

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**Magistrada ponente**

**SP1598-2019**

**Radicación n° 54179**

(Aprobado Acta n° 101)

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019).

## **1. VISTOS**

Se resuelve sobre la demanda de casación presentada por FRANCISCO RIVERA ROJAS en contra del fallo proferido el 26 de junio de 2018 por el Tribunal Superior de Popayán, que confirmó la condena emitida el 24 de enero del mismo año por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad.

## **2. HECHOS**

El Tribunal declaró probado que FRANCISCO RIVERA ROJAS, en calidad de alcalde del municipio de Rosas - Cauca-, al celebrar el contrato número 256 del 13 de mayo

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

de 2013, orientado a la *“adquisición o suministro de materiales de construcción cuya destinación era la obra del Parque Recreacional y Cultural de esa localidad”*, trasgredió de diversas formas los principios que rigen la contratación administrativa, especialmente los de *“transparencia, planeación, libre concurrencia, igualdad y moralidad”*, dado que (i) el 13 de mayo de 2005 se suscribieron la orden de suministro 256 y un *“contrato adicional”*, que tenían el mismo objeto, esto es, la adquisición de materiales para la referida obra; (ii) la pluralidad de convenios obedeció a la falta de estudios previos, o a la intención de fraccionar el contrato con la finalidad de eludir *“ciertas exigencias legales”*; (iii) de esa forma, el procesado eligió *“de manera subjetiva el proveedor que quiso”*; (iv) no se realizó un *“sondeo de mercado, con el propósito de establecer qué proveedores podrían ofrecer mejores precios y calidad de los productos por adquirir”*; (v) se contrató con un establecimiento comercial (*“Plásticos el arriero”*), que *“no era idóneo para distribuir los elementos requeridos”*; (vi) para la fecha del contrato, el proveedor ya no contaba con matrícula mercantil, *“con lo cual se deriva un grave riesgo al cumplimiento del contrato, lo que demuestra que no se hizo ningún esfuerzo para establecer la idoneidad del proveedor”*; (vii) finalmente, la contratación no se realizó con *“Plásticos el arriero”*, sino con un conocido del procesado, GUIDO ALBERTO LÓPEZ, quien no tenía autorización para hacer la venta, endosar los cheques, etcétera; y (viii) uno de los cheques correspondientes a dichos contratos fue cobrado por FABIO MANUEL BALANTA BENAVIDES, quien se desempeñó como secretario privado de RIVERA ROJAS.

### 3. ACTUACIÓN RELEVANTE

#### 3.1. La acusación

El 31 de agosto de 2011 la Fiscalía acusó a FRANCISCO RIVERA ROJAS por los delitos de peculado por apropiación (397), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410), bajo la modalidad de concurso homogéneo y sucesivo, así como por una pluralidad de delitos de falsedad en documento privado (289) y falsedad ideológica en documento público (286). Igualmente, acusó a FABIO MANUEL BALANTA BENAVIDES, GUIDO ALBERTO ROJAS y JUAN CARLOS DELGADO AUSECHA, en su orden, en calidad de cómplice, interviniente y coautor de los mismos delitos. Como en sede del recurso de casación solo se debate la condena impuesta a RIVERA ROJAS, en adelante se hará énfasis en la situación de este procesado.

La premisa fáctica de la acusación gira en torno a las las siguientes actividades contractuales: (i) orden de suministro número 256, del 13 de mayo de 2005, por valor de \$8.875.000, donde figura como contratista “*Plásticos el arriero*” o María Elvira Campos, orientada a la obtención de malla, alambre de púas y cemento; (ii) “*orden de suministro adicional a la orden de suministro 256*”, de la misma fecha, por valor de \$4.160.000, emitida para la adquisición de 320 metros de “*malla de cierre*”, donde al parecer figura como contratista “*Plásticos el arriero*”; y (iii) orden de suministro número 064, del 26 de enero de 2006, por valor de



\$3.050.000, en la que aparece como contratista la empresa Cali Mallas y Gaviones o José Álvaro Mañunga Serna.

