausencia de dolo con la que actuó el juez procesado.

Con base en tales razones absolvió a CASTILLO CÁRCAMO de los tres cargos formulados por prevaricato por acción.

SUSTENTACIÓN DE LOS RECURSOS

1. El delegado de la Fiscalía expone su disenso frente a las penas impuestas al fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, en tanto el tribunal no lo sancionó con la accesoria de pérdida del empleo o cargo público, a pesar de que en la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, la solicitó.

Sobre la absolución con la que fue beneficiado ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, insistió en que las tres preclusiones de la investigación proferidas por este, a solicitud del fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, son manifiestamente contrarias a la ley, además de que su comportamiento se dirigió en forma consciente y voluntaria a trasgredir el artículo 413 del Código Penal.

Soporta su pretensión en los hechos descritos en las audiencias de formulación de imputación y acusación, repitiendo su postura acerca de la estructuración del tipo penal de prevaricato por acción.

2. el representante del Ministerio Público, luego de consignar los hechos y hacer un recuento procesal de lo actuado y pruebas recaudadas, solicita a esta Corporación revocar el fallo recurrido, para que en su lugar se condene al juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO por el delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo, tal como fue acusado, teniendo en cuenta que su situación se asimila a la del fiscal condenado.

Discurre acerca de la naturaleza de la providencia mediante la cual se declara la preclusión

de la investigación, para concluir que es una carga ineludible de la Fiscalía General de la Nación demostrar la causal alegada, lo cual implica entregar a la judicatura los elementos probatorios que sustentan su pretensión, luego, agrega, una decisión con la que se pone fin al proceso debe contar con sustento y no fincarse en el capricho del funcionario judicial.

Frente al dolo, señala la claridad con la cual la primera instancia afirmó que el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ desconoció el material probatorio con el que contaba, decidiendo arbitrariamente sustentar la preclusión de la investigación en favor de los alcaldes del municipio de Puerto Libertador, razones que, igualmente debieron trasladarse para el procesado CASTILLO CÁRCAMO, toda vez que no se está frente a un «primerizo en las lides judiciales».

En consecuencia, aduce, si el juez no contaba con las evidencias que le permitieran tener el convencimiento necesario para precluir la investigación, debió negar la petición.

De manera específica cuestiona los argumentos del juez CASTILLO CÁRCAMO para precluir las investigaciones, abordando por separado los cargos:

La preclusión proferida en la indagación preliminar 230016001015201009006483, en audiencia realizada el 12 de octubre de 2010, es manifiestamente contraria a la ley por cuanto el juez, pese a que el fiscal no cumplió con su deber de sustentar la petición, accedió a su pretensión sin contar con elementos de juicio que le permitieran deducir con certeza, plena prueba o conocimiento más allá de duda, que no se estructuraba la conducta punible.

El registro técnico de la audiencia de preclusión, informa sobre el aporte probatorio casi inexistente y la falta de valoración probatoria, con lo cual se puede «identificar como circunstancias de orden doloso por las circunstancias que rodearon el hecho.»

Trascribe los argumentos del fiscal para solicitar la preclusión de la investigación, y los

esgrimidos por el juez para decretarla, frente a los cuales afirma que las pruebas obrantes en la carpeta permitían establecer que el tiempo de servicio cuyo pago se ordenó a los docentes de ese municipio no contaba con respaldo, razón por la cual el alcalde Tulio Manuel Valderrama Mercado no debió reconocer dichos conceptos, mientras que el nuevo mandatario Mario Carrascal Nader, tampoco debió ordenar su pago.

Cuestiona que el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ hubiera ordenado recibir entrevista a un pequeño número de personas beneficiadas por la resolución F-001 de 2008, puesto que los favorecidos fueron más de 100 docentes. Adicionalmente, dice, no hubo corroboración de la real acreencia de la alcaldía para con esas personas.

De acuerdo con lo anterior, solicita a la Corte revocar la decisión de absolver al juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, para en su lugar, condenarlo por el delito de prevaricato por acción.

Sobre las preclusiones de investigación dictadas por CASTILLO CÁRCAMO el 4 de abril de 2011, en favor del alcalde Mario Elías Nader Carrascal dentro de las indagaciones preliminares 230016001015201002524 y 230016001015201002525, señaló que la causal invocada por la fiscalía y reconocida por el juez -numeral 2° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, no estaba soportada probatoriamente, luego, la providencia es prevaricadora.

En tal sentido, transcribe la argumentación expuesta por el fiscal para lograr la preclusión de la investigación, censurando que se hubiera reconocido que el funcionario de la administración municipal actuó bajo un error invencible de que su actuar constituía el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sobre la base de que existía dificultad para diferenciar un contrato de prestación de servicios de uno de consultoría.

Agrega que el actuar amañado del fiscal se transmite al juez, pues a este le correspondía exigir que se le presentaran los elementos materiales probatorios y no decidir únicamente con lo que el funcionario del ente acusador le argumentó.

En cuanto al dolo cita precedentes de esta Sala de Casación Penal, en los que se explica su demostración a partir de factores probados en el proceso, es decir, que no se requiere prueba directa, sino inferencial.

Por último, cataloga de prevaricadora la decisión judicial, en cuanto el funcionario citó a la posible víctima de la contratación ilegal, para el caso la Contraloría General de la República.

Concluye que el juez actuó «con conocimiento y voluntad de contrariar manifiestamente el ordenamiento jurídico, aspecto que se deduce de su formación profesional, abogado de profesión, de amplia trayectoria judicial, por lo que no le era extraño el discernimiento de la causa que se le presentaba por partida doble...». En consecuencia, solicita su condena por el doble prevaricato por acción configurado en las dos providencias emitidas en audiencia el 4 de abril del 2011, mediante las cuales precluyó la investigación en favor del entonces alcalde municipal de Puerto Libertador (Córdoba).

3. El defensor del procesado JUVIER ALFEDO FLÓREZ DÍAZ, solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria por los delitos de prevaricato por acción y por omisión, cuestionando diversos aspectos del fallo.

Frente al primer reproche, prevaricato por acción y por omisión configurados dentro de la indagación preliminar en la que obra como denunciante Abelardo Antonio Páez, después de transcribir los argumentos del tribunal, concluye que a su representado la fiscalía le endilga comportamientos y responsabilidad penal bajo una lógica propia de la Ley 600 de 2000, pese a que su juzgamiento se ha regido por la Ley 906 de 2004.

Así, la omisión atribuida, consistente en el silencio que guardó en la audiencia de preclusión de la investigación sobre las quince situaciones a las que se habría referido el denunciante en diligencia de ampliación, para limitar su solicitud al hecho relacionado con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales debidas a más de 100 profesores, la explica

en el factor de la unidad procesal, en tanto se trata de conductas cometidas por distintas personas en tiempos diversos.

