

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 179.

Bogotá, D. C., junio doce (12) de dos mil trece (2013).

VISTOS

La Sala resuelve de fondo el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ* contra la sentencia de segunda instancia proferida el 21 de julio de 2010 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá el 12 de junio de 2009 que condenó al mencionado por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

ANTECEDENTES

Los hechos sustento de la presente actuación penal, fueron declarados por el *ad-quem* en el fallo impugnado, de la siguiente forma:

"Éstos tienen su génesis en la gestión adelantada por la Contraloría General de Cundinamarca a la Alcaldía Municipal de Guatavita, en el período comprendido a la vigencia fiscal del año 2002, dentro del cual se encontraron varias irregularidades desplegadas por parte del Alcalde Municipal de la época y ahora procesado JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ, destacándose básicamente el haber realizado la pavimentación de la carrera 12 con calle 5 de la vía que conduce al embalse Tominé, para lo cual adjudicó cuatro (4) contratos por un valor total de \$157.610.309, inversión esta que, contándose

con los recursos financieros y disponibilidad presupuestal, ha debido verificarse mediante el procedimiento de licitación pública".

Por razón de estos sucesos, se abrió instrucción previa y luego instrucción formal, en cuyo marco fue vinculado, mediante diligencia de indagatoria, *JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ*, a quien se le resolvió situación jurídica absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra.

Clausurada la investigación, se calificó su mérito el 8 de octubre de 2007 con resolución de acusación en contra del procesado como presunto autor de la infracción de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Impugnada esta providencia, se pronunció la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca el 15 de julio de 2008, impartándole confirmación.

El juzgamiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, donde, surtido el trámite legal pertinente, se dictó fallo el 12 de junio de 2009, por cuyo medio condenó a *JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ* como autor penalmente responsable del delito por el cual se lo acusó a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa por valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo de cinco (5) años. En la misma determinación, negó al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena al tiempo que le otorgó la prisión domiciliaria sustitutiva de la prisión y se abstuvo de condenarlo en perjuicios.

Inconforme con la anterior determinación la defensa del procesado interpuso recurso de apelación en su contra, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante decisión del 21 de junio de 2010 en sentido de confirmarla.

En desacuerdo con esta sentencia, el defensor del acusado interpuso recurso extraordinario de casación mediante demanda que fue admitida el 24 de febrero de 2011, por lo cual se dispuso correr traslado al Ministerio Público para que rindiera concepto.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal emitió concepto^[1] a través del cual solicita no casar el fallo impugnado de conformidad con el único cargo contenido en el libelo. En consecuencia, procede la Sala a adoptar la decisión de fondo que en derecho corresponda.

LA DEMANDA

En el libelo se formula un único cargo fundamentado en la causal primera del artículo 207 de la [Ley 600 de 2000](#), por violación indirecta de la ley sustancial, *"dado que por errores de hecho en la valoración probatoria, artículos 232, 235, 237, 238 y 277 del Código de Procedimiento Penal ([Ley 600 de 2000](#)), normas medio infringidas, se dio aplicación indebida a los artículos 22 y 410 de la [Ley 599 de 2000](#)".*

Por razón de los manifiestos errores de hecho, asegura el demandante, el fallo impugnado llegó a la errónea conclusión de que en el caso analizado está demostrada la responsabilidad penal de su defendido en grado de autoría respecto del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuando tal demostración es inexistente e imposible y, por esa misma razón, debe absolvérsele.

En ese orden de ideas, el actor inicialmente plantea un error de hecho por falso juicio de existencia fundado en la omisión valorativa de las declaraciones rendidas por los ingenieros *Luis Eduardo Guzmán Gutiérrez* y *Oswaldo Amaya Araque* y luego del concepto emitido el 5 de febrero de 2002 por el abogado *Manuel Guillermo Pardo Gómez*.

De estas probanzas, ignoradas por los dos juzgadores de instancia, se infiere que el alcalde *JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ* obró sin propósito ilícito de favorecimiento o por el simple capricho de contrariar la ley, esto es, *"actuó sin dolo, sin ánimo de desconocer la ley con conciencia"*.

