

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

SP2653-2019

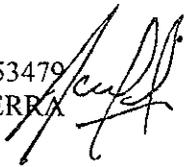
Radicado N° 53479

Aprobado Acta No. 171.

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019).

V I S T O S

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 16 de abril de 2018, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, en la cual se impuso pena de prisión de 76 meses, multa en cuantía de \$49.644.355 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena principal, en contra de GREGORIO GALÁN BECERRA, a título de autor de los delitos de peculado



por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; al procesado se le negaron los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria: además, fue ordenado el pago de la suma de \$49.000.000, a título de indemnización por perjuicios civiles.

LOS HECHOS

En su calidad de alcalde municipal de Paipa, para el cual fue elegido en el periodo 2004-2007, GREGORIO GALÁN BECERRA, celebró el 30 de diciembre de 2005, el contrato interadministrativo número 245 de 2005, con la Cooperativa COSURMETA.

En el documento se pactó que en un término máximo de 45 días, COSURMETA entregaría al municipio de Paipa, una motoniveladora modelo 670 CH II, a cambio de lo cual el ente local se compromete a pagar la suma de \$519.000.000, de los cuales a la firma del contrato se entregaría un anticipo de \$295.500.000.

Empero, como COSURMETA actuó apenas en calidad de intermediario del importador y comercializador en Colombia de esa maquinaria, DINISSAN, no solo se desconoció el contenido del numeral segundo del artículo 14 del Decreto 2170 del 2002, que permite los contratos directos -interadministrativos- con cooperativas solo



cuando estas demuestran su capacidad para ejecutar directamente el objeto contratado, sino que se generó un incremento de \$79.000.000, respecto del valor comercial del bien, suma que no se utilizó en la labor social de la Cooperativa, sino que fue desviada a particulares, de conformidad con el interés que animó a GALÁN BECERRA, desde la suscripción del contrato.

DECURSO PROCESAL

Una vez recibida la denuncia, se dispuso, por parte de la Fiscalía Quinta Seccional de Duitama, apertura de investigación previa, el 24 de diciembre de 2010.

Después de recabar algunos testimonios, con fecha del 25 de febrero de 2011, fue abierta formal instrucción en contra de GREGORIO GALÁN BECERRA, disponiéndose escucharlo en indagatoria.

La diligencia se realizó el 15 de marzo de 2011. Consecuentemente con ello, el 21 de octubre de 2011, fue resuelta su situación jurídica. Allí, se abstuvo la Fiscalía de imponer en su contra medida de aseguramiento, a pesar de atribuirle los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

El 6 de agosto de 2012, fue cerrada la investigación.



En consecuencia, el 5 de octubre de 2012, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de GREGORIO GALÁN BECERRA, por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

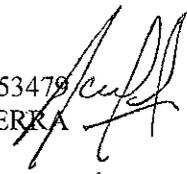
Apelada la acusación por la defensa del procesado, con fecha del 27 de junio de 2013, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa rosa de Viterbo y Yopal, confirmó en su integridad lo decidido por el A quo.

Ejecutoriada la acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, oficina judicial que dio comienzo a la audiencia pública de juzgamiento el 20 de marzo de 2014, y la culminó el 31 de julio de 2014.

El 23 de enero de 2015, fue proferida la sentencia condenatoria de primer grado, apelada oportunamente por la defensa.

Con fecha del 16 de abril de 2018, se emitió la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, que confirmó en todas sus partes la condena.

Inconforme con lo decidido, el defensor del acusado interpuso y sustentó oportunamente el recurso



extraordinario de casación, en demanda que fue ajustada y admitida por la Corte el 28 de agosto de 2018.

De inmediato se dio traslado a la Procuraduría para el correspondiente concepto, que fue allegado el 4 de diciembre de 2018.

LA DEMANDA ADMITIDA

CARGO PRIMERO (principal)

Lo formula el demandante dentro de la órbita de la causal primera, cuerpo segundo, dispuesta en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por estimar que se generaron en la decisión del Ad quem errores de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación.

A fin de demostrarlo, se remite a la manifestación efectuada en el fallo atacado respecto de la ausencia de estudios previos adecuados referidos a la conveniencia y necesidad del contrato, para significar que ello desconoce la existencia de múltiples pruebas, documentales y testimoniales que demuestran lo contrario.

Destaca, así mismo, que el Tribunal desconoció la justeza de los documentos y la declaración de todos los funcionarios que participaron en los estudios de conveniencia y necesidad, para lo cual el Ad quem



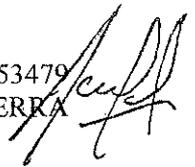
apenas advirtió que el asunto se trató de manera informal en la administración o que el documento allegado en borrador refiere una licitación en lugar del contrato interadministrativo finalmente desarrollado.

Se ocupa, más adelante, de destacar cómo los medios de prueba presentados por la defensa referencian la existencia de unos estudios de conveniencia serios, profundos y suficientes.

Por ello, acota, el que los falladores no les hubiesen dado tal alcance, advierte de la “*transfiguración*” del contenido de la prueba.

Asume, de igual manera, que un cuadro Excel aportado por la Secretaría de Obras del Municipio, en el cual se registra el estudio de mercado, demuestra que sí se probó que los funcionarios examinaron las condiciones del mercado, razón por la cual “*tergiversa*” la prueba el Tribunal cuando señala que no existe constancia de la labor en cita.

Así mismo, cuando el Tribunal refiere como informales los documentos reseñados y agrega que de todas maneras no respaldan la compra de la motoniveladora, los está “*tergiversando*” en su contenido.



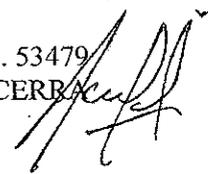
A renglón seguido, presenta su criterio en torno del borrador del Estudio de Conveniencia y Oportunidad, a fin de verificar que efectivamente el original sí existió, pero desapareció; y además, que su contenido ha sido ampliamente certificado por vía testimonial, en prueba de lo cual transcribe lo expresado al respecto por quienes se encargaron de elaborarlo o lo conocieron en la administración municipal.

En torno de la trascendencia del error propuesto, el recurrente sostiene que de no haber tergiversado *“el contenido mismo de las expresiones del documento borrador”*; y si hubiese tomado en consideración la múltiple prueba que respalda su existencia y contenido, el Tribunal habría concluido que la etapa precontractual fue efectiva y adecuadamente adelantada, de lo que se sigue la inocencia del procesado por los cargos objeto de acusación.

Pide, por ello, que se case la sentencia *“para en su lugar dictar la de reemplazo que corresponda”*.

2. CARGO SEGUNDO (principal)

También dentro del cuerpo segundo de la causal primera de casación, pero ahora pregonando la existencia de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, el recurrente sostiene que el Tribunal advirtió

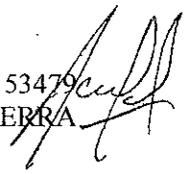


la existencia del delito de peculado por apropiación a partir de sostener que de haberse adelantado un proceso licitatorio en lugar del contrato interadministrativo, el valor de la motoniveladora hubiese sido sustancialmente inferior.

Empero, agrega, dicha manifestación carece de prueba que la soporte, entre otras razones, porque era de cargo de la Fiscalía demostrar el tópico y no lo hizo, al punto que el Ad quem jamás precisó cuánto es el menor valor que estima correspondería de haberse acudido al trámite de licitación.

Ya luego, emprende la tarea de determinar la legalidad de la forma contractual escogida por el acusado, en aras de destacar que perfectamente el alcalde municipal puede elegir en estos casos el trámite interadministrativo, sin que deban existir condiciones especiales que así lo obliguen.

Después sostiene que los falladores erraron cuando, para estimar la diferencia de precios entre las distintas formas de contratación, acude a la suma en que DINISSAN vendió a la cooperativa el bien, dado que no es posible atender a los beneficios que pudo obtener o no la cooperativa, si el valor de venta al municipio se aviene con los precios del mercado.



Añade que si las formas de contratación permitidas por la ley y la constitución política, en particular los contratos interadministrativos, causan por sí mismas un detrimento económico, la responsabilidad no estriba en el contratante, sino en la norma que faculta el trámite.

Acerca de la trascendencia del yerro propuesto, el recurrente señala que si el Tribunal no hubiese acudido a su subjetividad para definir un detrimento patrimonial que la prueba no demuestra, la definición del delito operaría incierta y, en consecuencia, no sería posible atribuir responsabilidad en este al acusado.

Pide, atendido ello, que se case la sentencia “*para en su lugar dictar la de reemplazo que corresponda*”.

3. TERCER CARGO (subsidiario)

También por la senda del error de hecho por falso juicio de existencia, aunque ahora dentro de la modalidad de la omisión, el demandante sostiene que el Tribunal pasó por alto, en lo que atiende al delito de peculado por apropiación en favor de terceros, que la entidad contratada, COSURMETA, corresponde a una cooperativa de derecho público conformada por entidades territoriales, cuyo tratamiento legal, cuando se trata de contratos, se rige por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002.



Bajo esta óptica, dado que por vía testimonial se corroboró la naturaleza pública de la cooperativa y la destinación de los dineros obtenidos por ella, a cubrir necesidades básicas de las entidades territoriales que la conforman, no es posible asumir ejecutado un delito de peculado, a voces de la jurisprudencia de la Sala¹, en cuanto, al no tratarse de un particular el receptor o beneficiario de la que se estima diferencia de precios, no se cubre la exigencia del tipo penal.

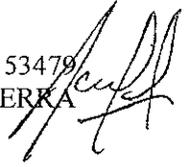
Advierte el demandante que si el Tribunal hubiese tomado en consideración todas las pruebas documentales y testimoniales que determinan la condición pública de la cooperativa COSURMETA, habría emitido sentencia absolutoria por el delito de peculado, dado que este no puede ser ejecutado cuando los dineros presuntamente apropiados pasan a otra entidad estatal.

Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia *“para en su lugar dictar la de reemplazo que corresponda”*.

Del no recurrente

Dentro del lapso establecido para el efecto, el Procurador 165 judicial penal, presentó escrito en el cual se opone a la pretensión del demandante, básicamente,

¹ Radicado 29726, del 30 de noviembre de 2017



porque estima adecuadamente examinado el acopio probatorio, por parte del Tribunal.

Al efecto, advierte que no se trata de que el ad quem hubiese pasado por alto examinar determinadas pruebas o las tergiversara, sino que su valoración es contraria a la adelantada por el defensor.

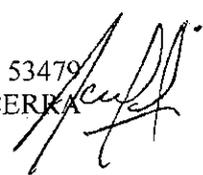
Además, acota, el recurrente pasó por alto demostrar la trascendencia de los yerros propuestos, pues, no aludió a otras pruebas que, examinadas, pudieran conducir a sostener que sin el yerro el fallo habría sido absolutorio.

Destaca, por último, la tesis del fallador referida a que la entidad contratada solo operó como intermediario en la adquisición del bien.

Concluye señalando que dados los errores en lo argumentado por el impugnante, la Sala debe negar la pretensión, de admitirse la demanda.