En cuanto a las irregularidades cometidas en esas actuaciones, en la acusación la Fiscalía plantea lo siguiente:

Como los tres contratos tenían el mismo objeto (*la obtención de materiales para el cerramiento del parque recreativo del municipio*), se pudo haber realizado un solo contrato, por el monto de \$16.085.000. Aunque estos contratos son de menor cuantía, en atención al presupuesto del municipio para los años 2005 y 2006, ello no implica que estuvieran exento de formalidades, entre las que destacó “*el registro de proveedores en la Cámara de Comercio y la obtención de mínimo dos cotizaciones*”, aunque aclaró que lo primero no constituye “**una irregularidad que afectara la esencia del contrato**”.

Aunque hizo alusión al posible fraccionamiento del contrato, más adelante expuso que:

*[h]oy tenemos que aceptar que la actuación de los comprometidos, explicado como está por el Ministerio Público, certifica la violación del principio de transparencia y selección objetiva **en al menos uno de los contratos –con relación a la orden de suministro 256 pactada con el establecimiento Plásticos el arriero o María Elvira Campos-**, ante la notoria ausencia de un número plural de ofertas (...).*

*Este aspecto es importante para concluir de manera definitiva sobre el punto, dada la cuantía del contrato así como el objeto del mismo, la compraventa de material de construcción –malla para*

*cierre y otros-, solo para el contrato 064 de 2006, por tratarse de elementos de libre comercio y sometido a reglas de oferta y demanda del mercado, por lo que le era posible al municipio de Rosas, prescindir de las ofertas para la escogencia del proveedor lo cual presuntamente realizó adquiriendo directamente el material a los establecimientos de comercio "Plásticos el arriero" y Mallas y Gaviones<sup>1</sup>.*

A continuación, la Fiscalía precisó las irregularidades atinentes al contrato número 256 del 13 de mayo de 2005, así: (i) el establecimiento "*Plásticos el arriero*" no existía para esa fecha, ni era representado legalmente por María Elvira Campos; (ii) dicho establecimiento no distribuía los materiales objeto del contrato; (iii) realmente, el contrato se celebró con GUIDO ALBERTO LÓPEZ; (iv) los cheques destinados al pago del contrato fueron presentados para el pago por GUIDO LÓPEZ y FABIO MANUEL BALANTA, para lo que fue necesaria la falsificación de los endosos; (v) según la documentación de este contrato, LÓPEZ y BALANTA no fueron autorizados para recibir los cheques y presentarlos para su pago; y (vi) en la fase de liquidación, se emitió la Resolución número 618, del 13 de mayo de 2005, en la que se dio por sentado que el contrato reúne todos los requisitos, a pesar de que era evidente la problemática sobre la identidad del contratista, la realización, en un mismo día, de dos actuaciones contractuales con el mismo objeto, el hecho de que el referido suministro no se ajustaba a la actividad comercial de "*Plásticos el arriero*", sin perjuicio de que no se había renovado el registro mercantil del mismo. A ello agregó lo siguiente sobre el posible fraccionamiento de los contratos:

---

<sup>1</sup> Negrillas fuera del texto original.

*En otro punto, en el trámite de los contratos, aparece como notable, llama la atención, el hecho que el mismo día en el que se firma el contrato de suministro 256 de 2005 y ese mismo día se adiciona con el mismo contratista al cual no se le exige ninguna otra cotización, ni ningún otro requisito sin que exista documento alguno que sustente el porque (sic) la adición salvo los ya aportados inicialmente, es más, no existe el documento que autoriza esa adición y esta vez se comprometió la suma de \$4.160.000, suma del que tampoco aparece la documentación soporte del pago ni de cumplimiento del suministro. La pregunta resulta lógica: ¿por qué no se hizo un solo contrato?, máximo (sic) cuando la adición se forjó, según documentos, el mismo día, mayo 13 del año 2005, situación que se agrava cuando se constata que uno de los cheques aparece en manos de un servidor de confianza de la alcaldía, secretario privado del alcalde municipal, señor FABIO MANUEL BALANTA.*

(...)