En cuanto al primer declarante, precisa el demandante, luego de transcribir parcialmente algunas de sus aseveraciones, que *SARMIENTO JIMÉNEZ* lo consultó acerca de si podía efectuar una licitación pública o acudir a otro mecanismo, a lo cual aquél le aconsejó la contratación directa en tanto era recomendable acometer la ejecución de los trabajos por fases, como a la postre se reflejó en los contratos suscritos, dado que el No. 005 de 2002 tuvo como objeto la estructura de la vía, mientras el 007 de 2002 refería al acabado vial, sin que por tanto se advierta repetición de actividades en los dos.

Además, porque este declarante también señaló que la realización de la obra por fases o etapas se justificaba por razones presupuestales, ya que el municipio no contaba con todo el dinero para construir la vía en un único momento e, igualmente, por motivos de orden técnico, pues se trataba de la construcción de una vía no convencional, adoquinada, que debía hacerse a mano para garantizar la conservación arquitectónica y estética. De ahí que dicho atestante haya sostenido que *"las recomendaciones para la contratación directa no se hicieron básicamente pensando en evitar la licitación sino se hizo pensando en la especialidad de los trabajos"*.

Destaca, igualmente, que este deponente hizo referencia a su experiencia en contratación estatal y a la existencia de conceptos, incluso de INVIAS, donde se hace referencia a la posibilidad de ejecutar obras *"...contratando el suministro de materiales por una parte, el alquiler de*

maquinaria por otra parte, la mano de obra y la dirección de la obra por otra parte".

Acto seguido, se ocupa del testimonio de *Oswaldo Amaya Araque*, quien fue oído en declaración el 23 de abril de 2009 también durante la audiencia pública, en donde destacó que, cuestionado acerca de los contratos 05, 07, 18 y 24 de 2002 suscritos por la Alcaldía de Guatavita, encontró algunos inconvenientes de orden presupuestal porque el dinero disponible era inicialmente uno y luego aumentó, y que en el proceso contractual se manejaron objetos distintos, diferencias de especialidades o especies, por lo cual, al fraccionarlos, se observó la [Ley 80 de 1993](#).

Así mismo, señala que dicho testigo también en su asesoramiento al burgomaestre tuvo en cuenta un concepto emitido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, según el cual las obras de mantenimiento vial técnicamente pueden hacerse en forma conjunta o separada y la determinación de optar por una u otra no es condición obligatoria para el servidor público, siempre que no se encuentre determinada en la ley. Destaca, igualmente, que este deponente también conoció de otras contrataciones en municipios vecinos en donde se contrató de forma similar con base en conceptos emitidos por INVIAS.

Luego, alude al falso juicio de existencia verificado en relación con el concepto emitido el 5 de febrero de 2002 por el abogado *Manuel Guillermo Pardo Gómez* rendido a solicitud del procesado, acorde con el cual, *"...estamos ante dos obras que forman un todo, pero con una excepción que es la diferencia entre una obra y otra, por lo que estamos abocados al principio de especialidad, lo que en últimas nos lleva a que sea más ventajoso para el Municipio desde el punto de vista económico, que es uno de los deberes a los que Usted señor Alcalde, está obligado a cumplir, en el manejo del presupuesto del municipio"*.

Según dicho principio de especialidad, expone el referido concepto, se podía contratar *"por un lado la construcción de la estructura y por el otro la pavimentación del adoquín, ya que son obras que si bien forman un todo, son totalmente diferentes, además de la economía que tendrá su municipio para ser invertida a favor de su comunidad y en el desarrollo de éste"*.

Para el actor, entonces, tanto el Tribunal como el juzgado no tuvieron en cuenta estos relevantes medios probatorios que hubieran bastado para establecer que el señor *JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ* en ningún momento desplegó propósito doloso dirigido a quebrantar la ley de contratación estatal al hacerlo de forma directa, siendo que ello fue producto de su convicción real.