Concepto del Ministerio Público

Luego de resumir los hechos y el decurso procesal, así como la demanda admitida por la Corte, la representación del Ministerio Público asume la transcripción de las razones que motivaron la



confirmación de la condena por parte del Tribunal, para de allí concluir que, en efecto, se materializó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues - con cita de una postura de la Corte lo apuntala-, los principios que rigen la contratación estatal hacen parte del tipo penal.

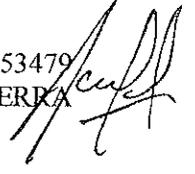
A este respecto, aduce la Procuradora que los “principios” de la contratación estatal fueron desconocidos por el acusado, detallando entre ellos los de economía, buena fe, responsabilidad, selección objetiva, planeación y planificación contractual.

Para soportar su afirmación, reitera lo que fue referenciado por el Tribunal en la sentencia atacada.

Luego, examina la naturaleza de los errores de hecho por falso juicio de existencia y falso juicio de identidad, a partir de lo que sobre el particular ha señalado la Corte, para derivar en que la decisión atacada no comporta este tipo de vicios -aunque no explica por qué-.

Añade que el defensor del acusado no explicó la trascendencia de los errores propuestos.

Concluye, por ello, que los cargos primero y segundo no deben prosperar.



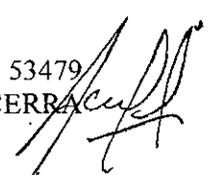
Atinente al cargo subsidiario, la representación del Ministerio Público transcribe de nuevo amplios apartados del fallo de segundo grado, para de allí concluir que la Cooperativa COSURMETA actuó en el contrato como simple intermediario, ya que no contaba con autonomía para ejecutarlo directamente, lo que condujo a que los costos del bien se dispararan.

Ello, en sentir de la Procuradora, representa cabal ejecución del delito de peculado por apropiación, estimado en la suma de cuarenta y nueve millones de pesos, completamente atribuible al acusado, dado que este no acudió al mecanismo de licitación pública, debiendo hacerlo en el caso concreto.

Pide, ya como solicitud general, que no se case la sentencia atacada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es necesario precisar, en primer lugar que, si bien, la demanda comporta ostensibles desaciertos argumentativos de cara a las causales de casación aducidas y su naturaleza, la Sala estimó necesario admitirla porque contempla aspectos problemáticos que inciden en lo decidido.

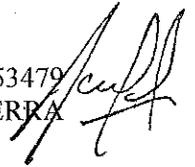


De esta manera, previo a examinar puntualmente las razones del disenso del defensor del acusado, han de estudiarse dos aspectos específicos, relacionados con el principio de congruencia fáctica y la diferencia existente entre los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos.

1. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA FÁCTICA

Como expresión necesaria del debido proceso y los derechos de contradicción y defensa, ya de manera amplia, reiterada y pacífica, la Corte ha construido sólida jurisprudencia que destaca la necesidad de que exista consonancia adecuada entre la acusación y el fallo, particularmente, en lo que corresponde a la identidad entre el sujeto, los hechos y la denominación jurídica de estos.

También, dentro de la decantación paulatina que del tema se ha venido haciendo en sede de la ley 600 de 2000, ha sido claro que existe cierta flexibilidad en lo que a la denominación jurídica compete, pero ninguna respecto de la identidad de sujeto y hechos, en el entendido que la primera puede sufrir mutaciones importantes en el juicio, ora por la nueva prueba recopilada, ya en atención a un mejor examen del fiscal o el juez, acorde con lo que sobre el particular contempla el artículo 404 de esta normatividad,



en el entendido que la calificación jurídica presentada en la acusación se reputa provisional.

En contrario, asoma apenas elemental que deba exigirse absoluta identidad del sujeto, pues, no es posible condenar a quien no fue acusado.

De igual manera, la Corte ha sido enfática en sostener que los hechos objeto de acusación, en su expresión eminentemente fáctica, deben corresponderse enteramente con los que son materia directa de pronunciamiento en sede de sentencia, como quiera que al procesado solo se le puede condenar por la conducta que de manera suficiente y clara se le expuso en la acusación, permitiéndole adecuada controversia y defensa en el juicio.

Ello significa que la Fiscalía tiene la obligación de consignar en la resolución de acusación una detallada, completa, clara y suficiente relación de los hechos con trascendencia penal que se atribuyen al procesado, so pena de que se produzca la invalidez de lo actuado en casos de ambigüedad, confusión, indeterminación o anfibología.

Incluso, la decantación de la jurisprudencia así terminó imponiéndolo, es indispensable que las circunstancias que comportan agravación específica o genérica, también se delimiten específicamente.

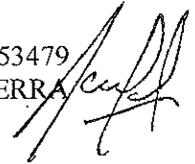


A la par, el principio de congruencia estricto en relación con el apartado fáctico, representa para el juez el deber de emitir el fallo en completa armonía con el núcleo central de los hechos consignados en la acusación, dado que cualquier modificación o agregado trascendentes implican ostensible violación de los derechos en cita.

Esto, para detallar que el ámbito de discusión en el juicio está necesariamente signado por los hechos jurídicamente relevantes contemplados en la acusación –es en torno de ellos específicamente que se solicitan las pruebas en la audiencia preparatoria-; y, en la dialéctica propia de la decisión judicial, la sentencia tiene como marco necesario de discusión dichos hechos.

De igual manera, cuando se trata de la acusación vertida en sede de calificación del mérito instructivo por la Fiscalía, es indispensable tomar en consideración que el contenido cierto de los hechos y la tipificación de los mismos, de cara al juicio y su objeto, finalmente corresponden a lo que sobre el particular haya consignado la segunda instancia, en los casos en los cuales fue objeto de apelación lo decidido por el A quo.

A este respecto, aún en los eventos en los que el ad quem haya avalado la acusación, es necesario verificar el contenido material de lo decidido por la segunda instancia, pues, perfectamente puede suceder que se hubiese acotado



lo sucedido o modificado las circunstancias puntuales que gobiernan la conducta punible estimada ocurrir por el ente investigador, las más de las veces cuando se trata de delitos complejos.

Sucede, entonces, que si la segunda instancia realizó alguna modificación trascendente de los aspectos fácticos de la acusación presentada por el inferior, o los limitó, es lo consignado aquí el derrotero necesario para el juicio y debe servir de norte a la sentencia, sin que sea posible hacer una amalgama de ambas decisiones, en lo que a este tópico respecta, ni mucho menos atender solo a lo dicho por el A quo, bajo el prurito que se confirmó íntegramente por el Ad quem, dado que ello no es así, como quiera que las partes motiva y resolutive forman el cuerpo inescindible de lo decidido.

2. LOS DELITOS DE CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES E INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS LEGALES

La Corte debe señalar que en atención a la similitud de ambas conductas, de conformidad con su tipificación legal, se han presentado bastantes confusiones y en ocasiones decisiones ambiguas que indistintamente ubican en una u otra figura hechos similares, sin precisiones dogmáticas específicas de las razones que imponen elegir una de ellas para el caso concreto.



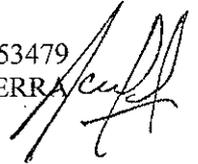
En el asunto debatido parece existir este tipo de confusión, pues, salvo algunas digresiones adjetivas presentadas por la defensa para advertir que el tipo penal atribuible al acusado puede derivar hacia el interés indebido en la celebración de contratos, bien poco se hizo para establecer claridad respecto del contenido normativo que nutre esta ilicitud y la diferencia con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

A este respecto, es necesario señalar aquí que la Corte ya tuvo oportunidad de examinar a profundidad el tema en reciente decisión, que por su trascendencia respecto de lo que aquí se debate y ostensible su desconocimiento por los intervinientes y funcionarios judiciales, se hace necesario transcribir de manera amplia.

Sostuvo, así, esta Corporación²:

“Por razones obvias, la determinación de la relevancia jurídica de un hecho en particular supone la adecuada interpretación de la norma en que el mismo podría ser subsumido. En términos simples, la adecuada interpretación de la ley penal permite delimitar la conducta que, en abstracto, el legislador estableció como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica, la que, a su vez,

² Radicado 44609, del 11 de octubre de 2017

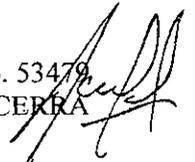


constituye el referente para establecer la relevancia jurídica de los hechos atinentes a un determinado caso.

Sin mayor esfuerzo puede concluirse que los errores en la interpretación de la ley penal, que se traducen en la inadecuada determinación de los hechos establecidos en abstracto como presupuesto de una determinada consecuencia jurídica (valga la repetición), necesariamente inciden en la determinación de la hipótesis fáctica de la acusación, lo que, a su vez, afecta la concreción del tema de prueba y, por esa senda, el proceso en su integridad.

Cuando la acusación (y, en su momento, la sentencia) incluyen varios delitos, el funcionario tiene la obligación de precisar la base fáctica de cada uno de ellos, lo que se erige en presupuesto necesario para el ejercicio de dos garantías judiciales mínimas: la posibilidad de defensa frente a una acusación precisa y de impugnar las decisiones adversas. Esta claridad resulta determinante, además, cuando deba resolverse sobre la existencia de un concurso (real) de conductas punibles, en los eventos en que esos análisis resultan procedentes.

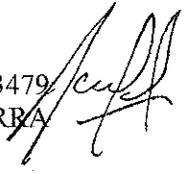
En diversas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre la forma de resolver la concurrencia del delito de interés indebido en la celebración de contratos con otras conductas atentatorias contra la administración pública, concretamente con el delito de contrato sin



cumplimiento de requisitos legales. En la sentencia de única instancia proferida el 8 de noviembre de 2007, bajo el radicado 26450, se concluyó que cuando la base fáctica de los delitos consagrados en los artículos 409 y 410 es semejante, el concurso es aparente, y la conducta debe subsumirse en el segundo de ellos (contrato sin cumplimiento de requisitos legales) por su mayor riqueza descriptiva. En una sentencia de la misma naturaleza, proferida exactamente 4 años después, bajo el radicado 34282, la Sala concluyó que en esos casos debe aplicarse el delito previsto en el artículo 409 (interés indebido en la celebración de contratos).

