

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

AP576-2021

Radicado N° 53831.

Acta 40.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS

La Corte examina los presupuestos lógicos y de adecuada argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de Mario Raúl Montoya Negrete, contra la sentencia de marzo 14 de 2018, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta confirmó la emitida el 30 de septiembre de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, que lo condenó como autor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

II. HECHOS

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El 9 de mayo de 1995, producto de la adjudicación en la licitación pública SAT-31-94, entre el entonces Instituto Nacional de Adecuación de Tierras [en adelante INAT] y el Consorcio Ramón Renowitzky-Alfredo Arellana se celebró el Contrato n.º 082 por valor de \$1.074'550.867,00, cuyo objeto consistió en la rehabilitación de algunos canales de riego y «drenes» en el departamento del Magdalena. En él se estipuló que, ante el incumplimiento de alguna de las partes, se haría exigible una cláusula penal pecuniaria equivalente al 15% del valor del contrato.

Para avalar las obligaciones, el contratista constituyó póliza de garantía única n.º 7075981, expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A.

A pesar de iniciar la ejecución del contrato, el consorcio presentó varios retrasos por causas que le fueron imputables, en virtud de lo cual, luego de haberse declarado parcialmente el incumplimiento en marzo de 1996, el 30 de julio siguiente, a través de la Resolución n.º 01901, el INAT (para ese momento bajo la dirección de Alberto Enrique Osorio Martínez) dispuso la caducidad administrativa, haciéndose efectiva, además, la cláusula penal pecuniaria por un monto de \$161'182.630,00.

Contra dicho acto administrativo, la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. interpuso

recurso de reposición y presentó como petición subsidiaria continuar con la ejecución de la obra, siendo zanjada la impugnación con Resolución n.º 02234 del 2 de septiembre de 1996, en la que el INAT confirmó en todas sus partes la decisión de caducidad y la exigibilidad de la aludida cláusula, pero aceptó la secundaria propuesta de la aseguradora.

El contrato fue liquidado unilateralmente por el INAT mediante Resolución n.º 03260 calendada el 3 de diciembre de 1996, y el 31 de ese mes y anualidad, la misma entidad (esta vez a cargo de Mario Raúl Montoya Negrete), a través de acta de acuerdo se comprometió con la compañía de seguros «a no hacer exigible la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en dicho contrato, ni las multas impuestas al CONSORCIO RAM[Ó]N RENOWITZKY-ALFREDO ARELLANA, durante el desarrollo de la obra, en virtud de que ésta, a través de LA SOCIEDAD EJECUTORA la terminará» [mayúscula original del texto].

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El anterior sustrato fáctico sirvió de fundamento para que la Fiscalía General de la Nación, bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000, abriera formal investigación en contra de, entre otros, Mario Raúl Montoya Negrete, entonces Director General del INAT, al advertir compromiso de responsabilidad penal ante la condonación de la cláusula penal pecuniaria.

Una vez escuchado en indagatoria, mediante proveído de 8 de abril de 2011 se le resolvió la situación jurídica, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra.

Clausurada la instrucción, el 26 de marzo de 2012 se calificó el mérito probatorio con resolución de acusación en adversidad de Montoya Negrete, como coautor del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, decisión que, al ser apelada, adquirió firmeza el 23 de octubre siguiente, cuando la Fiscalía Cuarenta y Cinco Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, le impartió confirmación.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, despacho que mediante sentencia de 30 de septiembre de 2016, condenó al procesado como responsable de la conducta punible objeto de acusación e impuso las penas de 130 meses de prisión, multa de \$161'182.631,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción aflictiva de la libertad. Se negaron los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión.

En virtud del recurso de apelación promovido por el defensor del enjuiciado, el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, a través de sentencia de 14 de marzo de 2018, confirmó la declaración de responsabilidad, pero oficiosamente modificó la pena principal de prisión, y por contera la accesoria de inhabilitación, fijándolas en 86 meses y 9 días, razón por la cual un nuevo apoderado insiste en sede extraordinaria y allega la respectiva demanda de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

IV. LA DEMANDA

Postula un cargo único por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida del canon 133 del Decreto-Ley 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, proveniente de un error de hecho por falso juicio de existencia, al haberse desconocido una prueba de carácter documental, en forma tal, que si se hubiera tenido en cuenta, se habría llegado a la conclusión de atipicidad en el caso concreto.