Al contrario, enfatiza, de haberse valorado las probanzas se hubiera determinado que no existió dolo en su conducta y que contaba con una justificación técnica imperativa para desarrollar el proyecto vial por fases, como así lo indicó su defendido en la diligencia de indagatoria, comportamiento del todo ajustado a los principios de la contratación estatal.

Por lo mismo, pregona que el Tribunal estimó incorrectamente que en la estructura típica del artículo 410 de la [ley 599 de 2000](#) basta simplemente con celebrar el contrato sin acatar las normas de carácter constitucional y legal, cuando ello no es cierto, pues el esquema del tipo exige demostrar el dolo, esto es, la conciencia y voluntad de estar atropellando la legalidad contractual.

Acto seguido, alude al argumento de ese mismo colegiado consistente en que la defensa se limitó a alegar que no había un mismo objeto en las diferentes contrataciones sin especificar las razones técnicas y económicas que condujeron al fraccionamiento, las cuales obran precisamente en las probanzas omitidas, a partir de cuyo contenido se establece que su defendido siempre creyó, con conciencia y voluntad, que con su actuar no estaba

quebrantando la ley penal. A ello se suma que no ayudó a nadie para acceder a alguno de los contratos, pues siempre actuó guiado por la mayor transparencia y buena fe, espontaneidad puesta de manifiesto con las pruebas ignoradas.

Finalmente señala que las restantes pruebas dejadas de cuestionar en el cargo no sirven de fundamento para afirmar que su patrocinado tenía el propósito de desconocer la ley al suscribir los contratos 005, 007, 018 y 024 de 2002. Por el contrario, *"son indicativas de que mi defendido en ningún momento actuó con interés personal o doloso"*.

En virtud de lo expuesto, solicita casar el fallo impugnado y, como colorario de ello, absolver a su prohijado del cargo imputado en la acusación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Empieza por aclarar que si bien en los fallos no se hizo mención expresa a las pruebas referidas por el libelista, el tema objeto de prueba sí fue materia de análisis y pronunciamiento, aunque a ellas no se les haya otorgado la credibilidad anhelada por el libelista.

Al respecto, puntualiza que tanto la sentencia de primera instancia, como la de segunda, hacen referencia a las consultas realizadas por el procesado y a los conceptos recibidos, pero para reforzar la tesis del conocimiento pleno del implicado de que con su comportamiento lesionaba la ley de contratación, para lo cual transcribe los apartes donde, a su juicio, se realiza esa valoración.

Después, enfatiza que la reflexión expresada por el censor sobre la falta de demostración del dolo exigido por la norma penal tampoco encuentra respaldo en las decisiones impugnadas, pues los funcionarios encontraron probado el hecho delictivo de acuerdo con la modificación de la norma que

ahora no exige la imputación expresa del elemento subjetivo en el tipo penal, tema del cual, añade, se ha ocupado esta Sala, citando fragmentos de un antecedente emitido sobre el particular.

De tal manera que, opina, exigir el elemento relativo al propósito de provecho ilícito es inocuo para efectos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en la medida en que sería derivable de la misma realización objetiva del tipo. Lo importante entonces para la anterior legislación y la presente, son los datos provenientes de la realidad física, o acontecimientos en el mundo exterior que impliquen la celebración del contrato estatal sin acatar los principios y las normas tanto de orden constitucional como de carácter legal aplicables.

Por consiguiente, para la representante del Ministerio Público, el dolo necesario para tipificar la conducta fue debidamente demostrado y la falta de alusión expresa a los testimonios reclamados no constituye el falso juicio de existencia denunciado.

Al contrario, destaca, el análisis de las sentencias evidencia una valoración conjunta del acervo probatorio allegado al proceso, que permitió concluir que en este asunto hubo un fraccionamiento de contratos para la realización de una única obra, para lo cual se adjudicaron 4 contratos por valor total de \$157.610.309, que tanto por su unidad de fin y obra, como por el monto del mismo, debían efectuarse mediante licitación pública y no por contratación directa, pues no existían razones técnicas ni situaciones especiales que hicieran viable esa forma excepcional de contratación.