*Para mantener la claridad sobre la pertinencia de este análisis, debe recordarse que mientras la Juez de primera instancia, basada en el primer pronunciamiento en cita, concluyó que en este caso no existe un concurso real de delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, y emitió la condena solo por el punible previsto en el artículo 410, el Tribunal **revocó** esa decisión y condenó a OCAMPO VASCO por ambos delitos, conforme lo solicitó la Fiscalía en la acusación. Lo anterior sin perjuicio de lo resuelto en las instancias frente al prevaricato por acción y el peculado por apropiación.*

En estos eventos, el análisis sobre la existencia de un concurso (real) de conductas punibles tiene como



presupuesto ineludible la determinación de la base fáctica de cada una de ellas, en orden a establecer si se trata de hechos distintos o si la controversia se contrae a la posibilidad de que una misma conducta haya dado lugar a la configuración de dos delitos diferentes, según los criterios establecidos en la ley y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

*Según se indicó, frente al delito previsto en el artículo 409 del Código Penal es imperioso establecer, entre otras cosas, en qué sentido el funcionario público se “**interesó**” en el contrato en el que debía intervenir en razón del cargo o de sus funciones y de qué manera ese interés o intención se **exteriorizó**, esto es, la forma como trascendió la simple ideación.*

*Acorde con lo expuesto en las sentencias 24450 y 34282 atrás referidas, es posible que el **interés** y la forma como el mismo se **exterioriza** coincidan, en su esencia, con los elementos estructurales de otro delito. Ello sucede, por ejemplo, cuando se demuestra que el sujeto activo actuó con la intención de asignarle irregularmente un contrato a una persona en particular, y para ello desconoció uno o varios requisitos esenciales, como cuando omite la realización de la licitación pública.*

Cuando se presenta esa coincidencia, la determinación de la existencia de un concurso (real) de delitos de interés



indebido en la celebración de contratos (409) y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410) debe partir de la determinación de los hechos jurídicamente relevantes atinentes a cada uno de ellos, que deben incluir aspectos como los siguientes:

Frente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales: (i) el sujeto X, (ii) por razón del ejercicio de sus funciones, (iii) celebró el contrato Y; (iii) sin cumplir el requisito Z, (iv) que es esencial porque... (juicio valorativo), (v) sabía que estaba celebrando el contrato sin ese requisito esencial, y (vi) quiso la realización de la infracción (sin perjuicio de los demás elementos estructurales de la conducta punible).

En ese mismo evento, frente a la realización del delito de interés indebido en la celebración de contratos, la hipótesis podría determinarse de la siguiente manera: (i) el sujeto X, (ii) se interesó en el contrato Y, (iii) en el que debía intervenir en razón de su cargo o de sus funciones; (iv) en el sentido de asignárselo irregularmente al sujeto Z, (v) interés que se exteriorizó a través de la trasgresión de unos determinados requisitos, etcétera.

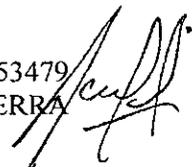
Sin desconocer que existen algunas diferencias entre estas formas de afectación del bien jurídico, la Sala advierte que, en esencia, constituyen formas semejantes de "desvío del poder" en el ámbito de la contratación oficial, entendida



esta como una faceta de la administración pública. Al respecto, esta Corporación ha hecho énfasis en que los principios que inspiran la actuación estatal y la contratación pública en particular son protegidos de diversas formas en el ámbito penal (CSJSP, 24 mayo 2017, Rad. 49819). En el mismo sentido, debe considerarse que la Corte Constitucional, al explicar la trascendencia del tipo penal previsto en el artículo 409 para la protección de este bien jurídico, precisó que

[l]o que el tipo penal sanciona (se refiere al artículo 409) no es el desconocimiento o la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o de los requisitos esenciales de determinado contrato –supuestos que sancionan otros tipos penales– sino el abandono en provecho de intereses propios o de un tercero de su obligación de asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y en particular del interés general que de acuerdo con la Constitución Política, la ley, los reglamentos y las decisiones de la propia administración a la que pertenece corresponda asegurar en el proceso contractual específico en el que interviene el servidor público.

Lo anterior refuerza la idea de que el legislador reguló de diversas maneras el “desvió de poder” en el ámbito de la contratación pública, bien estableciendo de forma específica la forma de trasgresión de los principios que inspiran la actuación estatal en general y la contratación pública en particular, como sucede con los artículos 408 y 410, ora a través de tipos penales más abstractos, como es el caso del consagrado en el artículo 409.



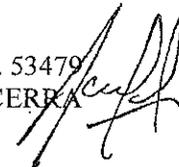
Este tipo de situaciones suelen presentarse cuando el legislador, como en el caso colombiano, pretende la protección de un mismo bien jurídico a través de diferentes tipos penales. En España, por ejemplo, el Tribunal Supremo analizó una situación semejante:

Veamos ahora los tipos penales confrontados, de donde podemos deducir si su estructura es homogénea y si el bien jurídico protegido es el mismo.

El delito inicialmente acusado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares frente a artículo 439 CP. Este delito, está comprendido en el Capítulo IX del Título XIX del Libro Segundo II del CP. El Título XIX lleva por rúbrica "Delitos contra la Administración Pública" y dentro de él, el Capítulo IX, "De las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función". En el mismo Título y en el mismo Capítulo se encuentra sistemáticamente ubicado el delito del artículo 441 CP, que fue el finalmente seleccionado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ como título de condena.

(...)

Ambos delitos protegen el mismo bien jurídico protegido y el seleccionado para condenar tiene asignada pena inferior. Como dice el Ministerio Fiscal, es un claro supuesto de homogeneidad relativa descendente. Veamos los tipos penales en concreto. El art. 439 del Código Penal castiga a la «autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones». Este delito ha sido modificado por

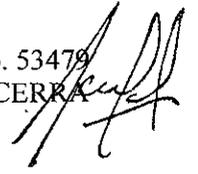


la LO 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor a partir del 23-12-2010, sustituyendo la expresión «debiendo informar» por «debiendo intervenir».

Por su parte, el art. 441 del Código Penal , que ha sido finalmente el aplicado, dispone lo siguiente: «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Es decir, bajo el mismo bien jurídico protegido, esto es, la imparcialidad de los integrantes de la Administración Pública, y con la finalidad de no llevar a cabo lo que se han venido denominando «zonas de confluencia», sanciona, en realidad, su falta de abstención por la vía penal, pues se comprende dentro de dicho precepto la conducta de aquella autoridad o funcionario que teniendo que informar, hoy (LO 5/2010) intervenir, en cualquier asunto público, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones (art. 439).

Esto es, se trata de obtener por parte del funcionario un aprovechamiento -que la ley lo denomina «forma de participación»- mediante el informe o la intervención en asuntos de toda clase, con tal que sean de su incumbencia pública. Mientras que el tipo previsto en el art. 441 del Código Penal



castiga al funcionario que, fuera de los casos legales (elemento atinente a la antijuridicidad material), realice una actividad profesional (o un asesoramiento) al servicio de una entidad privada, en asunto en que deba intervenir por razón de su cargo (en el caso, mediante informe) en la oficina de la que dependa.

Como es de ver, la homogeneidad es patente, y los tipos penales se encuentran muy próximos entre sí, de tal forma que este último es el más general, mientras que el 439 requiere específicamente el aprovechamiento que en el 441 no se exige.³

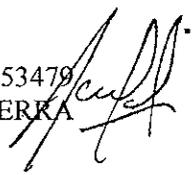
En síntesis, cuando la base fáctica de los delitos previstos en los artículos 409 y 410 coincide en sus aspectos esenciales, el concurso de conductas punibles es aparente, y debe darse aplicación al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos, porque recoge con mayor riqueza la hipótesis fáctica, en la medida en que regula de manera puntual una de las formas de trasgresión de los principios que rigen la contratación administrativa: el desconocimiento de los requisitos esenciales, orientados precisamente a materializar dichos principios. Visto de otra manera, mientras el delito previsto en el artículo 409 del Código Penal regula de manera más abstracta la trasgresión de los principios que inspiran la actuación estatal en general y la contratación pública en particular, el artículo 410 consagra una forma mucho más puntual de afectación del bien jurídico. Esto en armonía con lo resuelto en la sentencia 26450 del ocho de noviembre de 2007.



Lo expuesto en precedencia no conlleva la inoperancia del delito previsto en el artículo 409 porque, a manera de ejemplo, el artículo 410 no tiene aplicación durante la fase de ejecución del contrato, según lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP, 24 Nov. 2016, Rad. 46037, entre muchas otras), de tal suerte que las actuaciones a través de las cuales se **exteriorice el interés indebido** durante esa fase contractual pueden adecuarse al tipo penal regulado en el artículo 409, obviamente a partir de un análisis suficiente de los presupuestos de la responsabilidad penal. Ello bajo el entendido de que la **corrupción administrativa** puede ocurrir en actuaciones estatales que, en apariencia, sean ajustadas a la legalidad, lo que puede constituir un amplio campo de aplicación del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

No puede descartarse, a priori, que el interés (indebido) del sujeto activo desborde el supuesto previsto en el artículo 410, como cuando se violan los requisitos esenciales de la contratación para lograr propósitos que vayan más allá de la selección irregular del contratista. En esos eventos, **a partir de una adecuada determinación de los hechos**, debe analizarse la posibilidad de que se presente un concurso real de conductas punibles.

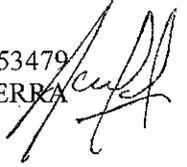
³ TSE, sentencia 765/14, del cuatro de noviembre de 2014.



De otro lado, es posible que el contrato estatal se utilice como un instrumento (“delito medio”) para consumir otro delito (“fin”), como cuando el objetivo perseguido por el servidor público es el apoderamiento de bienes del Estado (...) que le hayan sido confiados “por razón o con ocasión de sus funciones” (Art. 397), y para lograrlo se requiere la celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.

*En este caso no se configura un concurso real entre el delito de interés indebido en la celebración de contratos y el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (“delito medio”), por las razones expuestas en los párrafos precedentes, en la medida en que el **interés**, en lo que concierne a este delito, no va más allá del desconocimiento de los requisitos esenciales a que alude el artículo 410, con el propósito de asignarle el contrato a una determinada persona, como un paso previo y necesario para lograr la consumación de otra conducta punible (peculado).*

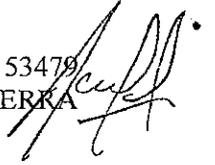
Tampoco podría plantearse que el propósito de apoderarse del dinero, en provecho del servidor público o de un tercero (“delito fin”), pueda constituir un delito (adicional) de interés indebido en la celebración de contratos, porque ese propósito, y las acciones ejecutadas para conseguirlo, encuentra una respuesta punitiva adecuada y suficiente en el artículo 397 del Código Penal.



Aunque el texto transcrito es claro en definir las diferencias salientes que existen entre los delitos dispuestos en los artículos 409 y 410 del C.P., la Corte estima necesario resaltar cómo la remisión a principios abstractos, dígase los de planeación, selección objetiva, transparencia o economía, sin referente concreto en una norma específica que gobierne la contratación y se asuma incumplida por el procesado, se aleja con mucho de la caracterización típica del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para ingresar en el campo hipotético de la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos, siempre y cuando, debe relevarse, se determine la materialidad del efectivo interés, traducido en un comportamiento consecencial al mismo.

Huelga anotar que la simple referencia a dichos principios no solo se aleja de la descripción típica consignada en el artículo 410 del C.P., en clara afectación del principio de legalidad o tipicidad estricta, sino que ocasiona evidente desmedro de los derechos de defensa y contradicción, pues, surge de tal manera aleatoria la atribución penal, que resulta difícil, cuando no imposible, definir cuál es el comportamiento que se reprocha al acusado.