Para el libelista, el fallo ignoró la póliza de garantía única n.º 7075981, expedida por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. que, en el párrafo de su cláusula quinta, según su dicho, daba la facultad a la aseguradora para escoger entre hacer la obra o pagar la indemnización, en concordancia con los preceptos 1110 del Código del Comercio [forma de pago de la indemnización] y 1562 del Código Civil [obligaciones facultativas].

Con apoyo en precedente del Consejo de Estado¹, explica que lo estipulado consistió en que la compañía de seguros podía cumplir su prestación, bien pagando la indemnización, esto es, el valor del siniestro, o continuando, directa o indirectamente, la ejecución del contrato quebrantado por el afianzado.

Considera que la actuación de su defendido al suscribir con la compañía de seguros un acta de acuerdo para la terminación de la ejecución de la obra y, por ende, declarar que no era

exigible la cláusula penal pecuniaria pactada, se ajustó a las previsiones legales referenciadas.

Por dicha vía, agrega, las instancias incurrieron en el error de hecho enrostrado, desatino que llevó a aplicar indebidamente el artículo 397 del Código Penal, antes el 133 del Decreto-Ley 100 de 1980, al considerar atípico el comportamiento de Mario Raúl Montoya Negrete, al desarrollarse en cumplimiento de lo prescrito en las leyes civiles y comerciales y lo acordado en el contrato de seguros, aunado a que no hay norma en el estatuto de contratación administrativa que indique que el garante, a más de continuar y llevar la obra hasta su culminación, deba, así mismo, pagar la indemnización.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia del juez corporativo, para que sea la Corte en casación, la que absuelva al enjuiciado.

V. CONSIDERACIONES

Aunque el recurrente, al denunciar la violación indirecta de la ley sustancial, aspira derruir la responsabilidad penal asignada en las instancias a su defendido, el desarrollo que le imprime a la censura sólo permite avizorar un discurso en el que prevalece su propia estimación del medio de convicción que se echa de menos, sin lograr demostrar que el ad quem hubiera incurrido en el vicio acusado a partir de la subespecie de omisión.

Recuérdese que, en el falso juicio de existencia por preterición, el sentenciador deja de apreciar una prueba con la suficiente capacidad para modificar la decisión impugnada, a pesar de constatarse objetivamente que ella ha sido legalmente incorporada al proceso.

Una alegación adecuada de este tipo de yerro, no se cumple con la sola manifestación que al respecto haga el libelista, como si de su opinión personal se tratara. Por el contrario, requiere una argumentación lógica y consecuente que parta de la demostración del desprecio por la prueba y, una vez acreditado tal aspecto, se incursione en el examen de la nueva situación probatoria que se generaría al considerar el medio de convicción omitido, a fin de demostrar que reviste idoneidad para modificar el sentido o el alcance de la sentencia, única forma de justificar el proferimiento de un fallo de sustitución.

Dicho de otra manera, es preciso demostrar que si la prueba marginada se hubiese apreciado en forma apropiada, las restantes sopesadas por el juzgador perderían la capacidad suasoria necesaria para arribar a la certeza declarada en el fallo.

En el caso de la especie, el actor denuncia puntualmente que el juez de segundo grado «ignoró una prueba de carácter documental, como lo fue el parágrafo de la cláusula quinta de la póliza 7075981 del contrato de seguros, celebrado entre Seguros Cóndor S.A. y el contratista, en concordancia con la cláusula cuarta y la primera parte de la cláusula quinta» [subrayado original del texto]

Del anterior medio de conocimiento, el recurrente deriva que la actuación cumplida por Montoya Negrete al suscribir el acuerdo con la aseguradora, estrictamente se ajustó a las previsiones civiles y comerciales, y a las del estatuto general de contratación, pues, en su sentir, no se puede obligar al garante del cumplimiento de un contrato administrativo a que lo ejecute y, además, pague la cláusula pecuniaria, por no existir precepto ordinario o excepcional o exorbitante que así lo disponga.

Frente al cargo, dígase que la demanda incurre en desconocimiento del principio de corrección material, conforme al cual las razones, fundamentos y contenido de su ataque deben corresponder en un todo con la realidad procesal, si en cuenta se tiene que la prueba que entiende preterida el censor, sí fue objeto de valoración por el Tribunal. Desde luego, asunto diferente es que le hubiese asignado un alcance persuasivo diverso al pretendido por éste.