De manera que, afirma, es contradictorio que se le exija al fiscal que en la audiencia de solicitud de preclusión hubiera incluido las 15 conductas adicionales por el denunciante en la entrevista, cuando no existe ningún factor de conexidad, y por tanto, como lo ordena el artículo 50 de la Ley 906 de 2004, por cada delito debía iniciarse una actuación procesal.

De manera que el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, cuando decidió solicitar la preclusión por uno solo de los hechos denunciados, no incumplió su deber porque no renunció, ni suspendió, ni interrumpió el ejercicio de la acción penal respecto de los otros, lo que conlleva a concluir que no se estructuró el delito de prevaricato por omisión, toda vez que no se determinó el verbo rector omitir.

En cuanto al prevaricato por acción encuentra extraño que el a quo lo funde en la misma situación, es decir, en el hecho de que durante la audiencia de preclusión de la investigación JUVIER ALFREDO FLÓREZ no hubiera mencionado las otras conductas y concretara su petición al pago de prestaciones sociales reconocidas en la Resolución F001.

Acercas de que el fiscal no exhibió los elementos materiales probatorios, indica que el fallador de primer grado reconoció que a pesar de tal falencia, durante la audiencia JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ se refirió a ellos, luego no se advierte el incumplimiento del artículo 333 de la Ley 906 de 2004.

Conforme con lo anterior, considera equivocado el juicio de tipicidad objetiva, en relación con el delito de prevaricato por acción.

Respecto de los hechos segundo y tercero examinados en conjunto por el fallador colegiado de primera instancia, considera que la solicitud de preclusión sustentada por el fiscal FLÓREZ DÍAZ en audiencias realizadas el 4 de abril de 2011 en el Juzgado Promiscuo del

Circuito de Montelíbano (Córdoba), no configuran el delito de prevaricato por acción endilgado, toda vez que el funcionario dio a conocer las razones para sostener que el alcalde incurrió en un error de tipo al adjudicar los contratos 025 y 031 de 2008 a través de la modalidad de prestación de servicios y no de consultoría.

Pese a que el tribunal no termina de precisar qué es lo que finalmente se le reprocha a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, pues se refiere a aspectos tales como los precios del mercado, el objeto del contrato e incluso que debieron someterse a concurso de méritos, el fiscal acusado tenía claro que era un contrato de consultoría y por tanto debía ceñirse por las normas de la Ley 80 de 1993, solo que, como lo expuso en la audiencia, reconoció que el alcalde Mario Carrascal Nader obró con error sobre los hechos constitutivos de la infracción penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para lo cual dio a conocer las dificultades existentes en la época para diferenciar uno de otro.

Es paradójico, concluye, que el tribunal hubiera absuelto al juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO al considerar que las providencias con las cuales precluyó la investigación, accediendo a la pretensión del fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ son legales, pues ellas se emitieron con base en lo solicitado por este.

Continúa cuestionando que el fallo ni siquiera aluda a la supuesta contrariedad con la ley, y menos a la manera como la decisión resulta ser manifiestamente contraria a la ley.

En consecuencia, solicita a la Corte declarar que la conducta no es típica objetivamente y menos en el ámbito subjetivo.

LOS NO RECURRENTES

El abogado del procesado absuelto ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, solicitó a la Corte mantener la decisión de primera instancia, toda vez que se probó que el juez decidió las solicitudes de preclusión de investigación presentadas en audiencia por el fiscal JUVIER

ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, con argumentos razonables que fueron calificados por el tribunal como 'legales'.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba), mediante la cual absolvió a ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO del delito de prevaricato por acción cometido en concurso homogéneo, y condenó a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ por prevaricato por acción en concurso homogéneo y por omisión, por hechos cometidos cuando se desempeñaban como Juez Promiscuo del Circuito de Montelíbano, municipio de Córdoba, y Fiscal Seccional en el mismo departamento, respectivamente.

Como no se discute la condición de servidores públicos que ostentaban JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ y ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, en las fechas en que según la fiscalía, omitieron o actuaron contrario a la ley, valga recordar, septiembre de 2010 y abril de 2011, época para la cual desempeñaban el cargo de Fiscal Delegado ante Jueces Penales del Circuito de Montería y Juez Promiscuo del Circuito de Montelíbano (Córdoba), respectivamente, la Sala no se detendrá en ello.

Ahora, para responder las alegaciones de los recurrentes, la Sala, inicialmente concretará las situaciones fácticas que dieron lugar a la acusación, estableciendo los reproches deducidos a cada uno, así como la adecuación jurídica, luego de lo cual, estudiará si se cumplen los elementos objetivos de los tipos penales de prevaricato por acción y por omisión, como lo reclaman la Fiscalía y el Ministerio Público, o por el contrario, según lo arguye el defensor del fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, las supuestas omisión y acciones contrarias a la ley no se presentaron. Por último, de hallarse probada la materialidad de los mencionados tipos penales, se determinará si el actuar del fiscal y el

juez acusados, fue típico desde el ámbito subjetivo.

Lo anterior porque se advierte que durante la actuación no se delimitó el objeto del debate debido a la falta de definición de los hechos jurídicamente relevantes.

1. En el primer caso, la Fiscalía anunció irregularidades encontradas en la indagación preliminar número 230016001015201006483, en la que el denunciante Abelardo Antonio Páez Burgos denunció, el 30 de septiembre de 2009, al alcalde y exalcalde del municipio de Puerto Libertador (Córdoba), Mario Elías Carrascal Nader y Tulio Cesar Valderrama Mercado por los delitos de peculado por apropiación y concierto para delinquir, supuestamente cometidos entre los años 2007 y 2008 cuando dicho ente territorial estaba sometido al régimen de reestructuración de pasivos conforme a la Ley 550 de 1999.

Señaló el denunciante que el alcalde Tulio César Valderrama Mercado, el 18 de enero de 2007 expidió las resoluciones F001, F001A y F001C, por medio de las cuales reconoció a más de 100 profesores su derecho a prestaciones sociales, pese a que estos no tuvieron vínculo laboral con la alcaldía, sino que prestaron servicios a través de las Juntas de Acción Comunal o mediante contratación que no genera esta clase de prebendas. Agregó, que el reconocimiento de prestaciones sociales es un tema cuya competencia recae en un juez laboral y no en el alcalde municipal. Pero aun admitiendo que los exprofesores tenían este derecho, el alcalde no verificó que se trataba de prestaciones prescritas.

Culminado el periodo de Tulio César Valderrama, asumió la dirección del municipio Mario Elías Carrascal, quien, en lugar de revocar dicha resolución, ordenó su pago, causando un millonario detrimento patrimonial.