A la par, la abstracción que por lo general encierran los principios, ofrece un campo abonado a la arbitrariedad



del intérprete, pues, siempre será posible, a partir de la remisión a conceptos tales como los de economía, planeación o selección objetiva, encontrar argumentos para señalar que un determinado comportamiento activo o de omisión se encierra allí.

Cabe siempre, entonces, exigir del acusador y del fallador, precisar de manera detallada, suficiente y clara el componente fáctico que gobierna la conducta atribuida, para después equipararla objetivamente con el tipo penal.

LA ACUSACIÓN Y LAS SENTENCIAS

De entrada, advierte la Corte que en el asunto examinado tanto la Fiscalía como los jueces encargados de fallar el asunto, pasaron por alto las exigencias que gobiernan aspectos trascendentes referidos al componente fáctico de la acusación, la necesidad de precisar los hechos y las normas típicas que los gobiernan, las diferencias objetivas existentes entre los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, y la obligación de ajustar la condena al contenido concreto de la acusación.

Para dilucidar estos tópicos la Sala entiende necesario delimitar lo que fue objeto concreto de acusación, para después contrastarlo con el contenido de los fallos de condena.



Acusación en primera instancia

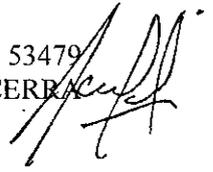
La calificación del mérito del sumario corrió a cargo de la Fiscalía Quinta Seccional de Duitama, en resolución del 5 de octubre de 2012.

Allí, en lugar de presentar la Fiscalía una hipótesis plausible de hechos jurídicamente relevantes, prefirió mejor atender a fenómenos procedimentales, para situar lo ocurrido en la denuncia que presentó el personero municipal al estimar irregular la contratación efectuada por el municipio de Paipa con el fin de adquirir una motoniveladora.

De manera general se afirmó que el funcionario denunciante consideró que *“al parecer existían irregularidades en el proceso contractual”*, a más que el equipo se adquirió por un precio superior al del mercado.

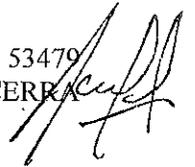
Ya después, al explicar en la parte motiva dónde radica la irregularidad, partió por señalar que se configuran los delitos de peculado y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Abordó en primer lugar el delito de peculado y lo hizo consistir en que: (i) el acusado, alcalde municipal de Paipa para la época de los hechos, es funcionario público; (ii) en



esa calidad tenía la obligación de proteger los bienes y dineros del municipio, que le habían sido confiados; (iii) celebró un contrato de compraventa de una motoniveladora, en razón de sus funciones; y (iv) adquirió la maquinaria por un precio superior en setenta y nueve millones de pesos al que hubiera obtenido con otra forma de contratación, pues, la cooperativa vendedora resultó simple intermediaria, por lo demás innecesaria.

Atinente al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el A quo de la Fiscalía lo radicó en los siguientes aspectos: (i) el objeto de examen es el contrato interadministrativo suscrito por el acusado, en calidad de alcalde municipal de Paipa, con la Cooperativa COSURMETA, para la adquisición de una motoniveladora, cuyo precio fue fijado en la suma de quinientos diecinueve millones de pesos, (ii) *“...por la cuantía del contrato y de acuerdo con las normas aplicables al momento, en aras de no vulnerar los principios de transparencia, selección objetiva y economía debió haberse realizado por licitación pública”*; (iii) *“...en su calidad de alcalde municipal de Paipa no cumplió a cabalidad los principios que rigen la contratación administrativa, toda vez que en las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia del contratista, no se establecieron los procedimientos para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable”*; *“...si bien, en apariencia pudieron cumplirse las etapas pre-contractual, contractual y post contractual, también lo es que como se*

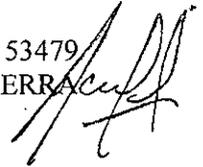


señaló atrás no se respetaron los principios regentes por cuanto no es cumplir las fases sino siempre mirar el bien de la administración”.

La Corte aclara que, aunque en la providencia citada se dice que no se hizo uso de las “normas aplicables al momento”; o que “no se establecieron los procedimientos para asegurar la selección objetiva”, jamás se detalló cuáles son dichas normas o procedimientos, con su definición legal, por lo que, finalmente y como reza en los apartados transcritos, la acusación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se hizo consistir en que el procesado pasó por alto los principios genéricos de transparencia, selección objetiva y economía, todo remitido a que se eligió a la Cooperativa COSURMETA como simple intermediario y ello generó ostensible detrimento patrimonial a las arcas locales.

Así mismo, en el pliego acusatorio de primer grado se referenciaron algunas irregularidades de la contratación, en especial en la rotulación del prepliego, el documento de conveniencia, el acta de cierre de convocatoria y el acta del comité de contratación, referidas ellas al tipo de contrato que se anuncia o los reales oferentes.

Sin embargo, a estas disonancias no les dio el acusador algún tipo de relevancia específica de cara al



delito atribuido al procesado o las normas que rigen dicho trámite y su vulneración.

Acusación en segunda instancia

Con fecha del 27 de junio de 2013, la Fiscalía Segunda Delegada ante los Tribunales de Santa Rosa de Viterbo y Yopal, desató la segunda instancia, confirmando lo decidido por el A quo.

Empero, las razones para dejar en firme la acusación fueron otras, cuando menos en lo que compete al delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así, cuando abordó la conducta punible de peculado, la segunda instancia ratificó que el mismo se ejecutó porque: (i) hubo efectivamente un sobrecosto; (ii) este se propició en razón a utilizarse al vendedor como simple intermediario, en lugar de acudir a la adquisición directa de manos del distribuidor.

Al encargarse del estudio del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la segunda instancia de la Fiscalía, al inicio de la decisión, funda su existencia objetiva en que se pasaron por alto los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad, pues, se hacía necesario acudir a un proceso licitatorio, en lugar del elegido, para que así



podieran ofertar las distribuidoras directas de esa maquinaria y obtenerse un mejor precio de venta (*“violando por ese medio, contratación directa, los principios de la contratación estatal e incurriendo en la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales”*).

En concreto, hace radicar la violación del principio de selección objetiva en que, pese a estudiar los precios del mercado, en lugar de acudir al proceso licitatorio, el acusado se acogió a la selección directa.

Del principio de transparencia dice que se halla en perfecta consonancia con el de selección objetiva.

Acerca del principio de economía, lo soporta en que se escogió a la Cooperativa, pese a que solo podía servir de intermediaria y, así, encareció el precio de compra.

Ya después, sin embargo, la Fiscalía delegada ante el Tribunal precisa cómo en particular se afectó la legalidad del contrato, para señalar de manera expresa que ello derivó consecuencia de que se desconociera lo contemplado en el artículo 14 del Decreto 2170 de 2002 *“en el que la Fiscalía centrará su atención para evaluar si se cumplen todos los presupuestos allí indicados para que la Alcaldía de Paipa recurriera a la contratación directa”*.

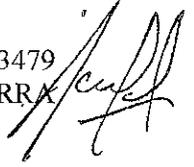


En dicho examen, la decisión de segunda instancia destaca que no era posible acudir a la contratación directa, en este caso, porque el contratista no estaba en capacidad de ejecutar directamente el contrato.

Ello por cuanto, se agrega, el artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, expresamente consigna en su numeral primero, que la invitación directa a contratar por parte de las cooperativas o de entidades territoriales, debe radicar en aquellas *“que puedan ejecutar el contrato”*.

Y, a su vez, el numeral segundo ibídem, reclama que las cooperativas con la cuales se pueda adelantar el trámite, deben contar con *“debida y comprobada experiencia, solidez financiera, capacidad técnica administrativa y jurídica que **les permita ejecutar directamente y sin necesidad de ningún tercero el correspondiente contrato**”*.

En lo subrayado hace consistir la Fiscalía el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en tanto, estima que se comprobó fehacientemente cómo COSURMETA, no poseía las cualidades necesarias para adelantar directamente el contrato y por ello sirvió apenas en calidad de simple intermediario a fin de que DINISSAN vendiera al municipio de Paipa la máquina.

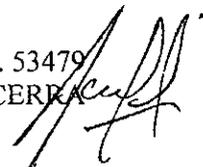


Precisa la Fiscalía, eso sí, que en el proceso precontractual hubo estudios suficientes y adecuados del mercado, solo que no existe *“ninguna coherencia o planificación entre el proceso precontractual de estudio de mercados que le indicaba que debía recurrir al proceso licitatorio para que los distribuidores de las marcas de la maquinaria ofertaran en igualdad de condiciones, y no recurrir a contratación directa con una cooperativa que estaba en incapacidad de ejecutar directamente el contrato”*.

Y agrega: *“La administración en abierta incoherencia con la etapa precontractual estudios del mercado y el principio de planeación, celebra un contrato interadministrativo con quien no puede ejecutar el contrato, porque probado está que fue un simple intermediario...”*

Lo transcrito permite advertir, así, que los hechos jurídicamente relevantes en que se funda la acusación por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, remiten específicamente a que el acusado pasó por alto el contenido de los numerales 1 y 2 del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, que regulan los requisitos que permiten contratar directamente con cooperativas, y por ello compró a COSURMETA una motoniveladora, pese a que actuaba apenas como intermediaria, sin capacidad para ejecutar directamente lo pactado.

Fallo de primer grado



El fallo de primer grado, proferido el 23 de enero de 2015, respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, reporta las siguientes afirmaciones:

1. No hubo un adecuado estudio técnico-jurídico de los aspectos de conveniencia y estudios de mercado, al punto de desconocerse si era necesario o no adquirir la máquina. No se aportó prueba documental de que se hubiesen efectuado estudios serios.

2. Pese a estimarse legal, en principio, la contratación directa, en este caso se utilizó para eludir acudir a la licitación, con lo cual se afectaron los principios de transparencia y selección objetiva.

3. No existió vulneración al numeral segundo del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, en lo que respecta a la capacidad jurídica, porque se presentó una certificación de Cámara de Comercio, en la cual se verifica que la Cooperativa COSURMETA sí posee los medios necesarios para cumplir el contrato

4. Empero, no poseía la Cooperativa la suficiente capacidad técnica o experiencia para adelantar el contrato, porque no se registró que hubiese vendido antes maquinaria amarilla. Con ello, COSURMETA efectuó "una



simple intermediación con elevados costos para la Administración Municipal”.

5. La forma en que se adelantó la contratación directa, si bien, permitida por la ley, advierte del “*propósito de favorecer a una Cooperativa*”.

6. Aunque la intermediación de CORSUMETA, en este caso, es aceptable, no lo es que se haya obtenido un precio muy alto por la misma, en detrimento patrimonial del municipio de Paipa y con vulneración de los principios de economía y transparencia.

En lo que respecta al delito de peculado por apropiación, el fallador de primer grado compartió la tesis de la Fiscalía, por virtud de lo cual sostuvo que, en efecto, hubo un detrimento patrimonial para el municipio de Paipa, producto de la intermediación de la Cooperativa, estimado en la suma de 49 millones de pesos.

Fallo de segundo grado

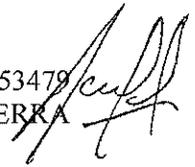
Finalmente, en decisión del 16 de abril de 2018, el Tribunal confirmó en su integridad lo decidido por el A quo. Respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, esto anotó en resumen:



1. Asiste la razón al A quo en lo que compete a la informalidad que encierra la fase precontractual y la ausencia de seriedad de los estudios adelantados para verificar la necesidad y mejor opción en la compra de la motoniveladora.
2. La Cooperativa COSURMETA, aunque contaba con capacidad técnica para contratar, actuó como simple intermediaria, lo que condujo a sobrecostos en la adquisición de la máquina, pues, se allegó un estudio de mercado que verificaba como mejor opción la compra al distribuidor directo. Ello, aduce el fallo, representa violación del principio de planeación.
3. La contratación directa se instituye como excepción a la regla general que obliga acudir al proceso licitatorio y, entonces, no puede ser utilizada apenas para obviar esta, de lo que se sigue que solo cuando se verifican cubiertos todos los requisitos de la contratación, lo que en el caso examinado no sucedió, es factible pasar por alto el presupuesto básico de la ley.

En lo que toca con el delito de peculado por apropiación, el Ad quem apenas reitera que, en efecto, hubo detrimento patrimonial para el municipio de Paipa, producto de la contratación realizada con el intermediario, sin que el acusado pudiera justificar su actuación.

ANÁLISIS CONCRETO



1. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

De todo lo verificado en precedencia, a título de insumo necesario para perfilar la decisión, la Corte advierte cómo de manera indistinta las instancias acusadora y falladora confundieron aspectos propios del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con los que diseñan la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos, y por ello amalgaman en el mismo tipo de hechos jurídicamente relevantes, aspectos de principalística propios del segundo ilícito en mención, con normas específicas que gravitan sobre el contrato y nutren su legalidad específica.

Acorde con la jurisprudencia de esta Corporación, ampliamente citada en precedencia, dado que la sola remisión a principios de la contratación tales como los de transparencia, economía o selección objetiva, sin un referente legal específico, dice relación -si se cumplen otras exigencias, desde luego-, con el delito de interés indebido en la celebración de contratos, conducta que jamás fue despejada o atribuida al acusado, así fuese dentro de la modalidad concursal con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no es posible que al acusado se le condene por este apartado fáctico.

Desde luego, si el soporte de la acusación y los consecuentes fallos, hubiese sido solo la dicha referencia a

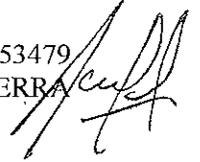


principios generales de la contratación, habría que decir que no existe consonancia entre los hechos y la correspondiente atribución típica dentro del espectro del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, lo que obligaría el consecuente pronunciamiento absolutorio, en precisa aplicación de la reciente jurisprudencia de la Corte.

Mucho más, lo señala la Sala a manera de digresión, si la sustentación de por qué esos principios fueron desconocidos o cómo ocurrió ello, asoma caótica e incluso contradictoria, ante la imposibilidad de atarlos con una concreta obligación contractual o precontractual.

Sin embargo, el amplio recuento del contenido de la acusación permite verificar inconcuso que a más de esas genéricas definiciones, la Fiscalía A quo advirtió de específicas vulneraciones al imperativo de realizar estudios previos de mercado, y de necesidad y conveniencia.

A su turno, la Fiscalía Ad quem, en la resolución de segunda instancia que acusó al procesado, si bien, desvirtuó la existencia de dichas vulneraciones, señalando expresamente que sí existieron estudios previos de mercado, junto con exámenes de conveniencia y necesidad, especificó que el contrato operó ilegal porque se desconoció el contenido del numeral 2° del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, en cuanto, la Cooperativa COSURMETA, no



poseía capacidad para desarrollar directamente el contrato, razón por la cual adelantó una prohibida intermediación por la vía de la subcontratación.

Lo anotado permite señalar, en respeto del principio de congruencia estricta que irradia la definición de hechos jurídicamente relevantes, pero también atendiendo la reciente jurisprudencia de la Corte referida a la diferencia existente entre los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales e interés indebido en la celebración de contratos, que, finalmente, la conducta específica por la cual se acusó al procesado y puede condenársele, se encierra en la violación del numeral segundo del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, bajo el entendido que el contratista, la Cooperativa COSURMETA, no contaba con la capacidad e idoneidad suficientes para ejecutar directamente el contrato y por ello operó apenas en calidad de intermediario.

De allí se sigue que todas las manifestaciones contenidas en las sentencias de primera y segunda instancias, atinentes a la informalidad o falta de demostración respecto de la existencia de estudios de mercado o discusiones de conveniencia y necesidad, desbordan con amplitud los hechos jurídicamente relevantes que soportaron la acusación, en clara vulneración del principio de congruencia, pero también de debido proceso y los derechos de defensa y contradicción,

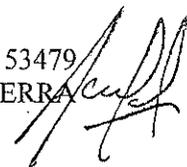


en tanto, cabe reiterarlo, la acusación, consolidada en la resolución expedida en segunda instancia por la Fiscalía delegada ante el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, excluyó esos hechos como ocurridos o propios de la conducta atribuida al acusado.

Ahora bien, dejando de lado las argumentaciones referidas a la etapa precontractual y los yerros allí contenidos, ambos fallos examinaron el tópico de la vulneración al numeral segundo del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, aunque de manera diferente.

El fallador de primer grado adelantó, al respecto, una argumentación bastante ambigua, pues, parece sostener que la norma en cuestión fue respetada en el trámite del contrato examinado, pero afirmó que, a pesar de contar con capacidad jurídica, de conformidad con la certificación emanada de la Cámara de Comercio, para adelantar el contrato, COSURMETA no poseía experiencia ni capacidad técnica para suministrar la motoniveladora, motivo por el cual adelantó una prohibida intermediación.

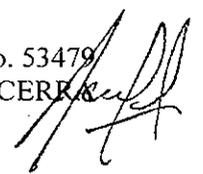
Ello, significa, entonces, que la acusación vertida por la Fiscalía, referida a que se pasó por alto el contenido expreso de la norma tantas veces reseñada, dado que la Cooperativa no poseía idoneidad suficiente para adelantar directamente el contrato, sí fue examinada y acogida materialmente por el fallador de primer grado.



De manera similar, el sentenciador Ad quem destacó, en confirmación de la condena, que la Cooperativa COSURMETA efectivamente actuó como simple intermediario, lo que obligaba acudir al proceso licitatorio, de lo cual se sigue que fueron pasadas por alto las normas que regulan la contratación.

Dentro de esta óptica, limitado el objeto de discusión a determinar si efectivamente el acusado vulneró normas legales específicas que obligaban verificar la capacidad de la Cooperativa para ejecutar directamente el contrato, es necesario señalar que quedan sin objeto los cuestionamientos consignados en el primer cargo presentado por el demandante en casación, dado que con amparo en la existencia de supuestas irregularidades cobijadas por el error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, se ocupó el demandante de explicar por qué, en su sentir, sí existió una fase precontractual con cabales estudios de mercado, conveniencia y necesidad.

Si se ha señalado que la circunstancia pretendida controvertir con el cargo -que no existieron adecuados estudios de mercados, conveniencia y necesidad- no puede ser objeto de consideración penal porque no edificó los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, apenas natural se aprecia la intrascendencia del cargo, por simple sustracción de materia.

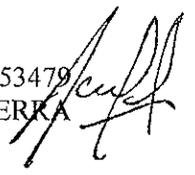


En otras palabras, ya con la decisión de la Corte de sustraer ese hecho de los que pueden ser objeto de consideración en el fallo, se cumple a cabalidad la pretensión inserta en el cargo, razón suficiente para que sus particularidades no tengan que ser examinadas.

No puede desconocerse, eso sí, que en algunos apartados de los cargos formulados por el defensor del acusado, este hace alusión a la decisión de optar por la contratación directa en lugar de la licitación, hasta sostener que si la Ley 80 de 1993, contempla como legal la referida modalidad, ello por sí mismo habilitaba al procesado para elegirla.

Añadió que si la Cámara de Comercio certificó la ocupación de la Cooperativa en tareas de comercialización de maquinaria pesada, ello era suficiente para que el alcalde municipal la estimara idónea en el cometido de ejecutar el contrato.

Nunca, sin embargo, explicó el demandante por qué la compraventa de la motoniveladora en el caso concreto representa ejecución directa del contrato, o mejor, en atención a qué ello no se debe estimar intermediación, prohibida expresamente por el numeral 2° del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002.



La norma en cuestión dispone:

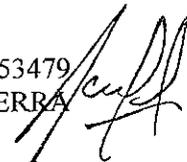
“De los contratos interadministrativos con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales. De conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 2o de la Ley 80 de 1993, los contratos que se celebren en desarrollo de los convenios interadministrativos estarán sujetos a dicha ley.

La selección de estas entidades se hará conforme a las siguientes reglas:

1. Cuando el objeto pueda desarrollarse por varias de estas entidades, la entidad demandante del bien, obra o servicio, invitará a presentar ofertas a todas aquellas que puedan ejecutar el contrato.

2. Cuando el objeto del contrato solamente pueda ser desarrollado por una entidad, el mismo se celebrará sin necesidad de adelantar proceso de selección alguno, circunstancia que deberá ser certificada por la Superintendencia de Economía Solidaria o quien haga sus veces en el caso de cooperativas o por el Ministerio del Interior en el caso de asociaciones de entidades territoriales.

*Las entidades a que se refiere el presente artículo deberán inscribirse en el RUP, en relación con los contratos a que se refiere el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 y **sólo podrán celebrar contratos respecto de los cuales posean la debida y comprobada experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, administrativa y jurídica que les permita ejecutar directamente y sin la necesidad de ningún tercero el correspondiente contrato**”.* (lo resaltado no pertenece al original).

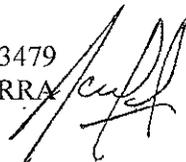


Debe precisarse, en aras del necesario contexto, que la habilitación ofrecida a las Cooperativas para adelantar procesos de contratación estatal de manera directa, surgió de lo establecido en el artículo 43 del Decreto Ley 1482 de 1989, así redactado:

Artículo 43. CONTRATACIÓN. Los contratos de las administraciones cooperativas tendrán un tratamiento similar al establecido para los contratos de las sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta el monto de los aportes sociales individuales provenientes de las entidades públicas asociadas a la misma. Cuando en la administración cooperativa estos aportes conformen el noventa por ciento (90%) o más de la totalidad de los aportes sociales, los contratos se someterán a las reglas previstas para los contratos de las empresas industriales o comerciales del Estado de acuerdo con las normas legales vigentes. Los contratos de las administraciones cooperativas en que el total de los aportes sociales de las entidades públicas asociadas sea inferior al noventa por ciento (90%) mencionado se someterán a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagre la ley.

A su turno, el párrafo único del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, señala:

“Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.”



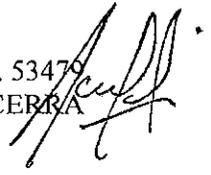
En desarrollo de ello, el Decreto 2251 de 1993, que reglamente parcialmente la Ley 80 de 1993, estipula en su artículo 2°.

“En virtud de lo dispuesto por el Art. 81 de la Ley 80 de 1993, los contratos que a partir de la promulgación de dicha ley deseen celebrar las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales se sujetarán en su formación, ejecución, efectos, liquidación y demás aspectos pertinentes a la Ley 80 de 1993”.

De igual manera, el Decreto 855 de 1994, también reglamentario de la Ley 80 de 1993, reseña en el artículo 7°:

“Los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, con excepción de los contratos de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública, se celebrarán directamente...”.

Del trasunto normativo, la Corte quiere destacar cómo incluso antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, las cooperativas o asociaciones territoriales gozaban de algún tipo de beneficio en su contratación estatal o interestatal, al punto que en principio el trámite se asimiló a aquel instituido con entidades de economía mixta, pero después se les definió directamente en calidad de entidades



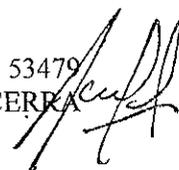
estatales sujetas a las normas que rigen este tipo de contratos.

Solo que en la Ley 80 de 1993, no se especificó qué tipo de contratación, de las varias allí contenidas, regían a las cooperativas o asociaciones territoriales que pactan con el Estado, y por ello fue necesario que los decretos reglamentarios delimitaran la contratación directa.

Advierte la Corte, eso sí, que los diferentes decretos expedidos con posterioridad, además de reglamentar los aspectos abiertos de la Ley 80 de 1993, han obedecido a una especie de criterio de ensayo - error, por cuya virtud, verificados los puntos negros por los cuales alcanza a colarse la corrupción, se van produciendo normas que buscan atajarlos.

Es dentro de este contexto que, una vez expedidas las normas a partir de las cuales se facultó a las cooperativas y asociaciones de municipios contratar directamente, en los llamados contratos interadministrativos, con entes territoriales, se estimó necesario establecer algunos controles, dado que ello fue utilizado como mecanismo a la mano para eludir la licitación en transacciones que por su monto exigían de ella.

En otros términos, el dicho contrato operaba apenas como mampara o fachada para permitir a los entes locales

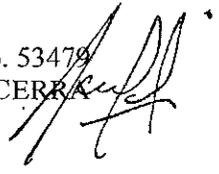


o regionales, las más de las veces, adquirir productos del mercado eludiendo la licitación, aunque con un precio marcadamente más alto, producto de una intermediación por completo innecesaria.

Así se entiende, entonces, que el numeral 2° del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, establezca una suerte de cortapisa a la posibilidad extensiva de recurrir siempre a los contratos interadministrativos, radicada en criterios de experiencia y solidez financiera, así como capacidad técnica, administrativa y jurídica de las cooperativas ***“que les permita ejecutar directamente y sin la necesidad de ningún tercero el correspondiente contrato”***.

A la Sala no le cabe duda que la incorporación en el Decreto examinado de esta específica exigencia, funda sus raíces en la necesidad de evitar precisamente esa práctica incontrolada de utilizar a las Cooperativas como intermediarios, con grave afectación del presupuesto territorial y, cabe agregar, desconocimiento absoluto de mínimos de transparencia, selección objetiva, economía e igualdad.

Positivizada, así, la necesidad de protección de los principios en cuestión, ya para el contratante se erige en necesario bastión legal el de verificar que la entidad seleccionada para prestar el servicio específico, efectivamente actúa de manera directa y no como mero



intermediario que se limita a subcontratar lo requerido ante la imposibilidad de ejecutarlo por sí misma.

No otra interpretación puede comportar la norma examinada, ni tampoco es posible, como intenta el demandante en casación, sostener que por la sola inclusión en el certificado de Cámara de Comercio, de la actividad de venta de maquinaria, es factible asumir legal la contratación en el caso concreto.

Sucede que la Cooperativa, incluso dentro de su origen netamente territorial, puede perfectamente incluir dentro de su objeto social el de la venta de maquinaria o vehículos, pero de ello no se sigue que les sea posible hacer valer este tipo de actividad en los contratos interadministrativos, sencillamente porque los mismos se rigen por normas especiales –entre ellas la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002, ambos vigentes para la época de los hechos-, que prohíben la simple labor de intermediación.

Desde luego que la Cooperativa podrá vender o servir de intermediaria en otro tipo de negocios que se destinen a particulares, sin que ello afecte la legalidad de esa especie de contratos.

Pero, se repite, si no se trata de una distribución directa o de determinada actividad que implique el esfuerzo directo de los asociados –dígase, en los casos en los que

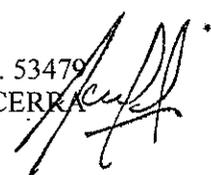


quepa realizar obras públicas o similares-, existía la imposibilidad de adelantar la contratación estatal por vía directa.

Es que, razona la Corte, si se entiende que la facilitación de intervención contractual para las cooperativas y asociaciones de municipios, radica en la finalidad de promover e impulsar este tipo de entidades, ello no puede desconocer unos mínimos de equilibrio frente a las necesidades del ente contratante y los criterios que rigen la transparencia en la contratación estatal.

Dentro de este indispensable balanceo, es claro que el recurrir a la contratación interadministrativa directa no surge del mero capricho o interés particular del contratante, como parece indicarlo el recurrente, a quien le basta argumentar que ello se contempla en la Ley 80 de 1993 y por ese solo motivo debe estimarse legal.

A la hora de definir si en el caso concreto resulta adecuado o no acudir al mecanismo excepcional de negociación directa, para el ente oficial contratante siguen siendo imperativos, no solo los principios que rigen la contratación estatal, sino los requisitos específicos que la regulan.



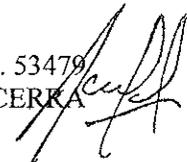
No en vano, incluso desde antes de expedirse la Ley 80 de 1993, se precisaba en el artículo 66 de la Ley 454 de 1998:

“En concordancia con lo dispuesto en el capítulo segundo del Título V y del Capítulo 5 del Título VII de la Constitución Política, los entes solidarios de carácter público, así como aquellos cuyo patrimonio esté conformado parcialmente con recursos públicos, se sujetarán en la celebración de contratos, a los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, moralidad, eficiencia y responsabilidad.”

En similar sentido, el artículo 147 de la Ley 79 de 1988, que registra el origen normativo de la prelación para las Cooperativas en la contratación con el Estado, dispone:

*“Los organismos cooperativos tendrán prelación obligatoria y tratamiento especial en la adjudicación de contratos con el Estado, **siempre que cumplan los requisitos legales y se encuentren en iguales o mejores condiciones frente a los demás proponentes**”*

Está claro, acorde con lo transcrito, que la contratación directa con estos entes no solo obliga que se cumplan las exigencias establecidas en la ley para el efecto, sino que reclama de previo estudio que permita verificar si el proponente efectivamente se halla en iguales o mejores



condiciones que otros, pues, reitera la Corte, sigue siendo fundamental para el Estado, como contratante, determinar la mejor propuesta económica, o cuando menos, evitar costos innecesarios, por tratarse de dineros públicos los involucrados en ello.

Todo lo anotado en precedencia permite verificar que en el asunto estudiado, en efecto, se pasó por alto la norma perentoria y expresa contenida en el numeral segundo del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, evidente e incontrastable como se hace, que para la compra de la motoniveladora, la Cooperativa COSURMETA actuó apenas como simple intermediario, esto es, no ejecutó directamente el contrato, al extremo de demostrarse que se limitó a subcontratar con la distribuidora DINISSAN, el traspaso de la máquina hacia el municipio.

Es también ostensible que el acusado conocía perfectamente de la limitación que impedía contratar con COSURMETA, pues, él mismo afirma, y así lo corroboran sus funcionarios, que previo a adelantar el trámite de adquisición del bien, se verificaron ofertas referidas a este tipo de equipos, entre ellas, las correspondientes a distribuidores directos, al punto de saber exactamente el precio de venta, mismo que, contrastado con el propuesto por la Cooperativa, evidenciaba no solo la tarea de intermediación, sino la amplia diferencia económica.



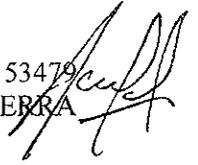
Junto con ello, el expediente registra cómo finalmente la transacción se realizó entre el municipio de Paipa y la distribuidora DINISSAN, al punto que el cheque expedido para efectuar el pago parcial se elaboró a nombre de esta casa comercial y no de COSURMETA.

Se verifica, de igual manera, que COSURMETA, nunca pagó previamente a DINISSAN la máquina, ni mucho menos se hizo a su tenencia.

Es más, aunque la gerencia de COSURMETA presentó un registro de los costos que le implicó adquirir la máquina y despacharla al municipio de PAIPA -varios de cuyos ítems se verifican verdaderamente absurdos, como aquellos que dicen relación a un supuesto alquiler de oficinas y de personal solo por consecuencia de esta transacción-, la prueba documental advierte de la mendacidad inserta en esa afirmación, como quiera que, se repite, nunca la motoniveladora salió de las dependencias de la distribuidora DINISSAN, y solo se verificó su traslado directo hacia el municipio de Paipa, en diligencia que asumió directamente la agencia comercial, como lo revela el oficio enviado por esta a las autoridades de tránsito para que permitieran dicho traslado⁴.

Además, resulta bien representativo del papel inocuo que desempeñó COSURMETA en la contratación, que tanto

⁴ Folio 212 del Cuaderno 1



los documentos de garantía como el acta de entrega material de la motoniveladora, indistintamente tengan como destinatarios o receptores del bien, a *“ADMINISTRACIÓN COOPERATIVA DEL META COSURMETA / MUNICIPIO DE PAIPA”*.⁵

No entiende la Corte, por fuera de un acto efectivamente corrupto, que la Cooperativa COSURMETA haya adquirido, solo en el papel, desde luego, la máquina de manos de DINISSAN, mucho antes de que se adelantase el trámite de contratación directa y fuera elegida como la mejor opción, en muestra ostensible de que, desde el comienzo, la contratación iba dirigida a afectar las arcas municipales, erigiéndose el trámite, así, en medio adecuado para ello.

Si apenas se realizaba la convocatoria y esta se hallaba sometida al aleas del mejor postor, solo a conocer de antemano que ella sería la elegida, puede obedecer que previamente se compre la máquina; sin que se discuta, es obvio recalcarlo, que COSURMETA no era distribuidor o demostrado vendedor habitual de este tipo de objetos -mírese, al efecto, que para demostrar su experiencia hizo llegar sendas certificaciones de intermediación en la venta de dos vehículos automotores, al aparecer usados-.

⁵ Folios 208, 209 y 210 del Cuaderno 1

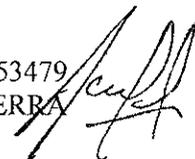


Sin embargo, esa compra apenas obedeció a la necesidad de asegurar el bien que se sabía después vendería a muy Alto costo a la administración local, dado que el precio de adquisición no fue nunca pagado por COSURMETA, sino que provino de los dineros que después giró el municipio de PAIPA, directamente a DINISSAN.

En el folio 204, del cuaderno 1, se inserta carta enviada por COSURMETA a la Secretaría de Hacienda de Paipa, con fecha del 16 de enero de 2005, en la cual se pide que *“el valor del giro del anticipo del contrato interadministrativo N° 245 de 2005, por la compra de la Motoniveladora JHON (sic) DEERE, sea girado y consignado a la cuenta corriente del Banco Popular N° 065-13621-0 a nombre de **Distribuidora Nissan S.A.**”*

Ello, por lo demás, en abierta violación de lo que sobre el particular consagraba la ley vigente, como quiera que el artículo 7° del Decreto 2170 de 2002, específicamente advertía que:

*“**Artículo 7.** Del anticipo en la contratación. El manejo de los recursos entregados al contratista a título de anticipo en aquellas contrataciones cuyo monto sea superior al 50% de la menor cuantía a que se refiere el literal a) del numeral 1o del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, deberá manejarse en cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal. Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, pertenecerán al tesoro.”*

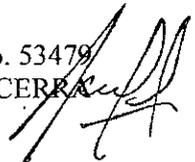


Norma que, cabe agregar, perfectamente conocía el acusado, pues, en el texto del contrato firmado con COSURMETA⁶, claramente se anota, en la cláusula segunda, que *“para el manejo de este dinero el contratista deberá manejar una cuenta específica para el contrato en los términos del artículo 7 del decreto 2170 de 2002”*.

Ahora, no es que la Corte pretenda en este momento agregar a los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, otras tantas violaciones que perfeccionen el delito objeto de acusación –así se haga evidente que estas se presentaron y fueron obviadas por la Fiscalía-, sino que se busca hacer ver, para efectos de verificar el dolo inserto en el actuar del procesado y su conocimiento de las múltiples irregularidades detectadas en el proceso, que la contratación no discurrió de manera pacífica o adecuada, como pretende argumentar la defensa, sino que iba dirigida, sin duda, a obviar los trámites legales, para de esta manera obtener el incremento patrimonial que, a la vez, prefigura el delito de peculado.

Vale decir, la Sala entiende suficientemente probado que la decisión de entregar el contrato a COSURMETA, no solo derivó de manifiesta ilegalidad, producto de desconocer de manera flagrante las limitaciones insertas en el numeral segundo del artículo 14 del Decreto 2170 de 2002, a cuya consecuencia la Cooperativa apenas actuó como simple,

⁶ Folio 54 del Cuaderno 1



innecesario y costoso intermediario, sino que ello provino del conocimiento y cabal comprensión del acusado, animado por el fin específico de pagar una mayor costo, destinado a terceros, cual se desprende de otras tantas irregularidades insertas en el proceso.

A este efecto, la Corte comparte las aseveraciones que efectúan las instancias en torno de las muchas omisiones e informalidades que comportó el trámite contractual, al extremo que ni siquiera se tiene claro cuál fue la otra cooperativa oferente, dado que en unos documentos se menciona una en particular y en otros se entrega un nombre diferente⁷, ofreciéndose bastante particular que no se encuentre copia de la propuesta supuestamente presentada por el oferente no escogido, que coincidentalmente, acorde con lo que registra el acta de evaluación⁸, presentó una oferta que apenas se incrementa en ochocientos veinticinco mil pesos, a la allegada por COSURMETA.

En fin, que todo lo acopiado probatoriamente informa de un muy tendencioso trámite –en el que, curiosamente, no existen documentos vitales que verifiquen su adecuado adelantamiento-, encaminado a otorgar el contrato a una Cooperativa que no cumplía con los presupuestos legales para ejecutar de manera directa lo pactado, con claro

⁷⁷ En el acta de cierre de la convocatoria se afirma que se hicieron parte COSURMETA y COOPCARIBE, pero en el acta del comité de contratación se dice que los oferentes fueron COSURMETA y COPEMUN.



desmedro para el presupuesto del municipio, en alta suma dirigida a beneficiar patrimonialmente a terceros, distintos de la misma intermediaria.

Así descrito lo sucedido, la Corte verifica que, en efecto, el acusado es responsable de ejecutar el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en los términos fácticos y jurídicos consignados en la acusación, de conformidad con las precisiones que aquí se han efectuado.

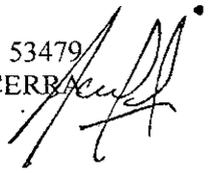
Se confirmará, así, la condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

2. Peculado por apropiación

Lo anotado en líneas anteriores respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sirve de soporte suficiente para desestimar el segundo cargo propuesto por el demandante en casación.

En efecto, el demandante busca entronizar, como soporte de la ausencia de detrimento patrimonial, la facultad que supuestamente poseía el burgomaestre local de acudir al mecanismo de contratación directa, que estima completamente legal en el caso concreto.

⁸ Folio 160 del cuaderno 1



Como se anotó ya, no es discrecional del alcalde municipal acudir a este mecanismo, pues, debe verificar previamente que a través del mismo no opere una simple intermediación; pero, además, está sujeto a normas específicas que le obligan a otorgar condiciones de igualdad y evitar desmedro patrimonial.

De esta manera, nunca en el cargo el recurrente explicó en qué consiste la omisión probatoria que atribuye al Tribunal, pues, finalmente, la controversia se limita a buscar desestimar las razones que llevaron a ambas instancias a verificar no solo el desconocimiento de mínimos legales en el trámite presupuestal, sino el efectivo detrimento patrimonial que ello aparejó.

La Corte tiene que afirmar, de conformidad con lo probado, que efectivamente la intervención irregular del acusado en el trámite contractual, al escoger para el mismo, con pleno conocimiento de ello, a una entidad que apenas ejerció una tarea de intermediación, sí elevó sustancialmente el costo de la motoniveladora y de ello tuvo, también, suficiente conocimiento desde el mismo momento en que decidió acudir al mecanismo de contratación directa.

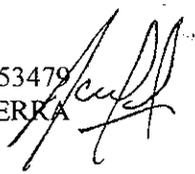
Es que, si de verdad, como lo pregonaba el procesado aupado por su defensor, se hizo una labor previa que permitió conocer el valor de la máquina en el mercado,



incluso con verificación expresa ante los directos importadores y distribuidores -entre ellos DINISSAN y GECOLSA-, era evidente que su valor habría de ser inferior a quinientos millones de pesos y, en consecuencia, no existía razón para realizar una apropiación presupuestal de seiscientos millones de pesos; ni mucho menos, aceptar la oferta de la Cooperativa, que superaba en setenta y nueve millones de pesos el precio original.

No es solo que objetivamente se puede verificar inconcusa la enorme diferencia de precios, sino que en modo alguno ella podía explicarse en atención a algún tipo de labor trascendente adelantada por COSURMETA, en tanto, como se vio, emergió inocua, en simple intermediación formal, que ningún gasto o erogación importante debió representarle, descartado como se encuentra, a pesar de lo declarado por el representante legal de la Cooperativa, que tuviese que almacenar, equipar, acondicionar o siquiera transportar la motoniveladora a su lugar de destino.

En este sentido, cuando menos absurdos se ofrecen los ítems que pretendió hacer valer el gerente en cuestión en su declaración, referidos a supuestos gastos de alquiler de oficina en Bogotá y pago de sus empleados, cuando ostensible se aprecia que desde un principio el contacto operó directo entre la comercializadora y el municipio.

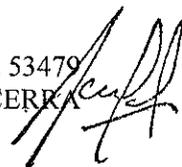


Debe la corte reiterar que en este caso se observa indiscutible el tipo de corrupción que permiten las normas porosas de contratación, asumidas como especie de mampara para eludir el proceso licitatorio que el monto del contrato reclamaba.

Es por ello que no asiste la razón al demandante cuando pregona en el tercer cargo (subsidiario), que en el caso concreto no se perfeccionó el delito de peculado por apropiación, simplemente porque el supuesto exceso en el valor de la máquina adquirida por el municipio de Paipa, no fue a parar a manos de un particular, sino que ingresó en el patrimonio de otro ente estatal, como así debe estimarse la Cooperativa COSURMETA.

A este respecto, si bien, la más reciente postura de la Corte sobre el particular⁹, detalla que en asuntos similares no se cumplen los presupuestos del tipo objetivo de peculado, en tanto, el tercero al que se refiere la norma debe entenderse un particular y no es factible pregonar detrimento patrimonial entre organismos estatales, es lo cierto que, precisamente, la concreta actuación que aquí desplegó la Cooperativa, permite advertir cómo, en su esencia, lo pactado no representa el dicho convenio interadministrativo.

⁹ Radicado 29726, del 30 de noviembre de 2017

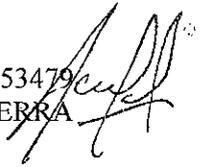


Debe la Sala, eso sí, partir por aceptar que, en efecto, la Cooperativa COSURMETA, opera como institución oficial, pues, está conformada en calidad de unidad jurídica por varios municipios, entre ellos, Mesetas, La Uribe, la Macarena, Villa Hermosa y San Vicente del Caguán, creada mediante acuerdos municipales y con apropiaciones presupuestales destinadas a este efecto.

Al respecto, cabe destacar que el Consejo de Estado¹⁰ en reiterados conceptos ha advertido de la condición pública de estas cooperativas, dado el origen de sus dineros, su forma de creación y las actividades que desarrollan.

Sin embargo, la Corte entiende necesario precisar que la verificación de que no se materializa el delito de peculado en estos casos, pasa por asumir que los dineros obtenidos por el mismo se destinan a cumplir con sus fines societarios.

Ello porque es adecuado sostener que no hubo, en estricto sentido, algún tipo de pérdida o detrimento para el erario público, dado que se realizó un traslado de dineros desde una entidad a otra y los mismos se utilizan en satisfacer necesidades públicas, así no se trate de aquellas propias del contratante.



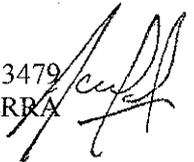
No obstante, en el trámite objeto de estudio lo observado dista mucho de ello, pues, en su calidad de alcalde municipal, el acusado se valió de la Cooperativa, apenas como fachada para generar un detrimento que en nada favoreció a la entidad contratista.

En este sentido, se observa bien discutible el comportamiento contractual e incluso procesal del gerente de la cooperativa en cuestión, quien no solo aseveró, en contra de la evidencia, que la motoniveladora efectivamente se encontraba, previo a la negociación con el municipio de Paipa, en su stock, sino que además hizo llegar una relación de gastos que por su evidente impropiedad verifican la materialidad del peculado.

Esto por cuanto, importa destacar, si el gerente en cuestión da cuenta de unas sumas evidentemente ajenas en su destino a sufragar esos inexistentes gastos, cabe concluir que las mismas no pudieron ingresar, en cuanto ganancia o efecto de la intermediación, a la Cooperativa, para cumplir sus fines sociales.

El desvío de esas sumas hacia particulares, o cuando menos, terceros diferentes de la Cooperativa, informa que no se cumple el presupuesto básico bajo el cual estimar atípico el delito de peculado entre entidades oficiales: que las sumas o bienes recibidos por el contratista se destinen

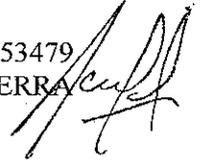
¹⁰ Véanse, entre otros, conceptos del 6 de junio y 26 de julio de 1996, en los radicados 809 y



a su objeto social y no a manos de particulares o terceros, por la potísima razón que aquí se hace imposible sostener que lo apropiado pasó de una entidad oficial a otra.

En estas condiciones, es necesario significar que la sentencia condenatoria por el delito de peculado se aviene completamente con los hechos, las normas que regulan la conducta y las pruebas que certifican la intervención directa y dolosa del acusado, pues, cabe agregar para perfeccionar el tipo penal, ostensible surge que con la utilización de un intermediario, a manera de delito medio, el municipio pagó por la máquina setenta y nueve millones de pesos más de su valor, en caso de haberla comprado directamente al distribuidor DINISSAN, acorde con la certificación que esta misma compañía expidió con respecto al costo de la motoniveladora en el mercado.

Lo expuesto en precedencia, de igual manera, permite desvirtuar el argumento central del cargo planteado por el demandante, dirigido a señalar que la jurisprudencia de la Sala impide condenar por el delito de peculado, en cuanto, entiende, siempre que se trate de contratos entre entes públicos, se estima inexistente la apropiación que signa el tipo penal en cuestión.

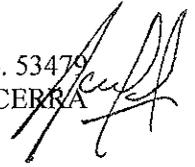


Es claro que lo deducido por el recurrente parte de una interpretación parcial y descontextualizada de lo consignado por la Sala.

En efecto, sobre lo discutido, esto se dijo en el radicado 29726, del 30 de noviembre de 2017:

“En el proceso siempre quedará la duda, porque ese tema no fue objeto de indagación, si los dineros que a título de remanente se pagaron a la universidad, dicha institución los invirtió en sus objetivos misionales, así como tampoco se demostró que fueron a manos de particulares. Por lo mismo, la posibilidad de que el beneficio económico haya favorecido al subcontratista particular o a otra persona en lugar de beneficiar a la universidad estatal está en duda. Desde esta perspectiva, si el delito de “peculado por apropiación a favor de terceros” describe conductas indebidas que afectan de manera explícita el patrimonio público frente al despojo en favor de particulares (de terceros dice la disposición), el traslado de recursos mediante la contratación o mediante convenios interadministrativos a favor de otras entidades del mismo Estado no constituiría el injusto del artículo 397 del Código Penal.

Es posible que en otro tipo de disfunciones, como los peculados técnicos o por aplicación oficial diferente, los dineros del Estado se utilicen en beneficio incluso del mismo

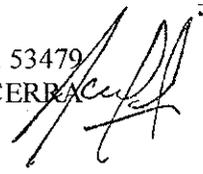


Estado, pero hay que convenir que en esos eventos, como el indicado en el artículo 399, el injusto se construye más a partir de la ilegalidad de la función que por el despojo de los bienes, lo cual demuestra que el delito de peculado por apropiación entre entidades públicas es atípico, en tanto si bien el núcleo de éste tipo de injusto implica una infracción al deber, el núcleo de la antijuridicidad se concreta es en el perjuicio patrimonial para el Estado.

Apoya esta tesis el hecho de que la Sala de Consulta del Consejo de Estado¹¹ haya definido que el servidor público puede incurrir en responsabilidad fiscal cuando con dolo o culpa grave afecta el patrimonio de una institución en beneficio de otra, conclusión que reafirma que en estos eventos la sanción fiscal es una manifestación de la manera progresiva como se protege el bien jurídico de la administración pública, frente a disfunciones que ameritan por el grado de injusto la intervención administrativa de los organismos de control y no necesariamente de la jurisdicción penal.

*De manera que **en la medida que existe duda acerca del real destino de los bienes y frente a la alta probabilidad de que los mismos pasaron de una entidad pública a otra como producto de un convenio***

¹¹ Concepto del 15 de diciembre de 2009, Rad. 11001-03-06-000-2007-00077-00 (1852)A

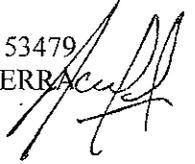


interadministrativo y no fueron desviados en beneficio de terceros, la Corte absolverá a la sindicada.”

No es, como se verifica textualmente en la cita, que la Corte establezca un criterio único e inamovible del cual se siga que en todos los casos de contratos interestatales, de entrada, emerge atípica la conducta de peculado, sino que la definición del tópicó pasa siempre por auscultar si los dineros fueron o no utilizados en el objeto social de la entidad que los percibe.

En el caso antes fallado por la Sala, el punto nodal de absolución a partir de la atipicidad objetiva de la conducta, vino consecuencia expresa de que se entendió utilizado el dinero percibido por la entidad contratista, en su objeto misional –o, cuando menos, nunca fue planteado, ni mucho menos investigado o demostrado, lo contrario-.

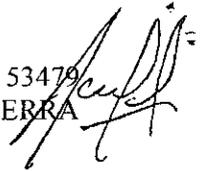
Junto con ello, es necesario destacar, la decisión proferida por la Corte examinó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, allí atribuido también a la procesada, y pudo constatar que no se utilizó, como en este asunto, a título de delito medio para perfeccionar el peculado, pues, verificó inexistente el elemento subjetivo del tipo, por ocasión de la posible existencia de un error de tipo en el actuar de la acusada



Ello, huelga anotar, se diferencia bastante de lo aquí discutido, en tanto, como antes se reseñó, el contrato se edificó con el fin de obtener un dinero excedente por la intermediación en la compra de la motoniveladora, jamás destinado a soportar el objeto social de la Cooperativa COSURMETA.

Ahora bien, para agregar otros argumentos respecto de la desestimación del segundo cargo propuesto en la demanda de casación por el recurrente, remitido a que nunca se demostró algún detrimento patrimonial, es necesario señalar que el soporte de tal postulación ha sido suficientemente desvirtuado en líneas anteriores, a partir de definirse que no se trata, efectivamente, de un contrato interadministrativo completamente legal, de lo cual se sigue, entonces, que carece de asidero la afirmación del demandante atinente a que la intermediación simplemente generó para la Cooperativa una ganancia amparada por la ley y destinada a su objeto social, manifestación, esta última, que también fue desvirtuada.

Y, aunque el gerente de la sucursal de DINISSAN, acudió a declarar que probablemente, en caso de licitación, el precio del bien podría subir su costo, es lo cierto que esa manifestación, a más de evidentemente dirigida a favorecer al acusado -entre otras razones porque se advierte bastante particular la forma en que la compañía intervino en la tramitación, supliendo por completo la supuesta actividad



que debería desarrollar la Cooperativa-, se torna por completo hipotética, en cuanto, el declarante no acertó a precisar -por fuera de aseveraciones genéricas de algunos costos-, cómo, por qué o en qué cantidad específica subiría el precio.

El fallador A quo sostuvo que, de la diferencia de setenta y nueve millones de pesos, entre el precio comercial y el efectivamente pagado por el municipio, cabía restar las sumas explicadas por el acusado como destinadas a gastos propios del contrato, de lo cual concluyó que, finalmente, lo ilegalmente apropiado asciende a \$49.644.355.

La Corte no comparte esta apreciación, pues, pasa por alto que todo el trámite contractual resulta espurio y, por ello, los gastos generados en curso del mismo comparten igual efecto.

En este sentido, si se observa incontrastable que las Cooperativas no podían suministrar el tipo de maquinaria adquirido, sigue vigente la posibilidad de que directamente la distribuidora vendiera a precios del mercado el bien, cuyos costos se deben evaluar en abstracto, dado que no se conoce cuáles serían las condiciones particulares en que se desarrollaría el contrato.

Empero, dado que el monto estimado por el A quo y ratificado por el ad quem, sirve de norte no solo a la



tasación de perjuicios, sino a la pena imponible, la Corte debe asumir esa cifra, para no afectar el principio de no reformatio in pejus.

En suma, se desestiman todos los cargos propuestos por el demandante y, consecuentemente, se confirmará en su integridad la sentencia atacada.

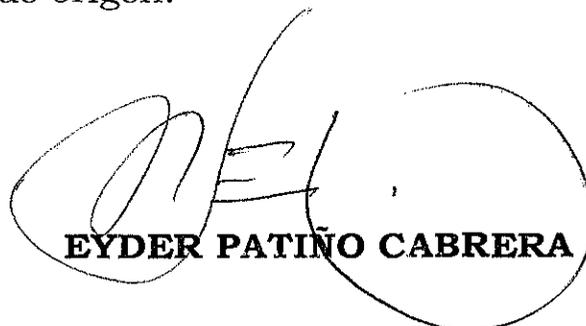
En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el 16 de abril de 2018.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

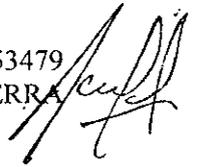


EYDER PATIÑO CABRERA

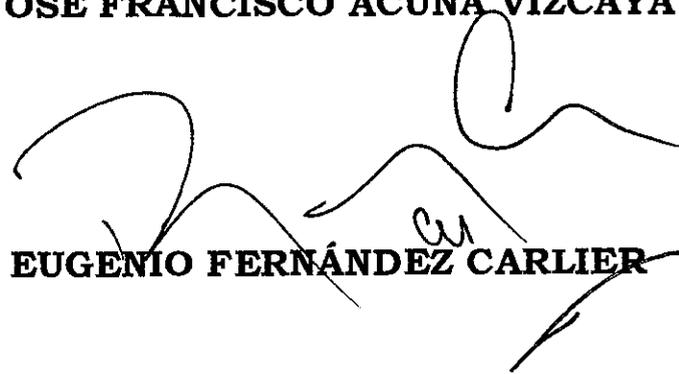
Aclera voto.

19 JUL 2018

Casación No. 53479
GREGORIO GALÁN BECERRA

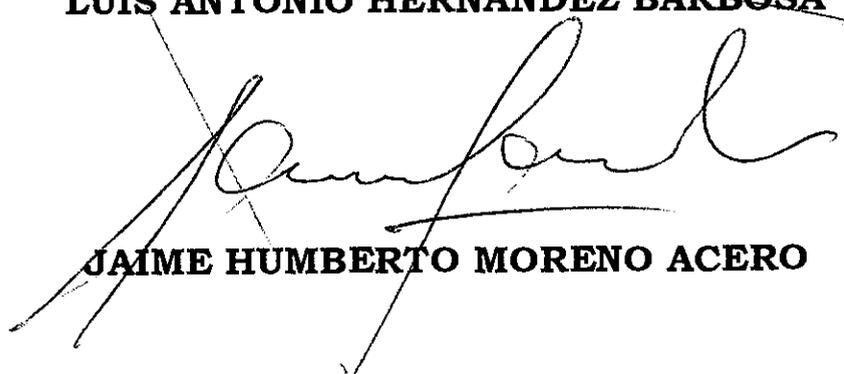


LICENCIA
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yofanda Nova García

Secretaria