*En nuestro entender lo que se evidencia es fraccionamiento (sic) del contrato 256 de 2005 que incluye su adición y lo dispuesto en el contrato 064 de 2006, pues tomando en cuenta la declaración del testigo si de antemano ya existía un proyecto, si se encontraban los estudios sobre el mismo, si se había proyectado que se iba a encerrar todo el entorno del parque recreacional (...) se trataba de un solo proyecto y no sobre la improvisación aparente que significaba no solo dividir la obra en diferentes niveles para así tener la facultad de obviar el requisito de las ofertas y seleccionar directamente el contratista, asunto que puede inferirse de el mismo día firmar un contrato de suministro (principal) y uno adicional a este adicional (sic) -256 de mayo 13 de 2006- (sic), con el detalle que el mismo día se ejecutó, se liquidó y pagó, es más fue una lucha ardua la que protagonizó el Dr. FRANCISCO RIVERA para que se concluyera pericialmente que toda la malla comprada en los dos contratos cuestionados se*

*encontraba instalada (...) indicando que se trataba de un solo proyecto por lo que en ese entendido **lo lógico hubiese sido realizar un solo contrato** –que no varios- por el valor real de adquisición por mismo objeto contractual (sic) que incluyera lo contratado, firmado, ejecutado y pagado en enero de 2006 -064 de 2006- evidenciando con esta actuación una intención diferente a la exigida en la ley, la intención de obviar requisitos legales en la contratación –las dos ofertas por exigir el 10% de la menor cuantía- impidiendo que otros oferentes intervinieran en la voluntad de la administración y de paso permitiendo la irregularidad que otros funcionarios o servidores públicos se inmiscuyeran sin autorización funcional en la contratación<sup>2</sup>.*

A continuación, luego de referirse a las irregularidades del contrato número 64, del 25 de enero de 2006 (*que no es tema de discusión en sede del recurso de casación*), concluyó lo siguiente frente a la conducta atribuida al alcalde RIVERA ROJAS:

*[e]s evidente el incumplimiento de los requisitos legales esenciales relacionados con el trámite y celebración de los contratos públicos, toda vez que la selección del contratista se hizo arbitrariamente por el acusado, con ayuda indispensable de los coautores del hecho, sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 855 de 1994 para cumplir el requisito de selección objetiva –obtener las dos ofertas exigidas en la ley- y muy a pesar de que fue expedido el registro presupuestal, las cláusulas que recogían el acuerdo de voluntades no fueron aceptadas por los contratistas que ni siquiera fueron oferentes porque el contrato en documento escrito es una contratación concertada, dolosa donde se impuso el amiguismo que la verdadera intención de cumplir los fines del Estado.*

---

<sup>2</sup> Negrillas fuera del texto original.

La resolución de acusación fue apelada únicamente por los procesados y/o sus defensores. La misma fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, mediante proveído del 31 de agosto de 2012, con la salvedad de que se decretó la nulidad parcial, solo en lo concerniente al delito de peculado por apropiación.

### **3.2. La sentencia de primera instancia**

Una vez agotados los trámites previstos en la Ley 600 de 2000, el 24 de enero de 2018 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán tomó las siguientes decisiones: (i) condenó a FRANCISCO RIVERA ROJAS por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (Art. 410), **solo en lo que concierne al contrato número 256 del 13 de mayo de 2013**, razón por la cual le impuso las penas de 4 años de prisión, multa equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de cinco años; (ii) absolvió a este procesado por el mismo delito, **en todo lo relacionado con “las órdenes adicionales del 13 de mayo de 2005 y No. 64 de 2006**; (iii) también lo absolvió por los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado; (iv) le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena; y (v) absolvió a los demás procesados, por todos los delitos incluidos en la acusación.

Como argumento central, el Juzgado dejó sentado que la Fiscalía insinuó que el contrato fue fraccionado, pero,

finalmente, formuló cargos por cada una de las actividades contractuales, lo que explica por qué le endilgó a RIVERA ROJAS el delito previsto en el artículo 410, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles.

Bajo ese presupuesto, concluyó que **la única irregularidad** que se demostró fue la omisión de dos propuestas o cotizaciones previas al contrato número 256, del 13 de mayo de 2005, requisito que era obligatorio en atención al presupuesto del municipio. Por demás, desestimó los cargos de la Fiscalía frente a dicho contrato, así: (i) la disponibilidad presupuestal es un requisito de la ejecución del contrato, que escapa a la cobertura del artículo 410 del Código Penal; (ii) las pruebas acopiadas le brindan suficiente respaldo a la hipótesis de que GUIDO LÓPEZ ROJAS engañó a los servidores públicos y, así, logró acceder a los referidos contratos, lo que debilita la teoría del acusador, según la cual el alcalde y los otros procesados actuaron por "*amiguismo*", esto es, con la intención de seleccionar un contratista "*a su amaño*"; (iii) esto hace creíble la versión de BALANTA BENAVIDES, según la cual cobró el cheque oficial porque GUIDO LÓPEZ le pidió el favor y, por ello, le regaló cincuenta mil pesos; (iv) no se demostró que RIVERA ROJAS hubiera actuado con "*ánimo torticero*", pues, de un lado, los materiales efectivamente fueron adquiridos y utilizados para la obra pública, y de otro, la Fiscalía optó por desestimar la acusación por el delito de peculado; (v) tampoco es de recibo la tesis atinente a un contratista "*fantasma*", porque el contrato efectivamente se ejecutó; y (vi) no se demostró la