En entrevista recepcionada a Abelardo Antonio Páez Burgos, adicionó 15 situaciones fácticas respecto de las cuales solicitó investigación, y de las que igualmente dio cuenta el contador del municipio para el año 2007, señor Ramiro Antonio Curiel.

La indagación iniciada por un fiscal especializado de la ciudad de Montería, fue remitida por competencia a las Fiscalías Seccionales, en donde se asignó al despacho dirigido por el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, quien dejó constancia del hecho de la denuncia (25-06-2010), amplió el programa metodológico y libró órdenes a policía judicial en cumplimiento de las cuales se identificó a los indiciados, se les escuchó en interrogatorio; se recibieron cuatro entrevistas de algunas de las personas incluidas en la resolución F 001 de 2007 y allegó documentación que da cuenta de la aprobación del Ministerio de Hacienda para que el municipio de Puerto Libertador se someta a la Ley 550 de 1990.

Este recuento fáctico resulta indispensable para determinar los hechos jurídicamente relevantes a partir de los cuales se acusó al fiscal FLÓREZ DÍAZ como autor de los delitos de prevaricato en la modalidad activa y omisiva. Así, en la respectiva audiencia, la Fiscalía hizo cargos en contra del Fiscal Seccional, por el delito de prevaricato por omisión, porque:

* «No se investigaron ni compulsaron copias para que se investigara penalmente las conductas denunciadas y que revisten las características de delito de los siguientes hechos...»⁷

* Acomodó su comportamiento omisivo a la descripción típica efectuada por el legislador en el artículo 414 del Código Penal, desde el mismo momento en que de manera consciente y voluntaria cesó su deber de actuar o que omitió sin ninguna justificación su deber de investigar las conductas denunciadas, esto es, a partir del 22 de septiembre de 2010, fecha en la cual solicitó al Juez Promiscuo del Circuito de Montelíbano –Córdoba la preclusión de la investigación, por atipicidad de la conducta, con lo cual desconoció el artículo 250 de la [Constitución Política](#), y los artículos 7, 66, 114 numeral 1, 200 y 322 del Código de Procedimiento Penal, que lo obligaban a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que

revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio de información, sin que se le autorice renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, a excepción del principio de oportunidad, pero aquí ni investigó esos hechos que revisten la calidad de delito, ni se compulsaron copias, ni se aplicó el principio de oportunidad, con lo cual dolosamente vulneró el bien jurídico tutelado por el legislador, como lo es la administración pública.

La simple lectura de la acusación por el delito de prevaricato por omisión deja ver las falencias en la adecuación típica, en tanto ni la Fiscalía, al acusar, ni el tribunal, al condenar a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, concretaron el acto omisivo realizado por éste en forma deliberada al margen de la ley, tampoco mencionaron el término para el cumplimiento del mismo.

Precisamente, la Corte, al realizar un análisis de la estructura dogmática del delito de prevaricato por omisión, señaló que:

«a) El sujeto activo debe ser un servidor público en cualquiera de sus diversas modalidades (miembro de una corporación pública, empleado o trabajador del Estado y de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, miembro de la fuerza pública, particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, funcionario o trabajador del Banco de la República, integrante de la Comisión Nacional Ciudadana para la lucha contra la corrupción, o quien administre los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política), ya que se trata de uno de los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor de la conducta típica quien cumpla las condiciones especiales previstas en la norma.

b) Es un delito de omisión propia, es decir de mera conducta o actividad, lo cual significa que el comportamiento típico se realiza con la sola acción omisiva, o con la simple

infracción del deber de actuar, sin exigir la causación de un resultado específico separable de ella.

El delito de omisión se traduce siempre en la negación de una acción que el sujeto está obligado a realizar, o en el incumplimiento de un deber jurídico que le ha sido impuesto, y en tales condiciones, la omisión no existe per se, sino sólo en la medida que preexista un mandato que obliga a una determinada acción, en otros términos, debe suscitarse dentro de la órbita funcional del sujeto.

c) Se trata de un tipo penal de conducta alternativa susceptible de ejecutar mediante uno de los verbos rectores en él contenidos, esto es, omitir, retardar, rehusar o negar algún acto comprendido dentro de las funciones que debe realizar el funcionario, bastando, en consecuencia, para que la conducta típica se entienda ejecutada, la constatación material de una cualquiera de ellas, con independencia de las otras.

d) Es un tipo penal en blanco, en el cual el supuesto de hecho que contiene la conducta que la normatividad ordena o prohíbe, aparece consagrado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal, que debe preexistir al momento de la realización de ésta y a la cual se debe acudir para darle contenido al precepto.

Así las cosas, para la realización del juicio de tipicidad en el delito de prevaricato por omisión, es condición necesaria establecer la norma extrapenal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o denegó, y/o el plazo para hacerlo, al igual que su preexistencia al momento de la realización de la conducta, con el fin de poder constatar el cumplimiento del tipo penal objetivo.⁸

e) El bien jurídico protegido lo constituye la administración pública, ya que cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su

legitimidad y la confianza en sus instituciones.

f) De otra parte, atendiendo a su estructura subjetiva, se clasifica como un tipo penal esencialmente doloso, exigencia que entraña la confluencia de sus dos componentes, el cognitivo, que exige que quien realiza la conducta tenga conciencia de que es objetivamente típica, y el volitivo, que comporta querer realizarla, lo cual implica que el servidor público debe saber que la ley le impone la obligación de actuar, y no obstante ello, decide voluntariamente no hacerlo, o negarse a realizarlo, o tardíamente, con conciencia de que desatiende el deber funcional asignado legalmente y que su conducta es objetivamente típica.» CSJ AP5262-2016. Radicado 42007)

Por ser una conducta típica de carácter permanente,⁹ es necesario establecer, además de la norma que asigna al sujeto activo la función, el término para su cumplimiento, presupuestos indispensables para realizar el juicio de tipicidad del delito de prevaricato por omisión:

No en vano, la Corte de tiempo atrás ha venido reiterando en relación con el juicio de tipicidad del delito de Prevaricato por omisión, que para su acometimiento «es necesario establecer primero qué norma asigna al sujeto la función y el término para su cumplimiento y, luego, verificar si el funcionario conociendo el precepto, deliberadamente omitió, rehusó, retardó o denegó el acto propio de la función, y finalmente si el comportamiento se encuentra o no justificado. (CSJ SP, 2 oct. 2003, rad. 20648. En el mismo sentido, CSJ SP, 27 oct. 2004, rad. 2639; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 28428).