Justamente, acota, las consultas a los profesionales y expertos en contratación, cuyo testimonio dice el demandante no fue valorado, lo que evidenciaron para los juzgadores fue la búsqueda por parte del alcalde de razones para proceder a contratar de manera directa a sabiendas que debía hacerse por un sistema objetivo de selección y, por ello, las pruebas cuya

valoración pregona el demandante no fueron omitidas, pues sirvieron para demostrar el conocimiento del proceso legal de contratación y su intención de efectuar la obra de forma diferente a la legalmente obligatoria, es decir, la conciencia de la ilicitud de la conducta y la voluntad final de realizarla.

En ese orden de cosas estima que al no estar demostrado el cargo se colige su improsperidad y, como consecuencia, no se debe casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La propuesta contenida en la única censura formulada por el defensor de *JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ* impone abordar las siguientes temáticas: (i) el dolo o tipo subjetivo en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; (ii) la figura del fraccionamiento de contratos y (iii) el caso concreto, verificación de los falsos juicios de existencia planteados.

(i) El dolo en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

Su determinación está vinculada con la determinación del ingrediente subjetivo del tipo, de cuya configuración se ha ocupado profusamente esta Colegiatura, en los siguientes términos^[2]:

"La Corte tiene dicho que el elemento subjetivo del tipo dispuesto en el artículo 410 del Código Penal, resulta del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa, pues, el objeto de protección es el principio de legalidad en la contratación estatal. De ahí que, cuando se desconozcan principios como el de selección objetiva, eludiendo el procedimiento preestablecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el

beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente^[3] y se estructura objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración y genere desventaja para el contratista^[4].

Ese elemento varió, como lo hace notar la Procuradora Delegada en su concepto, en el actual tipo penal contenido en el artículo 410 de la [Ley 599 de 2000](#) frente al del anterior estatuto punitivo, sancionado en el artículo 146 del [Decreto Ley 100 de 1980](#), en cuanto se suprimió 'el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero'. Así se ha destacado por esta Corporación en múltiples decisiones, como en la siguiente traída a colación por la representante del Ministerio Público, al señalar lo siguiente:

"La jurisprudencia penal tiene decantado que 'el propósito de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero', que consagraba el art. 146 del Código Penal en vigencia del cual sucedieron los hechos y que suprimió por innecesario el 410 del vigente, se derivaba del simple hecho de celebrar el contrato sin acatar los principios y normas de carácter constitucional y legal aplicables a la selección administrativa, en consideración -se reitera- a que el objeto de protección del tipo penal es el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal"^[5].

De esta suerte, el dolo o tipo subjetivo de este comportamiento dice relación ahora con que el agente haya actuado con conocimiento y voluntad de que contrariaba la ley al contratar, esto es, de que con su proceder se apartaba de los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación administrativa y, por lo mismo, ya no es necesario, como si lo era en la anterior codificación sustantiva, que ese conocimiento y voluntad

además estuviera encauzada a que con la irregular contratación se generaba un provecho ilícito para el propio agente, para el contratista o para un tercero.

Es decir que, como se anticipó, la modificación del ingrediente normativo del delito obviamente también comportó evidentes alteraciones en la configuración del tipo subjetivo, con las repercusiones que ello, valga decir, contrae en el ámbito probatorio.

Para el actor, con la omisión probatoria concretada en los fallos (errores de hecho por falso juicio de existencia) se dejó de considerar que *JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ* contrató con la convicción de hacerlo conforme a la ley, de que no transgredía y que por el contrario se plegaba a los principios que rigen la contratación estatal y que al fraccionarlos simplemente se sujetó al marco legal en atención a la naturaleza de la obra a ejecutar y porque, además, era conveniente para el municipio por razones presupuestales.