inexistencia del “*Registro Único de Precios de Referencia*”, ni que el mismo no se haya utilizado para la contratación.

De otro lado, y en esencia bajo los mismos argumentos, concluyó que no se demostraron irregularidades en las otras dos actuaciones contractuales. Al respecto, resaltó que por la cuantía de las mismas no era necesaria la obtención de dos ofertas, como sí sucedió con el referido contrato 256.

En síntesis, el juzgador de primer grado concluyó que la irregularidad en que incurrió RIVERA ROJAS consistió en omitir la obtención de dos ofertas, lo que era obligatorio toda vez que

*[p]ara el año 2005, el presupuesto del municipio de Rosas –Cauca-  
era de \$19.075.000.000, es decir **que la menor cuantía para la  
contratación directa**, siguiendo los postulados del artículo 38 A  
del Decreto 2150 de 1995, que modificó el artículo 24 original de  
la Ley 80 de 1993, era de máximo \$45.687.500, que equivale al  
valor de **125 salarios mensuales vigentes para el año 2005.***

*Conforme a lo anterior, por razón de la cuantía del contrato  
contenido en la orden de suministro No. 256 de 2013, resultaba  
conforme a la ley acudir a la contratación directa, además por  
cuanto el objeto del contrato no hacía referencia alguna de las  
circunstancias que posibilitan la contratación de urgencia,  
conforme lo establece el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (...).*

*Para efecto de la contratación directa, siguiendo los lineamientos  
del Decreto 855 de 1994, regulada en el artículo 24,  
específicamente tratándose de los casos establecidos en el literal  
a, que como se dijo, hace referencia a la cuantía del presupuesto  
de la entidad contratante y de cara a ella, a la cuantía para*

*contratar por esa vía, la entidad debe obtener cuando menos dos ofertas. Pero, el inciso cuarto, artículo 3 del Decreto 855 que se menciona disponía: "Cuando se trate de contrato cuya cuantía no supere el diez (10%) (sic) de los montos señalados en el literal a) del artículo 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los mismos se celebrarán teniendo en cuenta los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas".*

***Para el caso particular, el 10% del que trata la norma trascrita y aplicado al caso sub lite, correspondería a \$4.768.750, para el año 2005. Dado el valor pactado en la orden de suministro 256 de 2005, que era de \$8.875.000, tampoco podía acudirse a la contratación directa sin obtener, cuando menos, dos ofertas<sup>3</sup>.***

### **3.3. La apelación**

El fallo de primera instancia fue apelado únicamente por el procesado FRANCISCO RIVERA ROJAS. Dijo estar de acuerdo con los hechos declarados por el Juez y resaltó que, según esa decisión, lo único que se le reprocha es haber omitido la obtención de cuando menos dos ofertas antes de celebrar el contrato 256 del 13 de mayo de 2005.

Sin embargo, resalta que el fallador de primer grado se equivocó al elegir las normas aplicables al caso, toda vez que: (i) el original literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 estableció que para las entidades con presupuesto anual igual o superior a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía para la contratación será de **250 salarios mínimos**

<sup>3</sup> Negrillas fuera del texto original.

**legales mensuales**; (ii) esta norma fue subrogada por el artículo 38 del Decreto extraordinario 2150 de 1995, entre otras cosas en el sentido de que las entidades “*que tengan un presupuesto anual inferior a 50.000 salarios mínimos legales mensuales la menor cuantía será de 125 salarios mínimos legales mensuales*”; (iii) luego, la norma en mención fue “**corregida**” por el Decreto 62 de 1996, entre otras cosas en el sentido de que las entidades “**que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la menor cuantía será de 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes**”; (iv) “*el presupuesto para el municipio de Rosas para 2005 equivalía a 12.309 salarios mínimos legales mensuales vigentes*”; (v) luego, la menor cuantía para contratar equivalía a **250 salarios mínimos salarios mínimos legales mensuales** (a razón de \$381.500), esto es, \$95.375.000; (vi) “*de ahí se sigue también que el 10% de esta cifra era \$9.537.500, monto hasta el cual no se requería obtener varias ofertas*”; y (vi) el monto del contrato 256 del 13 de mayo de 2005 fue de \$8.875.000, motivo por el cual no se requería la pluralidad de ofertas, cuya supuesta omisión constituye la única irregularidad por la que se omitió la condena.

### **3.4. La decisión de segunda instancia**

El Tribunal le concedió la razón al apelante en lo que concierne al yerro en que incurrió el Juzgado. Efectivamente, el presupuesto del municipio de Rosas para el año 2005 daba lugar a que la menor cuantía para contratar ascendiera a 250

salarios mínimos legales mensuales (\$95.375.000). El 10% de la menor cuantía (\$9.537.000) es superior al monto del contrato 256 de 2005, por lo que no era obligatoria la obtención de dos ofertas.

Sin embargo, luego de resaltar que no era posible remover la absolución emitida por el juzgador de primer grado frente a las otras dos actuaciones contractuales ya conocidas, concluyó que RIVERA ROJAS, **por otras razones**, al celebrar el contrato 256 trasgredió de diversas formas los principios que rigen la contratación administrativa, toda vez que: (i) el 13 de mayo de 2005 se suscribieron la orden de suministro 256 y un “*contrato adicional*”, que tenían el mismo objeto, esto es, la adquisición de materiales para la referida obra; (ii) la pluralidad de contratos obedeció a la falta de estudios previos, o a la intención de fraccionar el contrato con la finalidad de eludir “*ciertas exigencias legales*”; (iii) de esa forma, el procesado eligió “*de manera subjetiva el proveedor que quiso*”; (iv) no se realizó un “*sondeo de mercado, con el propósito de establecer qué proveedores podrían ofrecer mejores precios y calidad de los productos por adquirir*”; (v) se contrató con un establecimiento comercial (“*Plásticos el arriero*”), que “*no era idóneo para distribuir los elementos requeridos*”; (vi) para la fecha del contrato, el proveedor ya no contaba con matrícula mercantil, “*con lo cual se deriva un grave riesgo al cumplimiento del contrato, lo que demuestra que no se hizo ningún esfuerzo para establecer la idoneidad del proveedor*”; (vii) finalmente, la contratación no se realizó con “*Plásticos el arriero*”, sino con un conocido del procesado, GUIDO ALBERTO LÓPEZ, quien no tenía



autorización para hacer la venta, endosar los cheques, etcétera; y (viii) uno de los cheques correspondientes a dichos contratos fue cobrado por FABIO MANUEL BALANTA BENAVIDES, quien se desempeñó como secretario privado de RIVERA ROJAS.

#### 4. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal de casación prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el censor plantea que el Tribunal violó el debido proceso, en esencia porque: (i) el único hecho que justificó la condena fue la omisión de las dos ofertas; (ii) el fallo de primer grado solo fue apelado por el condenado; (iii) la alegación se contrae a la normatividad aplicable; (iv) el Tribunal, al abordar los temas referidos en el numeral 3.4, desbordó su competencia, pues resolvió sobre temas ajenos a la impugnación; (v) cuestionó la inexistencia de estudios previos, lo que no fue objeto de acusación y, por tanto, no fue abordado por el juzgador de primer grado, a lo que debe sumarse que en el fallo apelado se descartó la inexistencia de recursos para la obra; y (v) hizo caso omiso a lo concluido por el Juzgado en el sentido de que las irregularidades le son atribuibles exclusivamente a LÓPEZ ROJAS. En su opinión, asumir que el Tribunal podía tocar estas temáticas, implicaría aceptar que el impugnante *“se aventure a desentrañar o adivinar qué otros argumentos en su contra, distintos a los señalados en la providencia que recurre, podría eventualmente agregar el fallador de segundo nivel, y acometer la contra argumentación”*.



Basado en lo anterior, solicita a la Corte *“casar la sentencia objeto de este recurso extraordinario, para en su lugar, declarar la NULIDAD DE LA MISMA, a efectos de que el Tribunal de origen, la profiera nuevamente, con estricto apego a su competencia funcional, según lo manda lo debido procesal, en concreto, el artículo 204 de la Ley 600 de 2000”*.

## **5. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Sin abordar lo concerniente a la trasgresión del principio de limitación atribuida al Tribunal al resolver la apelación interpuesta por el procesado RIVERA ROJAS, el delegado del Ministerio Público resalta que en el fallo impugnado se hizo alusión al deber que tienen los funcionarios de someterse a los principios que rigen la contratación administrativa. Sobre esa base y tras referirse a las características del bien jurídico tutelado con lo establecido en el artículo 410 del Código Penal, concluyó que en este caso *“se reúnen los elementos esenciales del tipo endilgado, si bien referido a una norma de reenvío externo o tipo penal en blanco, pero susceptible de ser llenado con una reglamentación anterior para el momento de los hechos, el procesado en calidad de Alcalde no podía desconocer los principios básicos que rige el estatuto contractual”*.

Por tanto, solicita a la Corte *“no casar la sentencia impugnada”*.

## **6. CONSIDERACIONES**

### **6.1. Delimitación del debate**

La Corte debe resolver si se viola el principio de limitación *-que rige la competencia del juzgador de segunda instancia-* y se afecta el derecho del apelante único a que su situación no sea desmejorada, cuando: (i) la condena es apelada únicamente por el procesado; (ii) la impugnación se limita a las normas aplicables a una realidad fáctica que no ha sido objeto de impugnación; y (iii) el fallador de segundo grado mantiene la condena, pero por hechos diferentes a los declarados en la decisión de primera instancia.

## **6.2. Las reglas aplicables al caso**

El tema se encuentra regulado de la siguiente manera en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000:

*Competencia del superior. En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.*

*Cuando se trate de sentencia condenatoria el juez no podría en ningún caso agravar la sanción, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, teniendo interés para ello, la hubieran recurrido.*

*Tampoco se podrá desmejorar la situación de la parte civil o del tercero civilmente responsable cuando fueren apelantes únicos*

*La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia.*

Frente al alcance de esta norma, la Sala ha hecho las siguientes precisiones: (i) el artículo 194 de la Ley 600 de

2000 le impone al apelante la obligación de sustentar el recurso, so pena de que el mismo sea declarado desierto (Art. 194); (ii) esa obligación del recurrente, se traduce, a su vez, en una limitación para el juzgador de segunda instancia, que solo se podrá pronunciar sobre los aspectos incluidos en la impugnación y sobre aquellos que “*resulten inescindiblemente vinculados*” al mismo, salvo lo que atañe a la materialización de las garantías debidas al procesado (CSJSP, 25 jul. 2015, Rad. 45894); (iii) ello, precisamente, constituye la principal diferencia entre la apelación y la consulta, pues esta, por *expresa disposición legal, faculta al superior funcional para “decidir sin limitación sobre la providencia”*; (iv) el derecho del impugnante único a que su situación no sea desmejorada tiene un desarrollo más amplio en la Ley 906 de 2004, que debe ser aplicado, por favorabilidad, a los casos tramitados bajo la Ley 600 de 2000 luego del año 2005 (CSJSP, 4 feb. 2015, Rad. 39417, entre otras); y (v) dicho derecho constituye un elemento estructural del debido proceso, por lo que debe ser protegido, incluso en detrimento del principio de legalidad (CSJSP, 28 oct. 2015, Rad. 43436, entre otras).

Ante este panorama, el análisis se contrae a establecer si en los eventos en que el procesado tenga el carácter de apelante único y limite la impugnación a las normas aplicadas por el Juzgado, puede entenderse que el Tribunal está habilitado para emitir la condena por hechos que fueron desestimados o que no fueron considerados por el fallador de primera instancia, bajo el argumento de que se trata de

asuntos *“inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”*.

En lo que concierne a hechos que no fueron considerados por el juzgador de primer grado, la Corte ha precisado que el superior funcional no puede emitir un pronunciamiento de fondo, no solo por la posible trasgresión del *principio de limitación* y del derecho del apelante único a que su situación no sea desmejorada, sino además porque ello entrañaría una evidente violación de los derechos de defensa y a la doble instancia, que, cuando se trata de la sentencia condenatoria, adquiere mayor relevancia a la luz de los recientes desarrollos del derecho a la doble conformidad (CSJSP, 11 ab. 2018, Rad. 43533; CSJSP, 26 mar. 2018, Rad.52018, entre otras).

De otro lado, cuando el procesado, como apelante único, limita la controversia a la selección de la norma aplicable al caso, el Tribunal no tiene competencia para modificar las decisiones del fallador de primer grado acerca de los hechos, cuando las mismas le son favorables al impugnante, toda vez que: (i) no se trata del grado jurisdiccional de la consulta, que habilita esas revisiones ilimitadas; (ii) el ordenamiento jurídico le brinda iguales oportunidades a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la parte civil para impugnar las decisiones sobre la premisa fáctica de la decisión; (iii) igualmente, establece que la situación del condenado solo puede ser desmejorada si estos impugnan la sentencia; (iv) por tanto, si estas partes se muestran conformes con la premisa fáctica del fallo, lo que se

desprende de su decisión de no interponer el recurso vertical, el superior funcional no podría revisarlas, simple y llanamente porque su competencia está limitada, según se dijo, por los argumentos expuestos por el recurrente; (iv) si esos aspectos no son objeto de debate, el procesado debe tener la tranquilidad de que, en su calidad de apelante único, los mismos no pueden ser modificados para perjudicarlo, pues un riesgo de esa naturaleza haría incierta la suerte del censor, al punto de desestimular el ejercicio de la impugnación; (v) si se aceptara la tesis contraria, el procesado se vería enfrentado a nuevas argumentaciones frente a asuntos no rebatidos, frente a los cuales, por razones obvias, no tuvo la oportunidad de pronunciarse; y (vi) así, cuando solo se cuestiona la premisa jurídica del fallo, solo podrán tener el carácter de "*asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación*", por ejemplo, otras normas aplicables al caso u otros aspectos atinentes a la selección, interpretación y aplicación del componente normativo.

### **6.3. El caso sometido a conocimiento de la Sala**

El Juzgado de primera instancia se pronunció de fondo sobre los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación. Finalmente, desestimó la mayoría de hipótesis fácticas propuestas por el fiscal, sobre las supuestas irregularidades en que incurrió el procesado RIVERA ROJAS en las tres actuaciones contractuales ya conocidas. Solo declaró probado que este no obtuvo dos ofertas previas, lo



que, en su opinión, solo es trascendente frente al contrato 256, del 13 de mayo de 2005.

A esos hechos, les aplicó una normatividad equivocada, según lo alegó el apelante y lo reconoció el Tribunal, en esencia porque no tuvo en cuenta una de las varias reformas introducidas por el legislador, a través de la cual se amplió el monto de la menor cuantía para la contratación para entidades con un determinado rango presupuestal, en el que se ubicaba el municipio de Rosas para el año 2005.

Aunque el Juzgado desestimó la mayoría de los hechos incluidos en la acusación, la Fiscalía no apeló la decisión, como tampoco lo hizo el Ministerio Público.

Bajo esas condiciones, el debate suscitado en sede del recurso de apelación se redujo a un aspecto eminentemente jurídico, esto es, la selección de las normas aplicables a los hechos declarados por el Juzgado. En ese ámbito, el Tribunal le concedió la razón al impugnante.

Sin embargo, como bien se anota en la demanda, el juzgador de segundo grado decidió edificar la condena sobre una realidad fáctica sustancialmente diferente a la declarada por el Juzgado.

Bajo ese contexto, abordó temas no tratados en la sentencia de primera instancia (*como la inexistencia de estudios previos*) y modificó sustancialmente la base fáctica del proveído impugnado, pues, a manera de ejemplo, mientras



en este se declaró que buena parte de las irregularidades aludidas por la Fiscalía le eran atribuibles exclusivamente a una persona diferente –o, por lo menos, se declaró que existe duda razonable sobre el particular–, y se asumió que RIVERA ROJAS no actuó “*de forma torticera*”, el Tribunal edificó su decisión sobre un presupuesto contrario, esto es, que el alcalde eligió “*a su antojo*” al proveedor de materiales.

Aunque en un apartado de su disertación el Tribunal se refirió al posible fraccionamiento de contratos, a renglón seguido manifestó que no era competente para modificar la absolución emitida por el Juzgado frente a los otros dos componentes del contrato supuestamente fraccionado (*que el fallador de primer grado asumió como contratos independientes*). Finalmente, concluyó que RIVERA ROJAS violó los principios de transparencia, moralidad, economía y subjetividad por razones diferentes, concretamente porque

*[e]n la celebración del contrato objeto de estudio por la Sala, esto es, la suscripción como Alcalde Municipal de Rosas Cauca, de la “orden de suministro No. 256 del 13 de mayo de 2005”, razón por la cual, aunque normativamente los valores a que se contraía el contrato de suministro cuestionado, permitían materializar el mismo, **sin la exigencia de dos ofertas**<sup>4</sup>, estuvieron muy lejos de cumplirse a que se ha aludido, los cuales debían necesariamente dinamizarse en ese caso, tornándose por ello, **subjetiva la escogencia de un proveedor que no era idóneo** en el suministro de materiales, y quien por el contrario, **no era propietario de almacén alguno** que distribuyera los mismos, lo cual ponía en tela de juicio, la calidad de ellos, así como su calidad y entrega de ellos, constituyéndose en un riesgo de*

<sup>4</sup> Esta fue la única irregularidad que el Juzgado declaró probada.



*incumplimiento, además, del incremento respectivo en los mismos, ya que obraba como comisionista en favor de terceros, lo cual **conllevaba un mayor precio**, amén que **uno de los cheques fue cobrado por el antiguo secretario de la Alcaldía** y quien en tal oportunidad se desempeñaba como conductor de la misma, aspectos que -lógicamente- afectan la nitidez, claridad y transparencia de la contratación, principios que se institucionalizaron para combatir la corrupción, y efectivizar los principios de transparencia, moralidad, igualdad, imparcialidad, publicidad y eficiencia, en la celebración de tal tipo de contratos<sup>5</sup>.*

A la luz de lo expuesto en el numeral 6.2, el Tribunal violó el debido proceso, porque: (i) desbordó la órbita de su competencia, toda vez que la sentencia fue apelada únicamente por RIVERA ROJAS, quien clara y expresamente redujo la censura a la selección de las normas aplicadas a los únicos hechos que el Juez declaró probados; (ii) producto de esa irregularidad, tomó una nueva decisión acerca de los hechos, bien porque dio por probados algunos aspectos no tratados por el Juzgado -la ausencia de estudios previos-, ora porque modificó sustancialmente lo resuelto en primera instancia sobre la ausencia de prueba de la mayoría de irregularidades mencionadas por la Fiscalía en la acusación; (iii) de esta forma, desmejoró ostensiblemente la situación del apelante único, en la medida en que lo condenó por hechos por los que había sido absuelto; y (iv) lo que dio lugar, además, a la violación del derecho de defensa.

Así, ante la evidente trasgresión de las garantías debidas al procesado, se casará el fallo impugnado, en orden a decretar la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo

<sup>5</sup> Negrillas fuera del texto original.



de segunda instancia, inclusive, para que el Tribunal resuelva el recurso de apelación con apego al debido proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

**Primero:** casar el fallo impugnado, por las razones expuestas por el demandante.

**Segundo:** decretar la nulidad de lo actuado desde la emisión del fallo de segunda instancia, inclusive, en orden a que el Tribunal resuelva el recurso apelación de acuerdo al debido proceso.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



**EYDER PATIÑO CABRERA**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

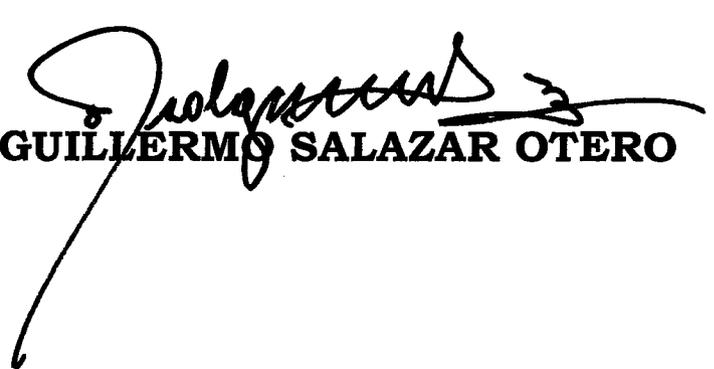


**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

~~**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**~~



~~**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**~~



**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**Nubia Yolanda Nova García**  
**Secretaria**