Ciertamente, desde lo fáctico se acusa al fiscal FLÓREZ DÍAZ de no haber investigado quince hechos adicionados por el denunciante en una entrevista; no obstante, contradictoriamente se dice que la conducta omisiva se estructura a partir del 22 de septiembre de 2010 cuando solicitó la preclusión de investigación por el caso relacionado con la resolución F 001 de 2007, es decir, la que reconoció prestaciones sociales a unos

profesores.

Bajo tal entendido, si lo reprochado es no haber investigado, en modo alguno puede afirmarse que la omisión recriminada tuvo lugar a partir del 22 de septiembre de 2010, pues se confunde la acción atribuida a título de prevaricato en esta modalidad, con la omisión de investigar, deber que claramente no cesó en esa fecha, puesto que FLÓREZ DÍAZ no mencionó las 15 conductas adicionales en la argumentación que sustentó la solicitud de preclusión de la investigación.

En la misma línea, si JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ omitió investigar hechos dados a conocer en una denuncia y entrevistas, la Fiscalía ha debido probar que a partir de la fecha en que solicitó la preclusión de la investigación por un único hecho de los denunciados, el acusado omitió su obligación de investigar otras conductas respecto de las cuales no hizo alusión en la audiencia de preclusión, frente a las que ciertamente persistía su obligación de seguir investigando.

Es decir, le correspondía a la Fiscalía probar que frente a los 15 hechos adicionales no cobijados con la solicitud de preclusión de investigación, JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ omitió con carácter definitivo su investigación.

Ninguna de las pruebas allegadas al juicio permite conocer hasta qué fecha el fiscal FLÓREZ DÍAZ tuvo a su cargo la indagación preliminar, es decir, hasta cuándo persistió la obligación de investigar y la fecha en la que cesó ese deber, información relevante de cara a la demostración del agotamiento del verbo alternativo -omitir- que estructura el delito descrito en el artículo 414 del Código Penal.

Sobre las distintas modalidades bajo las cuales se estructura el prevaricato omisivo, la Corte tiene decantado que:

«La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una

omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada». (CSJ AP, 19 jun. 1984)¹⁰

Por lo tanto, cabe señalar que mientras el funcionario tenga la posibilidad de cumplir el deber de acción asignado por la ley, no es dable afirmar que incurrió en omisión.

De otra parte, es igualmente incompatible con lo fáctico de la acusación, afirmar que FLÓREZ DÍAZ no podía renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal, puesto que, como lo advierte el defensor, el funcionario no archivó la indagación por los 15 hechos adicionales, tampoco solicitó preclusión o emitió alguna orden que interrumpiera el ejercicio de su deber, caso en el cual, ya no se estaría en el ámbito objetivo de una conducta de comisión por omisión, sino en el terreno de la acción.

De manera contradictoria el tribunal cuestiona la omisión de JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ de investigar las 15 conductas referidas por el denunciante en la entrevista; no obstante, también le reprocha porque en la audiencia de solicitud de preclusión de la investigación, torticeramente no las mencionó, y guardó silencio sobre «los otros elementos materiales probatorios que ya habían sido recaudados», supuesto que vulnera el principio de no contradicción, en tanto infiere al mismo tiempo la proposición y su negación.

No tiene en cuenta el tribunal que la acusación en contra del fiscal 11 seccional de Montería

se circunscribe a la omisión de investigar 15 de las 16 conductas denunciadas, más no a la omisión de referirse a esas 15 conductas en la audiencia de preclusión de la investigación.

En síntesis, de ser cierto lo afirmado por el tribunal respecto a que JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ ya había recaudado elementos materiales probatorios sobre las 15 conductas, no puede sostenerse a la vez que el funcionario incumplió su deber de investigar, solo que encontró que en uno de los casos ya contaba con material suficiente para acudir ante el juez competente a solicitar la preclusión de la investigación.

La confusión en la comprensión del caso se genera por la falta de concreción en la conducta omisiva atribuida a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, puesto que mientras el delegado de la Fiscalía atribuye a JUVIER ALFREDO FLÓREZ omitir su deber de investigar, el tribunal le achaca no haber continuado la investigación de todos los hechos a pesar de que un estudio «riguroso de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida a través de la Policía Judicial, así lo indicaban en ese momento.»¹¹

En todo caso, no se acreditó en el juicio que el fiscal acusado, después de haber solicitado la preclusión por uno de los dieciséis hechos denunciados, y cuando el expediente aun se hallaba bajo su cargo, hubiera incumplido en forma definitiva su deber de investigar, deber que, reitera la Sala, mientras sea posible desempeñar, no consuma el verbo omitir.

Por último, y aunque objetivamente no obra prueba de la configuración del tipo de prevaricato por omisión, no puede dejar la Sala de pronunciarse sobre la lánquida estimación acerca de que el procesado FLÓREZ DÍAZ actuó con dolo porque conocía «el contenido probatorio obrante en la carpeta contentiva de la indagación correspondiente, de la existencia de otros hechos denunciados por el señor ABELARDO PAEZ BURGOS y ratificados y reforzados por RAMIRO CUIEL, que no investigó y por los que tampoco se compulsaron copias para que fueran averiguados por separado.»

Este razonamiento, vacío de contenido y lógica, lejos de probar que JUVIER ALFREDO

FLÓREZ DÍAZ omitió deliberadamente el deber de investigar todas las conductas denunciadas, confirma que, conociendo que eran diferentes, solicitó la preclusión respecto de una sola, razón por la cual, el consecuente archivo comprende esa conducta relacionada con el pago de prestaciones sociales a profesores, más no las 15 restantes, frente a las que la fiscalía no estableció el estado de la investigación, si continuó a cargo del mismo fiscal o si se ordenó la ruptura de unidad procesal ante la falta de factores de conexidad.

De acuerdo con lo anterior, los argumentos del defensor de JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ están llamados a prosperar, por lo que la Sala revocará la decisión condenatoria, y en su lugar lo absuelve por esta conducta.

Dentro de este hecho (n.º1), la Fiscalía consideró que el mismo procesado incurrió, igualmente, en el delito de prevaricato por acción, cuya estructuración sustentó así en la acusación:

* A pesar de la existencia de elementos materiales probatorios que demostraban la ilicitud de esa resolución F001 del 18 de enero de 2007 y detrimento patrimonial de que fue víctima el municipio por haber reconocido y pagado obligaciones inexistentes y todas prescritas, el fiscal FLÓREZ DÍAZ solicitó la preclusión por atipicidad de la conducta y el 12 de octubre de 2010 la sustentó y el juez promiscuo de Montelíbano Córdoba la concedió, sin importar que hubo una apropiación ilegal de recursos superior a los \$1.621.485.970.26.12

* El fiscal hace un resumen torcido de la denuncia formulada por el señor ABELARDO ANTONIO PÁEZ BURGOS, ya que en ningún momento mencionó que la vinculación de los docentes fue por un contrato de prestación de servicios o por convenios interadministrativos que no le generaban al municipio prestaciones sociales y menos que todas las obligaciones estaban prescritas.