Esa propuesta, en concreto, encaja en el denominado error de tipo, que no de prohibición como lo entendió el Tribunal y lo planteó la defensa tanto en sus alegaciones como cuando sustentó el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, con una argumentación similar a la de esta censura, pero que no invoca expresamente ahora, lo cual no es óbice para emprender su análisis.

De este modo, el demandante en momento alguno se centra en que la prueba omitida apunta a demostrar que el dolo del agente estuvo dirigido a la obtención de un provecho ilícito con la contratación, ingrediente que, según ya se dijo, fue erradicado del actual tipo penal, como se lo reprocha equivocadamente la representante de la sociedad esgrimiéndolo como argumento adicional para deprecar la desestimación de la censura.

(ii) la figura del fraccionamiento de contratos

La conducta atribuida al procesado JOSÉ MOISÉS SARMIENTO JIMÉNEZ se concreta a que debiendo haber suscrito un único contrato para la realización de la obra, lo fraccionó en cuatro, con el propósito de reducir su cuantía y así contratar directamente, evadiendo de esa manera el proceso licitatorio y, de contera, los principios que rigen la contratación estatal.

Sobre la figura del fraccionamiento del contrato, como mecanismo tendiente a evadir el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para los contratos estatales, particularmente el de licitación pública, ha dicho esta Corporación que se *"verifica cuando la administración de manera artificiosa **deshace la unidad natural del objeto** con miras a sustraerse del procedimiento contractual que debía llevar a cabo, adelantando en cambio dos o más contratos a través de trámites menos estrictos, práctica que indudablemente riñe con las normas que gobiernan la contratación estatal, particularmente con los principios de transparencia y selección objetiva"*⁴⁶¹ (negrilla tomada del texto original).

De la misma forma, cuando *"la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas"*⁴⁷¹. En esta misma providencia también determinó los presupuestos que caracterizan esa práctica indebida, señalando que *"En su demostración, deben confluir las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues sólo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública"*.

En cuanto al concepto de unidad de objeto contractual, por su parte, se ha entendido como la especie de los bienes u obras contratadas de un mismo género, sin que la ley entonces prohíba celebrar varios contratos cuando se trata de bienes o servicios de esa naturaleza (mismo género), pero sí cuando corresponden a la misma especie. Así, se ha referido como ejemplo de los primeros los contratos que recaen sobre obras públicas o bienes muebles, mientras considera prototipo de los segundos el arreglo de la malla vial de una ciudad, cuando se realiza en un lapso determinado, pues *"la ley no impone, en ningún caso, obligación de celebrar un solo contrato cuando se trata de cosas del mismo género, como sí lo impone cuando se trata de cosas de la misma especie"*^[8].

A manera de síntesis puede destacarse que aun cuando el fraccionamiento contractual *per se* no determina la ilegalidad del trámite ni por ello mismo comporta automáticamente la tipicidad objetiva del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales conforme a su descripción en el artículo 410 de la [Ley 599 de 2000](#), es lo que sucede en su generalidad, pues su procedencia es excepcional sólo para cuando se demuestra que motivos razonables de interés público imponen acudir a esa modalidad no obstante tratarse de contratos de la misma especie y que no haya respondido a un interés velado de evadir el proceso licitatorio.

Lo anterior coincide con la percepción que sobre el fenómeno tiene la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al precisar que *"si bien es cierto la figura del fraccionamiento de los contratos no aparece prohibida expresamente en la [Ley 80 de 1993](#), no lo es menos, que*

de las pautas, reglas y principios establecidos por dicha Ley se infiere tal prohibición¹⁹¹.

(iii) El caso concreto. Verificación de los falsos juicios de existencia planteados:

Para el actor el error valorativo se concreta respecto de tres medios de prueba: los testimonios de los ingenieros *Luis Eduardo Guzmán Gutiérrez* y *Oswaldo Amaya Araque*, vertidos durante la audiencia pública de juzgamiento, y el concepto emitido el 5 de febrero de 2002 por el abogado *Manuel Guillermo Pardo Gómez*, coincidentes en indicar que el burgomaestre fue asesorado en el sentido de que por la especialidad de la obra y su imperativo desarrollo por fases era menester acudir a la contratación directa y no al proceso licitatorio, lo cual demostraría que actuó con la convicción y el convencimiento de que su proceder era legal, esto es, carente de dolo.