En efecto, la conclusión del ad quem al dar respuesta al escrito de apelación frente a la condena proferida por el juez de primer nivel, alegato que ahora se retoma en casación por el defensor, es del siguiente tenor²:

Ahora bien, para esta Corporación no es admisible la justificación del defensor cuando manifiesta que la determinación del Director del INAT para no haber reclamado el valor de dicha cláusula procedía de la interpretación armónica del artículo 18 de la [L]ey 80 de 1993 que establece:

“De la Caducidad y sus Efectos... La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley”.

Ello por cuanto la norma en comento, si bien permite que la entidad contratante continúe la ejecución por medio del garante, no dispone que por tal motivo deba, entonces, exonerársele de pagar el siniestro causado por los contratistas con su incumplimiento. Además, nota la Sala que al interior del párrafo tercero de la cláusula primera de la Póliza Única de Seguro se estableció claramente:

“El amparo de cumplimiento cubre a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva y que se considera como pago parcial y definitivo de los perjuicios causados a la entidad estatal contratante”.

En definitiva, no había causa alguna que justificara la actuación desplegada por el procesado. Así las cosas y teniendo en cuenta las consideraciones arriba señaladas, es

evidente que el cargo alegado por la defensa no prospera [...]. [negrilla original del texto]

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

A tan precisas explicaciones del Tribunal, nada opuso el demandante, quien dejó apenas en el enunciado el cargo, como especie de manifestación de autoridad en la cual simplemente pregonó su descontento.

La explicación ofrecida por el Tribunal, en la cual deslinda el cumplimiento de la obra, con el pago de la indemnización que ocasionó el retraso o incumplimiento del contratista, se ofrece no solo lógica, sino completamente apegada a la normatividad que rige la materia, sin que el demandante ofrezca, por fuera de su particular e interesada visión, un argumento sólido que permita advertir errado o contrario a la ley ese entendimiento, entre otras razones, porque ese pago del daño no elimina la obligación de continuar y terminar con la obra, dado que, huelga resaltar, su objeto y fines son completamente diferentes.

Es evidente que, cuando la entidad estatal advierta la existencia de grave infracción de las obligaciones a cargo del contratista y del cual se deriven perjuicios para ella, está en el deber de hacer efectivas las garantías que aquel constituyó a su favor, cuyo objeto, se repite con el ad quem, es bastante diferente al que gobierna el contrato y su cumplimiento.

En el asunto examinado, demostrado está que la Compañía Seguros Generales Cóndor S.A. expidió la póliza de seguro n.º 7075981, correspondiente a la garantía única de cumplimiento del Contrato n.º 082 suscrito entre el INAT y el Consorcio Ramón Renowitzky-Alfredo Arellana, lo que significa que la aseguradora asumió el riesgo derivado del incumplimiento por parte del contratista en ese negocio jurídico, y por contera, la obligación de pagar la indemnización pactada en la referida póliza, en caso de que se presentara el siniestro y se hiciera efectivo el riesgo amparado.

Ello sucedió en el momento en el que el INAT expidió la Resolución n.º 01901 de 30 de julio de 1996, en la que declaró la caducidad del mencionado contrato, constitutiva del siniestro de incumplimiento por efecto de la ley, y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, cuyo valor, de acuerdo al artículo 5º de ese acto administrativo, se tomaría de: (i) cualquier suma que el INAT adeudara al contratista, (ii) de la garantía constituida mediante la póliza única de seguro n.º 7075981, (iii) en defecto de lo anterior, a través del cobro en la jurisdicción coactiva.

En ese escenario surgió la obligación de la aseguradora de proceder al pago de la indemnización de perjuicios a favor de la entidad beneficiaria y su legitimación para discutir e impugnar el acto administrativo en cuestión, como de hecho lo hizo al interponer el recurso de reposición en su contra, que fuera resuelto a través de la Resolución n.º 02234 de septiembre 2 de 1996, con las consecuencias ya conocidas, vale decir, confirmar en todas sus partes, tanto la caducidad como la exigibilidad de la cláusula penal pecuniaria (amén de aceptar la propuesta de la aseguradora de seguir adelante con la ejecución de la obra), bajo el entendido que la cláusula penal es una prestación de contenido patrimonial, que los vinculados a una relación comercial fijan, ante el incumplimiento o defectuoso

cumplimiento de las obligaciones contraídas.

En la referida Resolución, frente a este punto de disenso, se explicó por el INAT:

Es importante tener en cuenta que la cláusula penal es aquella que se refiere al supuesto en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa de retardar o no ejecutar la obligación y la compañía garante, es la seguridad o protección frente a este riesgo, mal podría la Entidad aseguradora ser el sujeto de incumplimiento de una obra cuando su objeto social no permite esta actividad, sin embargo, es la garante del cumplimiento de la obra contratada y como garante respalda el riesgo o siniestro del contratista, en consecuencia como existe una póliza y una prima cancelada, compete a la aseguradora la indemnización por perjuicios.

Así lo entendió y resolvió el Tribunal, desligando la indemnización por incumplimiento, de la garantía de culminación de la obra, sin que el recurrente entregue alguna razón legal para justificar la condonación de un pago que, se repite, obedece a la demostración del incumplimiento y cubre a cabalidad los presupuestos de la cláusula en la cual se consagra.

No era viable para la administración, entonces, dejar sin efecto la Resolución n.º 01901 de 30 de julio de 1996, máxime cuando el canon 70 *ibidem* informaba que no podía pedirse la revocación directa respecto de los actos administrativos en los que el peticionario hubiere ejercitado los recursos de la vía gubernativa.

No obstante lo anterior, el 31 de diciembre de esa anualidad, en «acta de acuerdo»⁴ suscrita entre Montoya Negrete, obrando como Director de la entidad estatal, y el apoderado de la Compañía Seguros Generales Cóndor S.A., se expuso:

SEXTO: El INAT se compromete con LA ASEGURADORA garante del contrato No 082 de 1995, a no hacer exigible la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en dicho contrato, ni las multas impuestas al CONSORCIO RAMON RENOWITZKY - ALFREDO ARELLANA durante el desarrollo de la obra, en virtud de que esta, a través de LA SOCIEDAD EJECUTORA la terminará. [mayúscula original del texto]

De esa manera, bajo la figura de un mecanismo autocompositivo (arreglo directo), el procesado en esencia «concilió» un asunto que le estaba vedado, toda vez que la decisión que declaró la caducidad e hizo exigible la cláusula penal pecuniaria es un acto administrativo y, por tanto, no podía ser objeto de mecanismos alternativos de solución de conflictos en la medida que, entre otros aspectos, ello de suyo implica un análisis sobre la legalidad del mismo, asunto que por su naturaleza se reserva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Esa prohibición se inadvirtió por el sindicato, con evidente desmedro del patrimonio público respecto de la suma impuesta como cláusula penal pecuniaria, razón por la cual, acertado resulta el compromiso penal que se le atribuyó en las instancias bajo el ilícito de peculado por apropiación en favor de terceros, e inane deviene la tesis defensiva en sede

extraordinaria, encaminada más a hacer prevalecer su criterio sobre el del fallador, que a demostrar un verdadero yerro atacable en casación y con vocación de prosperidad.

Así, la labor argumentativa del censor se dirigió a señalar las conclusiones que, según su personal discernimiento, obtuvo de un medio de prueba, sin acreditar que: (i) el mismo hubiere sido omitido por el juzgador colegiado; y (ii) la ausencia de su mención específica, hubiere tenido incidencia directa en la decisión, si en gracia de discusión se aceptara que ello ocurrió en el caso concreto, cuestión que, como se viera, se muestra adversa a la evidencia procesal que indica que el Tribunal, a diferencia de lo ensayado por el actor, realizó una estimación probatoria en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para deducir la responsabilidad penal de Mario Raúl Montoya Negrete.

En suma, la demanda no puede ser admitida, en tanto, su postulación y desarrollo comportan falencias que no corresponde enmendar a la Sala en virtud del principio de limitación que rige esta impugnación, de conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

Finalmente, es oportuno resaltar que la Corporación no observa con ocasión del trámite procesal o en el fallo impugnado, violación de derechos o garantías de los sujetos procesales, como para que se haga necesario el ejercicio de la facultad legal oficiosa que le asiste, a fin de asegurar su protección en los términos de la norma citada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Mario Raúl Montoya Negrete.

SEGUNDO: Advertir que contra esta determinación no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Martha Liliana Triana Suárez

Secretaria (e)

1 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de octubre de 2015, rad. 25000-23-26-000-2004-00088-01 (31621).

2 Cfr. Páginas 22 a 23 del fallo, folios 32 a 33, cuaderno original del Tribunal.

3 Cfr. Folios 21 a 25, Cuaderno Original n.º 1.

4 Cfr. Folios 131 a 132, Cuaderno Anexo n.º 4.