Por su parte, el tribunal condenó a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, por encontrarlo responsable de la comisión de esta conducta en la modalidad activa, debido a que en la audiencia de preclusión «fundamentó, argumentó y quiso probar amañadamente uno de los hechos de los muchos que se habían denunciado y que en ese momento perfectamente conocía»¹³.

Así mismo, consideró ilegal que el fiscal se limitara a investigar «sobre las acreencias laborales pagadas a los maestros, dejando de lado los demás», hecho éste que al ser sometido al estudio de preclusión de la investigación, no fue soportado con los elementos materiales probatorios necesarios para verificar lo expuesto.

La lectura del fallo impugnado deja entrever que el tribunal a quo y la fiscalía no tuvieron en cuenta que el delito de prevaricato por acción no se agota con la simple constatación de la disparidad entre el concepto cuestionado y el ordenamiento jurídico, sino que se exige la abierta contradicción a partir de la cual surja evidente que la resolución, concepto o dictamen obedecen al capricho, arbitrariedad o propósito de apartarse de la legalidad.

No definió la Fiscalía en la acusación, si la argüida ilegalidad de la petición de preclusión de la investigación radica en la valoración de los elementos materiales probatorios, o atañe a la aplicación o interpretación de las normas. Simplemente expresó su desacuerdo, no con los argumentos del fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, ni con las motivaciones plasmadas en la resolución 001 del 18 de enero de 2007, suscrita por el entonces alcalde de Puerto Libertador Tulio César Valderrama Mercado, sino con la orden de reconocer a 101 personas prestaciones sociales, cuando, según lo denunciado por Abelardo Antonio Páez y corroborado por Ramiro Curiel, estas no tenían derecho por haber prestado sus servicios a través de tercerías o con contratación diferente a la laboral.

Así, la constatación de la supuesta ilegalidad del actuar del fiscal, se cumplió frente a las afirmaciones del denunciante, a quien le parece que el alcalde Tulio César Valderrama

incurrió en el delito de peculado por apropiación al emitir la resolución n.º 001 de 2007, toda vez que estas personas, a pesar de que laboraron como docentes con el municipio, no lo hicieron a través de un contrato laboral, y frente al remoto evento de que tuvieran derecho al pago de prestaciones sociales, muchas de ellas se hallaban prescritas.

Enlistó el acusador varios artículos infringidos por JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, a saber: 151 del Código de Procedimiento Laboral que establece el término de prescripción de tres años para iniciar las acciones que emanen de las leyes sociales; artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993 que trata de los contratos de prestación de servicios; los artículos 413 y 397 del Código Penal que describen los tipos penales de prevaricato por acción y peculado por apropiación y 333, 431 y 380 de la Ley 906 de 2004 que establecen la manera como deben utilizarse los documentos en el 'juicio' y la valoración conjunta de las pruebas. Por último, el artículo 115 del C de P.P., que impone al fiscal actuar con criterio objetivo y transparente.

Pese a este catálogo de normas infringidas, la Fiscalía no demostró de qué manera JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ se apartó de ellas y si la trasgresión se presenta manifiesta como para estructurar la conducta punible endilgada.

Y si bien la Sala no desconoce que el fiscal FLÓREZ DÍAZ expuso su solicitud de una forma bastante simple, concreta y hasta ligera de argumentos, ello no equivale a afirmar que incurrió en una conducta prevaricadora, pues del audio de la diligencia no se advierte que el funcionario hubiera argumentado en forma amañada su pretensión de terminación de la indagación. Únicamente dio a conocer las razones por las cuales consideró que los mandatarios municipales no incurrieron en conducta punible al reconocer (Tulio César Valderrama) las prestaciones sociales a los profesores, ordenando su inclusión en el inventario de pasivos de Puerto Libertador, y depurar y pagar (Mario Elías Carrascal Nader) dichas obligaciones.

Así, inicialmente leyó algunos apartes de la denuncia, luego se refirió a la procedencia de

precluir la investigación por atipicidad de la conducta, sustentando la pretensión en la situación particular del municipio de Puerto Libertador que debió acogerse al proceso de reestructuración de pasivos en el marco de la Ley 550 de 1999, con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y ofreció algunos elementos materiales probatorios como las entrevistas recibidas a profesores, un acta de conciliación suscrita con la alcaldía y una inspección realizada por policía judicial para obtener documentación relacionada.

El registro técnico de la audiencia de solicitud de preclusión realizada el 12 de octubre de 2010, corrobora que JUVIER ALFREDO FLÓREZ no leyó la totalidad de documentos con los que contaba; no obstante, en desarrollo de su intervención aludió a ellos y los dejó a disposición del juez de conocimiento.

Esta omisión calificada por la Fiscalía como parte del actuar prevaricador y ‘amañado’ del fiscal con miras a obtener la preclusión de la investigación, en el juicio quedó sin soporte, en cuanto al ingresar la totalidad de la información con la que contaba el fiscal 11 seccional, queda probado que ninguno de los documentos contiene datos que infirmen lo aducido por el funcionario en sustento de su solicitud.

Es más, todos los elementos materiales probatorios documentan el porqué del reconocimiento de prestaciones sociales a personas que laboraron durante años con el municipio, prestando sus servicios como profesores a través de tercerías o sin contratos laborales, lo cual obedeció, no al capricho de la administración, sino a un proceso de conciliación para evitar que el municipio fuera demandado, como venía ocurriendo, por el incumplimiento de los contratos realidad.

De manera que el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, no desconoció el artículo del Código de Procedimiento Laboral que señala la naturaleza de los contratos de prestación de servicios, solo que compartió los argumentos de la Resolución 001 de 2007 para hacer prevalecer los derechos de quienes habiendo trabajado bajo las mismas condiciones de

subordinación, cumplimiento de horario y recibo de contraprestación económica, pero sin contrato laboral, no recibían los mismos pagos de los servidores públicos.

Bajo tal entendido, la Fiscalía se quedó en las simples afirmaciones de ilegalidad de la conducta de JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, sin acreditar en qué consiste la misma; tampoco demostró la disparidad de la solicitud con los artículos enlistados, y menos, hubo valoración o debate en torno a si su solicitud admitía justificación razonable.

No encuentra la Sala que el fiscal, ahora procesado, hubiera presentado en la audiencia de solicitud de preclusión de la investigación argumentos que violentaran de manera inequívoca el texto y el sentido de las normas citadas, o que la carencia de sustento fáctico y jurídico de su pretensión, sea producto del «desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo».14

Para terminar este primer cargo, la Sala precisa que si bien el tribunal en sus argumentos para declarar responsable a JUVIER ALFREDO FLÓREZ por esta conducta, incluyó el hecho de que el funcionario solo mencionara en su intervención uno de los 16 hechos denunciados, esta ‘omisión’ hizo parte de lo ya examinado en el acápite precedente, sin contar con que la Fiscalía no formuló acusación por tal actuar.

Deviene de lo anterior, que nada de lo mencionado por el fiscal 11 seccional durante la audiencia, puede catalogarse como torticero o amañado para obtener de la judicatura un resultado favorable a su pretensión.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión de condena impuesta por el delito de prevaricato por acción, relacionado con el actuar del fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ en la indagación preliminar 230016001015201006483.

2. Los prevaricatos por acción atribuidos a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, como fiscal 11 seccional de Montería, por solicitar la preclusión de la investigación dentro de las

indagaciones preliminares 230016001015201002524 y 230016001015201002524.

Por la similitud de las situaciones fácticas que ocuparon estas indagaciones, el fallo abordó su estudio en forma conjunta, dado que se trata de hallazgos reportados por la Contraloría General de la República durante una auditoría, en la que encontró que el alcalde de Puerto Libertador Marío Elías Carrascal Nader adjudicó los contratos 025 PS-2008 y 031 PS -2008, a través de la modalidad de prestación de servicios, cuando debió acudir al modelo de consultoría.

Los dos contratos, con objetos similares: (i) el estudio socio ambiental en la quebrada San Pedro, para determinar el deterioro climático en ese sector del municipio y (ii) el estudio de impacto ambiental, asistencia técnica y capacitación a los mineros que laboran en la mina 'El Alacrán', fueron adjudicados por el alcalde sin agotar las etapas propias de la contratación estatal establecidas en la Ley 80 de 1993.

Asignadas las indagaciones al Fiscal 11 Seccional de Montelíbano (Córdoba), doctor JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, éste elaboró el programa metodológico, libró órdenes a policía judicial, cuyo resultado le permitió confirmar el reporte de la Contraloría General de la República, en cuanto a que el alcalde Marío Elías Carrascal incumplió el deber de contratar mediante concurso de méritos, modalidad de escogencia para los consultores o cuando se trata de elaboración de proyectos.

Recaudados los elementos materiales probatorios, el fiscal FLÓREZ DÍAZ solicitó y sustentó en audiencias celebradas el 4 de abril del 2011, preclusión de la investigación, argumentando que:

* Debido a las semejanzas que existen entre la regulación de los contratos de prestación de servicios y la de consultoría, el alcalde erró al determinar que podía

contratar directamente los estudios ambientales.

* El Consejo de Estado se ha ocupado del tema ante la dificultad que se presenta al diferenciar en qué eventos se contrata a través de la consultoría y cuándo se acude a la prestación de servicios profesionales.

* El Consejo de Estado acudió a una «tesis residual para diferenciar las dos modalidades de contratación, consistente en que si la actividad no se encontraba dentro de las descritas en la Ley 80 de 1993 propias de una consultoría, debía entenderse que se trata de un contrato de prestación de servicios».

* Igualmente, el Consejo de Estado señaló que el contrato de consultoría es de índole técnico, mientras que el de prestación de servicios puede o no serlo, puede ser profesional o no, pero siempre el objetivo de sus obligaciones debe relacionarse con las funciones de la entidad contratante.

* Como quiera que estos conceptos técnicos no facilitan la diferenciación entre las dos modalidades de contrato, el alcalde Mario Carrascal Nader, actuó amparado por un error invencible al creer razonablemente que para superar los problemas de violencia y evitar la contaminación ambiental, podía contratar a través de prestación de servicios, a personas especializadas en los temas.

* A este error contribuyó el estudio previo de conveniencia y oportunidad realizado por el secretario de infraestructura de la alcaldía, Mario García de la Espriella, quien plasmó la necesidad de realizar la contratación a través de la modalidad de prestación de servicios, por estar frente a un apoyo a la gestión del municipio.

* La semejanza entre estos dos contratos genera confusiones incluso para expertos en temas de contratación, con mayor razón para Mario Elías Carrascal, quien ejercía como comerciante y sin conocimientos profundos de derecho. Situación

que aunada a los problemas de orden público, hicieron que el alcalde concibiera la necesidad de contratar a personas de la región.

* En consecuencia, solicitó la preclusión de la investigación, ante la estructuración de la causal excluyente de responsabilidad prevista en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía imputó y acusó a FLÓREZ DÍAZ como autor del delito de prevaricato por acción, porque:

* No debió solicitar la preclusión de la investigación, sino formular la imputación o aplicar un principio de oportunidad.

* El fiscal solicitó la preclusión, desconociendo que la selección del contratista debió ser por el concurso de méritos y no a través de la contratación directa.

* El fiscal no podía realizar una solicitud de preclusión debido a que no todas las hipótesis estaban respondidas probatoriamente para tomar tal camino.

Advierte la Sala que a pesar de la falta de claridad acerca de las conductas en las que la Fiscalía funda la comisión del delito de prevaricato por acción, en tanto pareciera que se reprocha a JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, no formular imputación en contra del alcalde y no haber continuado con la investigación para explorar todas las hipótesis, sin indicar a cuáles se refiere, a lo largo de la extensa audiencia de acusación en la que se leyeron 80 páginas del escrito, se concretó que la ilegalidad de la petición de preclusión consiste en desconocer que el alcalde si incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al adjudicar mediante prestación de servicios, un negocio contractual que corresponde a una consultoría.

En ese aspecto el fallo funda la responsabilidad del fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ, partiendo del concepto de la Contraloría General de la República que compulsó copias tras hallar dicha irregularidad contractual, la que, valga la pena precisar, no fue desconocida por el fiscal, como se afirma en el fallo impugnado, por el contrario, éste admitió que el alcalde debió acudir al contrato de consultoría, cuya asignación se realiza a través del concurso de méritos, sólo que, ante la dificultad para diferenciar esa modalidad de la de prestación de servicios, erradamente lo adjudicó a través de este, que no requiere agotar las fases del concurso.

De ahí que le asiste razón al defensor de FLÓREZ DÍAZ cuando afirma que el tribunal entendió equivocadamente que el fiscal acusado no encontró irregularidades en la escogencia de la modalidad de contrato y la consecuente adjudicación, pues de haber sido así, ninguna razón hubiera tenido para sustentar la preclusión de la investigación en la presencia de la causal eximente de responsabilidad descrita en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal.

En consecuencia, el aducido error invencible que determinó el actuar del alcalde, argumentó el fiscal en la audiencia, irradió no solo la modalidad del contrato, sino el proceso de adjudicación del mismo, puesto que el de prestación de servicios no requiere el concurso de méritos.