Como bien lo pregonan la Procuradora Delegada, desde el punto de vista meramente formal le asistiría razón al demandante, pues tras revisar el contenido de los fallos no se encuentra mención específica o siquiera enunciativa a cualquiera de estos medios de prueba. No obstante, tal situación, como de manera reiterada lo ha precisado la Corte, no necesariamente materializa este yerro cuando bien puede suceder que a partir de juicios generales expuestos en el fallo se advierte su ponderación, pues casi que se torna en imposible material otorgar valor concreto a cada medio de prueba acopiado de forma individual, con mayor razón en el sistema procesal de corte inquisitivo donde por virtud del principio de permanencia de la prueba los espacios de aducción son amplios y no se restringen, como en el acusatorio, a la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, en el caso particular, como atinadamente lo pone de presente la representante del Ministerio Público, ni siquiera se concreta esta

hipótesis de valoración general de los medios de prueba toda vez que los sentenciadores, aunque sin mencionar los nombres de los testigos y el del autor del concepto jurídico, ponderaron el referido asesoramiento al alcalde *SARMIENTO JIMÉNEZ*. Así lo refirió el juez de primera instancia:

"En punto al dolo ha (sic) que hace referencia el ilustre defensor del imputado, tenemos que este sí se encuentra presente en su comportamiento, díganoslo si no, su reiterada insistencia en consultar previamente, con abogados e ingenieros, en su afán de evadir la licitación pública y a cambio contratar directamente, mostrando un exagerado interés en hacer esto último, sin justificación alguna, pues no se vislumbran esas 'razones técnicas y económicas' a que hace referencia la misma defensa, para contratar directamente y no mediante licitación pública, de suerte tal que en virtud del principio de transparencia, a las entidades les tienen prohibido 'eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos', como lo dispone el E.C., pues tampoco se observa, además, que en los pasos verificados por el acá incriminado, se hayan protegido los principios de economía y de igualdad, como para justificar la omisión del evento de licitación pública"¹⁰¹ (subraya fuera de texto).

La existencia de dicha circunstancia y de las probanzas que la corroboran, tampoco fue desconocida por el *ad quem*:

"Respecto de los motivos que llevaron a la administración a celebrar varios contratos, tenemos que la defensa sólo alega que no se trataba de un mismo objeto, pero no especifica las razones técnicas y económicas que conllevaron a la realización del fraccionamiento, y además, aunque afirma que el procesado se asesoró de abogados e ingenieros para tomar su decisión, por lo que actuó convencido de la licitud de su conducta, configurándose un error de prohibición, situación que tampoco lo exonera de responsabilidad, pues

para ello se requiere que tal error sea invencible, hecho que no resulta creíble si efectivamente contó con asesoramiento, sin contar con que debía conocer perfectamente los deberes que le impone su cargo y la forma como se hacen este tipo de contratos" (subraya fuera de texto).

Queda visto así que los dos juzgadores valoraron las pruebas en comento, sin que tenga relevancia que lo hayan hecho con un enfoque distinto, pues mientras para el *a quod*ales consultas pusieron de manifiesto el afán del alcalde de buscar un pretexto para soslayar el procedimiento de licitación pública, demostrativo del dolo que precedió a su conducta, para el Tribunal tal acto no alcanza a confirmar que actuó bajo la convicción de que su comportamiento era legal, descartando por tanto el error de tipo pretextado por la defensa en sustento del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado, dada su naturaleza invencible.

De cualquier forma estas probanzas no poseen la entidad suasoria necesaria para inferir, como lo estima el actor, que el burgomaestre actuó sin el dolo específico exigido por el tipo penal encaminado a marginarse de la legalidad o de los principios que rigen la contratación estatal, con sujeción a lo atrás explicado, o, como lo planteó sustancialmente en el recurso de apelación, de haber incurrido en el error de tipo de que trata el numeral 10 del artículo 32 de la [Ley 599 de 2000](#).