Entonces, era determinante establecer si realmente para el año 2011 (4 de abril), cuando el fiscal sustentó la preclusión con fundamento en la dificultad interpretativa de los artículos 2° y 3° de la Ley 80 de 1993, había confusión para delimitar los contratos que se podían asignar mediante la consultoría y diferenciarlos de los de prestación de servicios, aspecto sobre el cual nada dijo el tribunal que se dedicó a amplio espacio a explicar por qué el contrato para la elaboración de diagnósticos y estudios es de consultoría, hecho que no fue discutido.

Por el contrario, las afirmaciones del fiscal FLÓREZ DÍAZ encuentran sustento, como lo invocó, en los pronunciamientos del Consejo de Estado que solo hasta el año 2013 unificó la jurisprudencia respecto del alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, y el de consultoría:

I. Vicisitudes conceptuales entre el contrato de prestación de servicios y el de consultoría a la luz de la norma demandada.

130.- La Sala, en aras de la claridad conceptual, apelando a una lectura de legalidad sistemática, teniendo en cuenta que una interpretación integral de la demanda permite concluir que es necesario un pronunciamiento completo que comprenda la totalidad de los referentes normativos mencionados en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 4266 de 12 de noviembre de 2010¹⁵ y en consideración a que la norma demandada comprende la enunciación de diversos tipos contractuales pertenecientes al género de prestación de servicios así como hace mención al contrato de consultoría¹⁶, encuentra necesario precisar el referente jurídico-conceptual que delimita la aplicación del contrato de consultoría y su relación con el de prestación de servicios, a efectos de brindar referentes objetivos claros y precisos a los operadores jurídicos destinatarios de la normativa de contratación estatal.

131.- Por consiguiente, la Sala precisa que la distinción entre el contrato de prestación de servicios y el de consultoría no depende, en lo mínimo, del grado de “intelecto” aplicado a la ejecución del objeto contractual¹⁷, pues ambas actividades son de carácter intelectual y por tanto intangible.

132.- En sentido contrario, hay lugar a establecer un criterio diferenciador a partir del alcance que la Ley le concede al contrato de consultoría; de manera que, al hilo del numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si las necesidades que tiene la administración pública conciernen a la realización de estudios “para la ejecución de proyectos de inversión,

estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos” así como “asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión” e interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos, no habrá duda alguna que deberán ser suplidas acudiendo a un contrato de consultoría; es decir, para el cumplimiento de estos específicos objetos contractuales mencionados (de la Ley 80 de 1993) y los demás definidos en leyes especiales el operador jurídico debe recurrir, exclusivamente, al instrumento contractual establecido por la Ley: el contrato de consultoría. (CE, Sección Tercera, 2 dic. 2013, radicado 41719).

Entonces, la solicitud de preclusión de la investigación fundada en el error invencible del alcalde, al considerar que ningún delito cometía al adjudicar a través de la modalidad de prestación de servicios los dos contratos mencionados, no se advierte manifiestamente contraria al orden jurídico.

Tampoco es descabellado concebir que a dicha dificultad se sumó la falta de conocimientos doctos en contratación administrativa, por parte del alcalde Mario Elías Carrascal, pues, si ni siquiera la máxima autoridad de lo contencioso administrativo había logrado un único criterio sobre las diferencias entre estas dos modalidades de contratación, no puede exigirse con rigurosidad que en un alcalde municipal cuya ocupación de vida es el comercio, las tuviera demarcadas.

Obviamente, al celebrarse los contratos 025 y 031 para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, el alcalde incumplió los requisitos propios del concurso de méritos, situación atribuida por el fiscal juzgado al tantas veces mencionado error y no a su intención de eludir esta forma de selección.

Ahora, es cierto, como lo señala el a quo, que aun tratándose de adjudicación directa del contrato, la administración debe respetar los principios rectores de la contratación

administrativa, por cuanto dicha modalidad de selección caracterizada por tener menos formalismos y etapas regladas de tramitación, no puede degenerar en un ejercicio arbitrario de la función administrativa, como de tiempo atrás lo han sostenido el Consejo de Estado y esta Corporación. (CE Sala de lo Cont. Administrativo Secc. 3ª, sent. 29 ago. 2007, exp. 15.324; sent. 03 dic. 2007, exp. 24.715 y sent. 04 jun. 2008, exp. 17.783; CSJ SP 08 jul. 2015, rad. 38.464).

Sin embargo, de cara a la exigencia que hace el tribunal de los estudios previos de conveniencia y oportunidad, los cuales, dice, debieron realizarse antes de la apertura del proceso de selección, esta Sala ha sostenido que tratándose de contratación directa, si bien son igualmente necesarios para garantizar el principio de economía y su corolario de planeación, ha de tenerse en cuenta que:

la debida comprensión del art. 8º del Decreto 2170 de 2002, a saber: el art. 87 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el art. 25 num. 12 de la Ley 80 de 1993, dispone que, “previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda”.

Tal reseña normativa permite afirmar que, tratándose de la modalidad de contratación directa, no existe un término legal, expresado en días, que indique expresamente con cuanta antelación al inicio del proceso de selección o a la firma del contrato debe efectuarse y documentarse el análisis o estudio de conveniencia. En ese aspecto, la administración cuenta con un margen de apreciación para establecer el término. Y ello es consecuente con las características del contrato de prestación de servicios profesionales con escogencia directa, modalidad de selección que, como se expresó en precedencia (num. 5.3.4), entraña la posibilidad de que el contratista sea escogido sin que la administración necesariamente haya obtenido previamente varias ofertas (art. 13 inc. 1º del Decreto 2170 de 2002), en el entendido que se privilegia, por el tipo contractual, la naturaleza del objeto

a contratar o la cuantía, la celeridad y sencillez en la tramitación del contrato. (CSJ SP-17159-2016, 23 nov. Radicado 46037).

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el fallo no verifica la existencia de los elementos estructurales del prevaricato por acción, en tanto la Fiscalía no demostró que la petición de preclusión de la investigación sustentada por el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ dentro de las preliminares 230016001015201002524 y 230016001015201002524, sea groseramente discordante con la ley o con los elementos materiales probatorios en los que basó su petición.

En consecuencia, se revocará la decisión condenatoria, para en su lugar disponer la absolución por este cargo.

3. Resta a la Sala examinar la situación del Juez Promiscuo del Circuito de Montelíbano, ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, a quien el tribunal absolvió de los tres prevaricatos por acción representados en sus providencias emitidas en las audiencias solicitadas por el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ, mediante las cuales precluyó las investigaciones, conforme a dichas peticiones.

Indiscutiblemente las consideraciones previas acerca de la atipicidad objetiva de las solicitudes de preclusión de la investigación, no varían cuando se examinan bajo la óptica de haberse plasmado en sendas providencias judiciales, por ello, es incompatible con la lógica, que el tribunal haya encontrado que las solicitudes de preclusión de las investigaciones elevadas por el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, son contrarias al ordenamiento jurídico, pero cuando el juez ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO las acogió en las decisiones, pasaron a ser atípicas.

Esta postura puede explicarse eventualmente en el primer asunto, por cuanto la Fiscalía sostuvo que JUVIER ALFREDO FLÓREZ ocultó al funcionario 'otros elementos materiales probatorios'; sin embargo, las razones del tribunal para absolver al juez CASTILLO

CÁRCAMO, se contraen a que éste decidió «conforme la Fiscalía le presentó el caso», y que la «decisión adoptada contiene los ingredientes fácticos, jurídicos y probatorios que mínimamente se exigen para proferir una decisión y el hecho de que no se compartan los planteamientos allí esbozados o la decisión adoptada, tampoco lo hace prevaricadora, máxime si se examina ex ante cada uno de los casos, pues lo que se debe establecer en el delito de prevaricato, no es el acierto sino la legalidad de la decisión.»¹⁸

Muestra lo anterior que el fallador de primer grado no encontró objetivamente ilegal las providencias de preclusión de investigación suscritas por el juez, pese a que los mismos argumentos fueron calificados como ilegales al ser expuestos por el fiscal JUVIER ALFREDO FLÓREZ.

A pesar de ello, el tribunal absolvió a CASTILLO CÁRCAMO por ausencia de dolo al considerar que fue engañado por JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, quien le ocultó información para obtener las preclusiones solicitadas, aseveración que no se identifica ni con la acusación formulada en contra del juez, ni con lo debatido en el juicio.

No obstante, dichas incoherencias dejan de tener importancia frente al juicio de tipicidad objetiva realizado por la Sala al responder la impugnación del defensor de JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ.

Lo relevante en este punto del análisis, es que ni la Fiscalía ni el Ministerio Público aportaron argumentos para desvirtuar la absolución por los cargos formulados al Juez Promiscuo del Circuito de Montelíbano (Córdoba).

La Fiscalía, sin controvertir lo planteado en el fallo para absolver a ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, insistió en las mismas consideraciones en las que fundó la formulación de imputación y la acusación, mientras que el Ministerio Público acertadamente subrayó la contradicción de apreciar de manera diversa, idénticos pronunciamientos, solo que, ante la decisión de esta Sala de segunda instancia, perdieron vigencia.

Entonces, el aparte de la providencia que fue recurrido por el ente acusador y por el delegado de la Procuraduría General de la Nación, relacionado con la absolución de los cargos, se confirmará pero como consecuencia de lo aquí expuesto en relación con la ausencia de demostración de la tipicidad objetiva, y no por ausencia de dolo.

Recopilando, se revocará la sentencia condenatoria proferida en contra de JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, por encontrar que los comportamientos por los cuales fue acusado no configuran las conductas punibles de prevaricato por acción y por omisión, y se confirmará en lo atinente a la absolución de ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO, con las precisiones realizadas en precedencia.

Regrese el expediente al tribunal de origen, en donde previo al archivo definitivo se cancelarán las medidas cautelares, reales o personales que se hubieren ordenado en razón de esta actuación.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la condena impuesta en contra de JUVIER ALFREDO FLÓREZ DÍAZ, y en su lugar ABSOLVERLO de los cargos por los cuales fue acusado.

Segundo: CONFIRMAR en lo demás el proveído impugnado.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Devuélvase al Tribunal de origen y cancelense las anotaciones existentes por la actuación.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 12 del escrito de acusación verbalizado en la correspondiente audiencia, sesión llevada a cabo el 2 de septiembre de 2014.

2 Folio 18 del escrito de acusación verbalizado en la correspondiente audiencia, sesión llevada a cabo el 2 de septiembre de 2014.

3 Folio 30 ídem.

4 Folio 40 del escrito de acusación, verbalizado en la sesión de audiencia de acusación realizada el 3 de octubre de 2014.

5 Por decisión del Fiscal, se dispuso la ruptura de unidad procesal respecto del imputado VÍCTOR DANIEL CASTILLA PLAZA, razón por la cual el proceso continuó en contra de JUVIER ALFREDO FLÓREZ y ALFONSO JOSÉ CASTILLO CÁRCAMO.

6 Aunque en el fallo recurrido se indica que el inicio del juicio oral tuvo lugar

el 25 de septiembre de 2017 y el acta contiene como fecha el 13 de junio del mismo año, la Sala al realizar la verificación del registro técnico, confirma que la fecha real es el 14 de junio de ese año.

7 Récord 2:06:00 de la audiencia de acusación.

8 “C.S.J., Segunda Instancia 22639, sentencia de 27 de octubre de 2004; Única Instancia 27695, auto de 26 de septiembre de 2007; Segunda Instancia 28428, sentencia de 17 de septiembre de 2008, entre otras.”

9 (CSJAP, 26 Oct. 2011, Rad. 37512, entre otras)

10 Criterio reiterado en las decisiones CSJ SP, 3 jul. 2013, rad. 38005; CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30592, CSJ SP11235-2015, entre muchas otras.

11 Ver folio 62 del fallo recurrido.

12 Minuto 29:00

13 Folio 63 del fallo de primera instancia.

14 CSJ SP4620-2016

15 «Modificatorio del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008.

16 Señala la norma demandada “Los servicios procesionales y de apoyo a gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferente a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales.” (El aparte subrayado es el demandado).

17 Ambas figuras contractuales comparten un tronco común ya que tanto en esta como aquella la labor del contratista está orientada hacia el ejercicio de una actividad que compromete, de manera preponderante, el desempeño intelectual, de modo, entonces, que se trata de actividades intangibles. Por lo tanto, no puede extraerse de allí diferencia alguna entre las dos figuras.

Por consiguiente, el criterio útil de diferenciación entre ambos tipos contractuales es únicamente de orden legal (más no real o empírico), razón por la cual debe decirse que frente al contrato de consultoría opera una suerte de tipificación legal cerrada que supone que cuando la Administración pretenda satisfacer específicamente una de las necesidades enlistadas en el artículo 32, No. 2° de la Ley 80 de 1993 (y en demás normas legales y reglamentarias especiales) deberá hacer uso de este instrumento, mientras que, por exclusión, las demás cuestiones que comprometan un ejercicio marcadamente intelectual pueden ser satisfechas por la Entidad por vía del contrato de prestación de servicios profesionales.»

18 Folios 94 y 95 del fallo recurrido.