Lo anterior bajo la consideración de que si realmente concurría alguna justificación para fraccionar el contrato y resquebrajar su unidad de objeto, ya sea como lo argumenta la defensa por razones de orden técnico o presupuestal, lo menos que se espera es que tales motivos queden plasmados o se infieran claramente del texto de los diferentes contratos. Sin embargo, tras consultar su contenido literal, no se advierte cláusula alguna en ese sentido y, por el contrario, lo que surge es que tuvieron el mismo objeto.

Así, por ejemplo, el contrato de obra 005, suscrito entre la alcaldía del municipio de Guatavita y el contratista *Ariel Álvarez Rojas* el 6 de abril de 2002 por valor de \$ 31.330.500 establece, en su cláusula primera:

"OBJETO: el contratista, se obliga a realizar para el municipio, la obra relacionada con mejoramiento vía que conduce al embalse del Tominé consistente en la construcción de la estructura para el pavimento en adoquín...".

A su vez, el contrato 007 de la misma data suscrito con el contratista *José Orlando Mondragón E.*, por valor de \$ 24.303.400^[11], en la cláusula bajo igual número, indica:

"OBJETO: el contratista, se obliga a realizar para el municipio, la obra relacionada con mejoramiento vía embalse, construcción de pavimento en adoquín...".

El 018 de junio 13 del mismo año, por su parte, signado entre la administración y el primer contratista, por valor de \$ 38.187.500^[12] estipula, también en la cláusula primera:

"OBJETO: el contratista, se obliga a realizar para el municipio, la obra relacionada con construcción de la estructura para el pavimento de la vía Guatavita-embalse del Tominé, desde el PR 00 170 al PR 330 ...".

Finalmente, en el 024 del 2 de agosto postrero, suscrito con el contratista *Martín Velandia Rojas* por valor de \$ 32.741.759, establece, en igual cláusula:

"OBJETO: el contratista, se obliga a realizar para el municipio, la obra relacionada con pavimentación en adoquín de la carrera 12 con calle 5 en una longitud 182 metros..."

Como se puede observar, el objeto de cada uno de estos contratos de obra es el mismo, no otro que la construcción de la vía entre el municipio de Guatavita y el embalse de Tominé, sólo discriminándose en el contrato 005 que refería a la construcción de la estructura para el pavimento en adoquín mientras el 007 a la pavimentación en adoquín propiamente dicha y en los contratos 018 y 024 a la de tramos específicos de la vía, sin que se ofrezcan razonables los motivos que condujeron a escindirlo apoyados en las explicaciones brindadas por los ingenieros *Luis Eduardo Guzmán Gutiérrez* y *Oswaldo Amaya Araque* durante la audiencia pública y en el concepto emitido el 5 de febrero de 2002 por el abogado *Manuel Guillermo Pardo Gómez*, pues lo que se advierte es que ello obedeció única y exclusivamente al propósito de eludir el proceso licitatorio, dada la cuantía global del proyecto.

Al respecto, para la Corte deviene diáfano que los cuatro contratos no sólo eran del mismo género (de obra), sino que también lo eran de la misma especie y simplemente se buscó un pretexto para fragmentarlos contrariando la ley y los principios que rigen la contratación estatal.

En un asunto similar fallado por el Consejo de Estado, donde para eludir el proceso licitatorio se contrató para la remodelación de un inmueble de forma independiente las obras civiles, las eléctricas y las de iluminación, lo cual condujo a que esa corporación decretara la nulidad de los contratos irregularmente escindidos^[13], se sostuvo que *"la unidad de objeto en materia de contratación estatal, se pregona de aquellos contratos cuyo objeto 'es*

naturalmente uno^[14]. Así las cosas, la Sub Sección entiende que dicha unidad se reputa natural cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere necesariamente el cumplimiento del otro, es decir, que sólo a través de la sumatoria de cada uno de ellos, se obtiene el producto final deseado con la contratación; en consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de ellos arruina la posibilidad de satisfacer la necesidad identificada para contratar, por cuanto son interdependientes” (subraya fuera de texto).

En el caso de la especie es evidente la interrelación y dependencia de los diversos contratos en tanto respondían a un mismo objeto natural y, por ende, no han debido fraccionarse, amén de que era imprescindible su sumatoria para lograr, en términos de la máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, el producto final deseado, esto es, la pavimentación integral del corredor vial comprendido entre el municipio de Guatavita (carrera 12 con calle 5) hasta el embalse de Tominé, sin que resulten admisibles las razones de orden técnico expuestas por el procesado y los profesionales de la ingeniería y del derecho que lo asesoran para justificar su división.

Siendo así la situación, no surge la menor duda acerca de que se trató de una contratación celebrada respecto de una obra de la misma especie, en otras palabras, existía unidad de objeto.

Sobre el particular llama poderosamente la atención que los contratistas *Ariel Álvarez Rojas^[15]* y *José Orlando Mondragón^[16]*, quienes en principio debían conocer las razones técnicas para dividir los contratos, hayan manifestado desconocimiento al respecto, lo cual permite colegir que los medios probatorios sobre cuya base se estructura la censura casacional sólo pretenden justificar a destiempo un procedimiento concebido irregularmente, como también lo corrobora el hecho de que el implicado en sus diligencias de

versión libre iniciales^[17] y en la indagatoria^[18] no haya aludido al asesoramiento recibido.

Las comentadas circunstancias permiten colegir que el fraccionamiento de la contratación tampoco se cimentó en criterios razonables de interés público. Contrariamente, su finalidad estuvo enderezada a soslayar la licitación pública, en orden a abrir paso a la contratación directa, como lo permitía la cuantía individual de cada uno de los contratos.

En suma, encuentra la Sala que la conducta desplegada por el procesado fue dolosa, pues conocía claramente cuál era el proceso legal de contratación al que debía someterse y, sin embargo, se encaminó a la ejecución de la conducta prohibida de manera libre y voluntaria, sin que a su favor aparezca alguna de las causales de ausencia de responsabilidad dispuestas en el artículo 32 del Código Penal.

Sobre esto último recuérdese que para la estructuración del denominado error de tipo contemplado en el numeral 10 de la disposición en cita, es imprescindible que el convencimiento equivocado de que la conducta realizada no configura un hecho constitutivo de descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad ha de ser invencible, situación que en el *sub judice* no encuentra acreditación cuando lo que aparece evidenciado probatoriamente es que el funcionario deliberadamente, y no como producto de error, se sustrajo al proceso licitatorio, para, en su defecto, contratar directamente la ejecución de la obra.

No erró entonces el Tribunal cuando predicó que en el proceso de contratación se violó el principio de transparencia y de paso el de selección objetiva, este último consagrado en el artículo 29 de la [Ley 80 de 1993](#), conforme al cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

De otro lado, tampoco razones de orden presupuestal avalaban el fraccionamiento contractual, pues, como acertadamente lo señala el *ad quem*:

"...para la fecha en la que el entonces Alcalde celebró los primeros dos contratos, tenía una disponibilidad presupuestal de \$75.000.000 (rubros 150 y 152 del presupuesto) y para el momento de suscripción de los otros dos contratos, contaba con una disponibilidad presupuestal de mínimo \$100.000.000, pues había realizado una adición presupuestal mediante el acuerdo 09 del junio 5 de 2002. Además, no se debe olvidar que el procesado debía estar enterado que el municipio tenía un superávit del año 2001, por lo que sabía que había suficiente dinero para realizar esa obra desde el principio"¹⁹¹.

En conclusión, como ninguno de los postulados sobre los cuales descansa la pretensión del libelista prospera, la decisión que corresponde adoptar es la de no casar el fallo impugnado.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ**

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria