



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL DE DESCONGESTION

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUÍA
SALA PENAL DE DESCONGESTIÓN

Medellín, treinta de abril de dos mil catorce (2.014).

MAGISTRADO PONENTE: Doctor GUILLERMO JOSÉ MARTÍNEZ CEBALLOS

APROBADO POR ACTA No. 54

RADICADO: 2013-0807-3

05-837-31-04-002-2009-00079

Ha llegado al despacho el proceso seguido en contra de los señores WILIAM PALACIO VALENCIA y JAIME ARANGO GOMEZ, procesados por el delito de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES, en ésta oportunidad para que se resuelva el **Recurso de Apelación** interpuesto por la defensa del señor PALACIO VALENCIA, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, de fecha 5 de abril de 2013, mediante la cual se condenó a los señores **WILIAM PALACIO VALENCIA y JAIME ARANGO GOMEZ** como responsables del delito por el cual fueron acusados.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos fueron narrados en la Sentencia de la siguiente manera:

"Fue a través de traslado realizado por parte de la Contraloría General de Antioquia, que se activó la jurisdicción penal para investigar probables irregularidades en el municipio de Turbo, más concretamente, en relación con la suscripción y ejecución de dos contratos por parte del señor Alcalde de esa localidad William Palacio Valencia fechado en febrero 27 de 2004, con el contratista Jaime Arango Gómez y cuyos objetos consistieron en el suministro de distintos útiles escolares como cuadernos y otros y de diez mil bolsos kit escolares con destino a los establecimientos oficiales del Municipio. Lo anterior por costos de \$75.330.000.00 y \$34.220.000.00 respectivamente.

El centro de la denuncia se basa en los sobrecostos de los citados contratos que según las cotizaciones recogidas por la Contraloría General de Antioquia superarían para el primer contrato los \$38.000.000.00 de pesos, igualmente se cuestiona que en el proceso de contratación, hubo fraccionamiento para dar cabida a la contratación directa evadiendo así la contratación mediante licitación pública como lo ordenaba la ley 80 de 1993.

Fue ello lo que originó la investigación con la vinculación inicial del señor Alcalde y el contratista y posteriormente con el llamado al entonces Secretario de Gobierno, ciudadano Francisco Marín Yabur, decretándose tras el ciclo instructivo gravamen acusatorio en contra de Valencia y de Arango, procediendo el señor defensor del primero a impugnar la decisión que hoy nos convoca para su escrutinio. A Marín Yabur se le precluyó la investigación"

La investigación se inicia a raíz del informe de la Contraloría General de Antioquia, fechado el 6 de junio de 2007, donde se da cuenta de la celebración de dos contratos de suministro entre la Administración Municipal de Turbo, Antioquia, y el señor Jaime Arango, representante de la firma Multiproductos Ltda., durante la vigencia del año 2005.

El primer contrato consiste en el suministro de 25.000 cuadernos institucionales de 100 hojas, 5.000 cuadernos rayados institucionales de 50



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

hojas, 10.000 lápices negros, 10.000 lápices rojos, 10.000 sacapuntas metálicos, 10.000 reglas metálicas plásticas (sic) de 30 cms y 10.000 borradores medianos, para dotación de alumnos de los grados 1,2,3,4 y 5 de la básica primaria de los estratos 1 y 2 de los establecimientos educativos del municipio de Turbo.

El segundo contrato tiene como objeto el suministro de diez mil (10.000) bolsos kit 26*35 cms, tintas 4*1, material tela sintética con destino para la dotación de alumnos de los grados 1, 2, 3,4 y 5 de los establecimientos educativos del Municipio de Turbo.

Consideró la Contraloría que en este caso los elementos suministrados son genéricamente para una misma finalidad, los contratos fueron celebrados el mismo día y la sumatoria de los mismos asciende a la suma de \$109.550.000, monto que se encuentra por encima de los 306 SMLMV, por lo que se debió acudir a la Licitación Pública y no a la contratación directa.

El 25 de junio de 2013, se ordena la apertura de instrucción, en contra de los señores WILIAM PALACIO VALENCIA y JAIME ARANGO GOMEZ. Este último rinde indagatoria el día tres de septiembre de 2007¹, señalando, en cuanto al presunto delito de Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales, que su empresa simplemente "quiso ofrecer sus servicios según el objeto social independiente de los manejos internos de la administración pública en cuanto a la contratación, como dije anteriormente no tengo ningún nexo con la Alcaldía de Turbo para influir sobre ella; no conociendo la cuantía para la licitación pública, se hicieron las ofertas solicitadas, esta es una empresa comercial la cual paga sus impuestos y esa es su actividad, vender a quien necesite sus productos..".

Por su parte, rindió injurada el señor WILIAM PALACIO VALENCIA, el día seis de noviembre de 2007², quien sobre el posible fraccionamiento de contratos dijo: "Son dos contratos y está muy claro, lo que es suministro de cuadernos y demás utensilios de papelería, y el otro es la confección de diez mil morrales, no se está fraccionando ese contrato porque son dos actividades distintas. Del porque se firman el mismo día no tengo conocimiento, y creo que no hay ningún acto que a mí me sospeche algún tipo de falta porque si la administración hubiese tenido la intención de fraccionar el contrato o hacer algún tipo de ilícito, la capacidad que me permito por contratación directa estaba para ese año alrededor de esa cifra, creo que un millón de pesos más..."

Se clausura el ciclo instructivo el 20 de febrero de 2008³, dictándose resolución de acusación el 153 de mayo de 2008⁴, en contra de los señores WILIAM PALACIO VALENCIA y JAIME ARANGO GOMEZ, por la presunta comisión de los delitos de **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** y **PECULADO POR APROPIACIÓN, EN CONCURSO HETEROGENEO**.

Teniendo en cuenta la apelación propuesta por la Defensa, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia, confirma la acusación en contra de los ciudadanos antes mencionados, por el delito de **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES**, pero revoca el gravamen acusatorio en lo que tiene que ver con el punible de **PECULADO POR APROPIACION**, precluyendo la investigación por este delito en favor de los procesados.

Le correspondió el reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, el cual avoca conocimiento el 15 de diciembre de 2009, y a su vez en dicho despacho se procede a dar traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, posteriormente se realizó la audiencia preparatoria y se

² A folio 283 c-1

³ A folio 404 c-1

⁴ A folio 504 c-2



llevó a cabo la audiencia pública.

Mediante Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, de fecha 5 de abril de 2013, se condenó al señor **WILIAM PALACIO VALENCIA**, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión, multa por valor de cincuenta (50) SMLMV, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de cinco (5) años, y al señor **JAIME ARANGO GOMEZ**, a pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, multa por valor de treinta y siete y medio (37,5) SMLMV, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de treinta y siete (37) meses; lo anterior al señor hallados ambos responsables del delito por el cual fueron acusados..

DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Destaca inicialmente el Juzgado que el señor **WILIAM PALACIO VALENCIA**, se posesionó como Alcalde del Municipio de Turbo el primero de enero de 2004, y si bien no se aportó el acta de posesión, es un hecho notorio y de público conocimiento que dicho ciudadano fue elegido como primer mandatario de ese municipio y ejerció su mandato hasta el 31 de diciembre de 2007.

Señala que de los documentos allegados al proceso, se desprende que se hicieron dos contrataciones directas, la 001 de 2004, correspondiente a los 10.000 bolsos kit escolares, y la 002 de 2004, por los cuadernos y útiles escolares, ambas adjudicadas a Multiproductos Ltda., cuyo gerente principal es Jaime Arango Gómez, quien representó a la mencionada empresa en todo el proceso de contratación.

Dichas contrataciones directas, 01 y 02 de 2004, terminan con la adjudicación de sendos contratos de suministro a favor de Multiproductos

Ltda., por los cuadernos y útiles, por \$75.330.000, y otro por los bolsos kits escolares, por \$34.220.000., firmados ambos el 27 de febrero de 2004, por el alcalde WILIAM PALACIO VALENCIA en representación del municipio de Turbo y JAIME ARANGO en representación de Multiproductos Ltda., para un valor total de los dos contratos de \$109.550.000.

Destaca que la empresa MULTIPRODUCTOS no ejecutó directamente el contrato, sino que subcontrató esta labor con la empresa DIGITAL COLOR, y que hubo una total improvisación por parte de Multiproductos para cumplir con el contrato, aunado a que la Administración no realizó un estudio previo de las capacidades del contratista.

Atendiendo estas circunstancias, acompañado al fraccionamiento contractual, consideró el Juzgado que hubo una componenda o acomodamiento del proceso de selección, para adjudicar el contrato a JAIME ARANGO GOMEZ, por parte de WILIAM PALACIO VALENCIA, y que ambos eran conscientes de su ilicitud.

Estima que en este caso se debe tener en cuenta la unidad de objeto, que es la que determina que el contrato no puede ser inescindible y que la simultaneidad del proceso de selección, en este caso el suministro de un kit escolar, que debían ser entregados simultáneamente a los escolares, al superar el valor estos bienes que conformar el kit escolar el tope de la menor cuantía, se debía someter a la contratación por licitación.

Aduce que el señor WILIAM PALACIO y sus secretarios, conocían y participaban del proceso de contratación desde su iniciación, participaron en su desarrollo, como aceptar la disponibilidad presupuestal, pertenecer al Comité de Compras y firmar las audiencias de adjudicación y los contratos.



El Juzgado consideró que es evidente que se fraccionó el contrato conscientemente por orden del alcalde del municipio de Turbo, WILIAM PALACIO VALENCIA, para obviar los procedimientos de la licitación, que garantizan la transparencia y la selección objetiva de los contratos y facilitar que el contratista JAIME ARANGO GOMEZ, tuviera todas las facilidades para quedarse con los contratos, indicando la prueba recaudada que hubo **acuerdo** previo entre JAIME ARANGO GOMEZ y el señor WILIAM PALACIO VALENCIA, alcalde de Turbo, para acomodar el proceso de selección a favor del mencionado contratista ARANGO GOMEZ.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Defensa

Señala la Defensa inicialmente que en este proceso no se pueden ventilar hechos relacionados con otros hechos punibles, como el peculado por apropiación o el interés indebido en la celebración de contratos, pues ninguno de estos dos tipos penales quedó reflejado o contenido en la correspondiente acusación, de manera tal que no pueden ser ellos ahora considerados o estimados, en aras de la emisión de la sentencia de fondo, como de manera indebida, en su sentir, se ha efectuado por el fallador de primer grado.

Así mismo, la defensa discrepa de las consideraciones que tuvo el fallador para condenar a su patrocinado, al asegurar que se fraccionó el contrato por orden de William Palacio Valencia, Alcalde del municipio Turbo, en ese período, para evadir el proceso de licitación Pública que avalaba el principio de transparencia y la selección objetiva del contratista, favoreciendo a Jaime Arango, en la adjudicación de los contratos, debido

a que la prueba arrimada al proceso mostraba que hubo acuerdo previo entre los contratantes.

Discute, que hubo transcripciones descontextualizadas que podrían facilitar a equívocos o a malas elucidaciones; y para ello, señala que el fallador insiste en consideraciones atinentes a supuesto delito ya objeto de preclusión, descuidando el debate central que es delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales; además, de la falta de congruencia entre la acusación y la sentencia. Alegando que en esta última, se distrae del núcleo central generando un contexto hostil en relación con la pretensión de la defensa.

Igualmente, trae a colación algunos pronunciamientos de notables jurisconsultos, indicando con esto, que el derecho penal es de acto y no autor, y que el hecho punible debe tener siempre la triada tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Reitera la defensa, que el cargo central deducido a su protegida es el fraccionamiento del contrato para el suministro de Kits Escolares, con el fin de eludir la licitación Pública, como lo dice el pliego de cargos, Contrato sin Cumplimiento de requisitos legales, y no los delitos de Interés indebido en la celebración de contratos, como tampoco, el Peculado por Apropiación.

En relación al proceso de contratación administrativa, afirma que de acuerdo a la época en que se celebraron los contratos, estos, se manejaban por la ley 80 de 1993 artículo 24; en cuanto al principio de transparencia describe la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concursos públicos y continua señalando los casos en que se puede contratar directamente.



Dice que en caso investigado, se dijo que un contrato que tenía un valor global de \$109.550.000, se segmentó en dos contratos, así, uno por valor de \$75.330.000 por cuadernos y demás elementos y otro por valor de \$34.220.000 por bolsos, ello, con la intención de evitar la licitación o concurso público y poder contratar de manera directa.

Sobre la unidad de objeto o pluralidad de contratos, trae como corolario una consulta resuelta por el Consejo de Estado el 14 de septiembre de 2001 Magistrado Ponente Ricardo Hernando Monroy, asimismo, enuncia sentencia 30.933 del 26 de mayo de 2010 con ponencia de la Dra. María Del Rosario González de Lemos, en la que ratificando idéntico pronunciamiento radicado 26857 del 28 de noviembre de 2007 con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez; en relación con el fraccionamiento indebido de contratos, "el cual se presenta en los eventos en los cuales la Administración para eludir el procedimiento licitatorio divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer los contratistas. En su demostración deben confluir las circunstancias siguientes: que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y de ser así, determinar cuáles fueron las circunstancias que llevaron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se fundó en criterios razonables de interés público, o si por el contrario los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de la contratación pública".

Aggrega la defensa que los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte suprema de Justicia permiten establecer: a) que se trata de un tema no reglado por la ley 80 de 1993; b) que leyes anteriores señalaban que el fraccionamiento contractual se infería cuando se celebraban dos o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto y dentro de un plazo determinado; c) que la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, ha indicado que para establecer el eventual fraccionamiento contractual, se deben demostrar dos situaciones: la

unidad de objeto y para qué o porqué fue que celebró esa pluralidad de contratos y c) Que para determinar cuándo existe la Unidad de objeto, se debe estimar si se trata o no de contratos dentro del mismo género, no se prohíbe contratar simultáneamente con la misma persona dentro del mismo género, pero sí dentro de misma especie, supuesto que ejemplo de lo primero son los contratos que recaen sobre bienes muebles (como es el evento que nos ocupa).

Trasladó lo expuesto al caso de autos y referido ello a criterios objetivos como los que viene de verse y no apreciaciones subjetivas que hacen algunos operadores de justicia.

Argumenta que en caso de marras, es que se trata de dos asuntos ontológica y jurídicamente diversos, pues aludían a especies distintas, así fuesen dentro del mismo género. No es lo mismo hablar de cuadernos, lápices, borradores, lapiceros y sacapuntas, que bolsos para el eventual transporte de aquellos. Es decir, que los bolsos no hacen parte de la misma especie de los útiles escolares.

Seguidamente procede a el análisis de los elementos estructurales del tipo de contratos sin cumplimiento de requisitos legales" indicando que el sujeto activo está constituido por el servidor público, que éste, obre o actué en ejercicio de sus funciones, que además, trámite, celebre, liquide contrato omitiendo la observancia de los requisitos legales esenciales en las etapas referidas del contrato.

En relación con el sujeto activo calificado, advierte que se le dio calidad de coautor a Jaime Arango Gómez, a sabiendas que es un particular, sabiendo que el tipo penal exige una calidad específica en el sujeto activo, como es la de servidor público.



Para esto que califica de inconsistencia trae a colación las siguientes citas jurisprudenciales: sentencia 16937 del 3 de septiembre de 2001 magistrado ponente Jorge Aníbal Gómez, donde se determinó que el artículo 58 de la ley 80 de 1993; asegura que el artículo 20 del Código Penal solo considera como servidores públicos a los particulares, para todos los efectos inherentes a la ley penal, cuando éstos últimos desempeñan funciones públicas, sea ello de manera transitoria o permanente, lo que quiere decir que no se erigen en servidores públicos por el mero hecho de celebrar un contrato con la administración como bien lo dijo la Sala Penal de la Corte suprema de Justicia en la sentencia 27477 del 6 de marzo 2008 con ponencia del Magistrado augusto J Ibáñez G.

Así la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la última de las disposiciones transcritas (artículo 56 de la ley 80 de 1993) precisó que la equiparación que la norma contiene, en el sentido de considerar servidor público para efectos penales a los contratistas, intervenidores, consultores, asesores que en su condición de particulares desempeñan funciones públicas, no surge la calidad de servidor público, del mero vínculo contractual con la entidad estatal, sino del hecho que el contrato tenga por objeto la atribución o delegación temporal de una función pública.

Arguye, que por esta vía, se entiende que si condenó mal al contratista como "coautor", tampoco, puede condenarse como "coautor" al servidor público (Alcalde) supuesto que no obraba en acuerdo previo con nadie, en situación que demuestra aún más, la insostenibilidad del fallo impugnado.

En cuanto a la omisión de requisitos legales esenciales, nos remite a la sentencia 31.654 del 20 de mayo de 2009 Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos, para clarificar que se entiende por requisitos legales esenciales, dentro del trámite contractual propio de la administración pública, cuando sobre el particular se anotó sobre el

contrato sin cumplimiento de requisitos legales, donde se estructura el delito cuando un servidor público en ejercicio de sus funciones desatiende los requisitos legales atinentes a un contrato, específicamente en 3 eventos: cuando lo tramita sin cumplir los requisitos propios de esa fase contractual; cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los inherentes a la fase pre-contractual y cuando se liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto. Pero hay que tener presente que no basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la tipicidad de la conducta, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador.

Asegura que si se confronta lo postulado por la Corte, en la sentencia citada, con lo considerado en el fallo se concluye: que se contaba con un acuerdo del Concejo Municipal de Turbo, para que el Alcalde proveyera gratuitamente un "Kit Escolar" a los menores de familias pertenecientes al sisben en los niveles 1,2 y población especial; que se solicitó la respectiva disponibilidad presupuestal para el contrato referido los útiles escolares, así como para los bolsos, que asimismo se obtuvo el certificado de disponibilidad presupuestal para los suministros, que había disponibilidad presupuestal y rubro para ello; quedando claro que lo demás se cumplió en relación con el cumplimiento de los requisitos legales concomitantes a la celebración de los contratos de suministros.

En relación con la supuesta evasiva de la licitación pública, se ha sostenido que se trata de dos contratos independientes, así apuntaran a un mismo objetivo, con lo que se explicaría que en razón de su respectiva cuantía individualmente considerada, se podían y se debían celebrar por contratación directa, en los términos descritos por el artículo 24 literal a del ordinal 1 de la ley 80 de 1993, considerando el rango presupuestal del municipio para esa época.



Afirma que ello, de suyo, explicaría el por qué, hubo dos convocatorias para la contratación directa para adquisición de los útiles escolares y los bolsos. Asegura que se abrieron las dos convocatorias por la sencilla razón que la ley 80 de 1993, así lo permitía, no solo en atención al objeto individual de cada uno de los casos, sino, también, a su respectiva cuantía, con lo que absolutamente ajustado a la ley resultaría tal proceder. Argumenta el defensor, que en relación con los dos contratos de suministros realizados de manera directa por la cuantía, hubo licitación u oferta pública, alegando que no se omitió la convocatoria que dicen que supuestamente se eludió y anexa el cuadro de relación a las mismas.

Hace asimismo anotaciones fácticas y jurídicas en relación con el cuadro, diciendo que las convocatorias a los oferentes, como la redacción y contenido de los pliegos de condiciones, estuvieron ceñidos en ambos contratos a lo descrito al respecto en el decreto 2170 de 2002, basta mirar la apertura de la convocatoria para ambos contratos, para observar que se respetó la ley.

Desde el punto de vista fáctico asevera, que habría de considerarse dos importantes situaciones que hasta ahora y por razones se desconocen, se han esquivado dentro y en relación con la presente actuación:

La primera, tiene que ver con la convocatoria alusiva al suministro de los útiles escolares o suministro de cuadernos, lápices. Advirtiendo, que a ésta, no solo concurrió Multiproductos Ltda., sino que también, lo hicieron Comercializadora la Alpujarra y Clisse, razón por la cual el comité de compras, realizo el estudio respectivo de las propuestas seleccionado la de Multiproductos Ltda., por cumplir requisitos de calidad y ajustarse al valor estimado y la segunda con relación a la convocatoria referente a los 10.000 bolsos, solo se presentó una sola propuesta la de Multiproductos

Ltda., razón por la cual el Comité de compras, al no haber más ofertantes, adjudicó al postor único.

De lo anterior, el defensor concluye, que no se trataba de adelantar un proceso contractual de manera oculta, soterrada o clandestina, como lo demuestra el procedimiento llevado a cabo en las convocatorias.

Argumenta que es dañino afirmar que se acudió a la contratación directa para eludir la licitación pública, cuando lo anterior, nos muestra que se trataba de dos contratos independientes y perfectamente individualizables, así tuvieran un propósito común, se trataba de dos contratos que por su cuantía y el índice de contratación del municipio, se podían y debían celebrarse de manera directa, además, se trató de dos contratos que se llevaron a cabo con estricto seguimiento de la ley 80 de 1993, y el decreto 2170 de 2002 en materia de publicidad, transparencia, y selección objetiva donde se presentaron las circunstancias ya anotadas.

Recaba la defensa sobre la atipicidad de la conducta punible con lo anteriormente expuesto, reclamando que no puede haber sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado de acuerdo con lo descrito en el artículo 232 de la ley 600 de 2000; alega que está demostrado en este caso que el comportamiento desplegado por el señor William Palacio Valencia, no es punible; pues no hay grado de certeza en relación con la materialización de la conducta; pues el artículo 9 inciso 1 de la ley 599 de 2000, señala que para que una conducta sea punible se requiere que la misma sea típica, antijurídica y culpable, lo que hace imposible que se profiera sentencia condenatoria de acuerdo a lo expuesto.



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Discute la defensa, también la ausencia de Antijuricidad Material, se da en este caso, porque de acuerdo a la misma Jurisprudencia ya anotada, el problema no radica en el fraccionamiento del contrato, como lo entendió el fallador, sino, para qué se segmentó el contrato y si esto realmente conlleva eludir una licitación pública, además, si el proceder del exalcalde fue doloso, también, establecer si se lesionó con el proceder el bien jurídico tutela la administración pública.

Por último, dice que si los falladores de instancias están significando que el ex alcalde, se equivocó al tramitar los contratos de suministros por contratación directa, cuando debió haber sido un solo contrato de suministro, donde el contratista se seleccionaría mediante licitación pública, con ello, se reconoce tácita e implícitamente que hubo un error en el comportamiento del exalcalde, lo que lo eximiría de responsabilidad de acuerdo al artículo 32 numeral 10 del C.P. al consagrarse el error de tipo, al señalar que si el mismo es invencible, exonera de responsabilidad penal, pero si es vencible, comporta punibilidad a título culposo si existe en correspondiente tipo.

Argumenta, que según sentencia 24.595 del 6 de mayo de 2009 magistrado ponente Javier Zapata Orliz, en el caso que nos ocupa falta el elemento subjetivo en el ámbito de la celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, debido a que el tipo subjetivo se reconoce desde el advenimiento de los esquemas finalistas de la dogmática se encuentra conformado por dolo y por los eventuales elementos subjetivos de carácter específico que eventualmente comporte el respectivo tipo penal. Asegura que el artículo 410 de la ley 599 de 2000, no contempla el elemento específico de carácter subjetivo que si contemplaba el 146 del C.P. de 1980, argumento que sustenta el fallo impugnado.

Fiscalía

Por su parte la señora Fiscal, en su escrito de apelación, hace relación a la tasación de la pena, solicitando que no se parta del mínimo del primer cuarto, sino que se condene al máximo de éste, es decir, setenta y dos (72) meses de prisión, atendiendo el contenido del inciso 3º del artículo 61 del Código Penal. Aunado a lo anterior, peticiona que se revoque la prisión domiciliaria concedida, pues no se cumple con los factores subjetivos para ello.

En segundo lugar, solicita la representante del ente acusador, que la inhabilidad para ejercer cargos públicos sea intemporal, teniendo en cuenta que con la conducta cometida por el señor WILLIAM PALACIO, se afectó el patrimonio del Estado.

Ministerio Público

Similar petición realiza el señor Delegado del Ministerio Público, quien también solicita que se sanciones al señor PALACIO, a la inhabilidad intemporal para el ejercicio de funciones públicas, por considerar que existe un fallo de responsabilidad fiscal donde se declaró responsable a dicho ciudadano.

CONSIDERACIONES

El Estatuto Procesal Penal que gobernó el presente asunto (Ley 600 de 2000, artículo 204), en la apelación la competencia del superior funcional se halla limitada al objeto de la impugnación y a los aspectos que resulten inescindiblemente ligados o vinculados al mismo, por eso dijo la Corte Suprema de Justicia:



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

"Doctrina y jurisprudencia (sentencia de única instancia de 25 de mayo de 2005, radicación N° 22855) coinciden en concluir que el principio de limitación que rige la intervención de los funcionarios de segunda instancia, no es absoluto, en tanto que no solo se extiende "...a los asuntos que resulten *inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación...*", sino que también le permite pronunciarse, acerca de la existencia de vicios que afectan la estructura del debido proceso o las garantías de los intervenientes en la actuación procesal, y adoptar la consecuencia procesal inmediata de una tal situación, aun cuando tales temas no formen parte de los motivos de la impugnación.

...
De suerte que cuando la regla de competencia faculta al superior funcional a extender su pronunciamiento a los aspectos "*inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación*", lo autoriza a que estudie y provea respecto de todo aquello que sea necesario para hacer prevalecer el derecho sustancial (causales de nulidad u objetivas de improseguibilidad de la actuación), o acerca de asuntos que influyan en la coherencia y lógica que ha de observar su decisión, para su acabada o completa intelección y el efectivo cumplimiento de los fines del proveimiento en sus destinatarios." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el radicado n° 36598, con ponencia del Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA el 27 de julio de 2011.)

De acuerdo a lo anterior, como la competencia del Superior se encuentra limitada a los temas objeto de impugnación, la Sala observa que tendría que ocuparse solo de los temas expresamente planteados por el apelante.

Con relación entonces al análisis probatorio, el juzgador goza de libertad legal plena para otorgarle o restarle valor a las pruebas que le sean puestas de presente, previo a la utilización del método de la sana crítica, es decir, la lógica, ciencia y experiencia.

El grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración, como lo ha señalado la jurisprudencia.

Eso indica la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, uno de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia. ↵

Por lo tanto, en cuanto a la tipicidad⁵ la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento, y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo), en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal, todos los tipos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales.

Así las cosas, debemos entrar a determinar, si los hechos mencionados por la Fiscalía en la resolución de acusación y tomados por el Juzgado para condenar, se adecúan o no, al delito de Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales, y si los mismos fueron cometidos por los señores WILIAM PALACIO VALENCIA y JAIME ARANGO GOMEZIVAN DE JESUS AGUDELO, con base en las pruebas recaudadas.

⁵ Cfr. Providencia del 25 de mayo de 2010, Rad. No. 28773.



El delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Como sabemos el ex Alcalde William Palacio y el contratista Jaime Arango Gómez, fueron condenados como presuntos coautores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, conducta definida en el artículo 410 del Código Penal en los siguientes términos:

*"El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones **tramite** contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo **celebre** o **liquevide** sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurirá en prisión de cuatro (4) a ocho años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho años (8)".*

De acuerdo con la anterior descripción, son supuestos para la configuración de la conducta, ostentar la calidad de servidor público y ser el titular de la competencia funcional para la tramitación, celebración o liquidación del contrato estatal, y en segundo lugar desarrollar la conducta prohibida concretada en la intervención en una de las mencionadas fases sin acatamiento de los requisitos legales esenciales para su validez.

Cabe recordarse cómo el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales contempla tres modalidades alternativas de conducta, a saber:

(i) **"tramitar"** el contrato sin la observancia de requisitos de la esencia para su formación, etapa contractual que comprende los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de "celebración" del compromiso contractual;

(ii) **"celebrar"** el contrato sin verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos, incluidos, claro está, aquellos que acorde con la Ley 80 de 1993 son estrictamente vinculantes para la administración constituyéndose en solemnidades insoslayables; y, finalmente,



(iii) "liquidar" el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos que ello demanda.

Ciertamente, cada una de las modalidades alternativas de conducta constituye prohibición típica autónoma, motivo por el cual resulta absolutamente necesario para garantizar el derecho de contradicción, que en la acusación se precise cuál de ellas es la que se consideró ejecutada, máxime si se tiene en cuenta que cada una descansa sobre supuestos de hecho distintos o, si se quiere, corresponde a actividades independientes de un mismo proceso contractual directamente asociadas con la forma en la cual las entidades del Estado llevan a cabo esa función.

En efecto, es sabido que la celebración de un contrato estatal y su posterior ejecución y liquidación, conlleva la realización de un sinnúmero de actos regularmente realizados a través de diversos órganos de la administración, en una relación concatenada de antecedente a consecuente que perfila uno de los procesos administrativos más complejos.

Justamente de cara a la distinción de las tres modalidades de ejecución del delito de contrato sin requisitos legales, ha determinado la Corte⁶ cómo ellas son representativas de la forma en que el legislador quiso cobijar a través suyo a todos los servidores públicos que con ocasión de sus funciones intervienen bien en la fase previa de formación del contrato, como también en las de su celebración o liquidación.

Así, por regla general la tramitación del contrato estatal se asigna a empleados de rango medio de la organización funcionalmente encargados de ejecutar las políticas trazadas por sus superiores, siendo

⁶ Cfr. Sentencia de única instancia, radicado 21547



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

ellos los encargados de señalar o fijar en primera instancia las necesidades por cubrir conforme a los planes y programas previamente autorizados, verificar su costo, determinar las condiciones básicas para su contratación a través de la elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia, comprobar la existencia de recursos para su cobertura, incluso, asumir por iniciativa propia la labor de convocatoria pública o privada, de recibo y calificación de las ofertas, y hasta presentar al ordenador del gasto concepto sobre aquélla que considera más conveniente, labor que corresponde desarrollar con especial apego a los procedimientos por cuyo medio se realizan los postulados de planeación, transparencia, selección objetiva y demás principios rectores consagrados en el estatuto general de contratación para las entidades estatales, haciéndose acreedores a la sanción penal cuando desatienden injustificada y dolosamente tales directrices.

Igual sucede con los representantes legales de las entidades estatales, quienes por regla general cumplen la función de celebrar y liquidar los contratos estatales, para lo cual se demanda de ellos una estricta labor de supervisión, inexcusable, en cuanto garantes de la legalidad de la actuación, precisamente porque son quienes pueden comprometer con su voluntad final los dineros del erario.

Por eso es entendible que se haya elevado a categoría de delito el comportamiento del servidor público que al celebrar el contrato estatal no verifica que en éste se haya dado cumplimiento a los requisitos esenciales del mismo, en tanto su rol no se limita a estampar su firma en la minuta respectiva a través de un simple acto mecánico, sino que trasciende en tanto es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos.

El problema jurídico que se presenta en este caso es, sí con la celebración de los dos contratos de suministro, suscritos por el exalcalde WILLIAM PALACIO VALENCIA y MULTIPRODUCTOS LTDA representada por JAIME ARANGO GOMEZ como contratista, incurrieron en delito de contrato sin

cumplimiento de los requisitos legales, debido a que el primero fraccionó el contrato de suministro de distintos útiles escolares como son 35.000 cuadernos Institucionales y otros por valor de \$75.330.000; y el segundo, por suministro de 10.000 bolsos Kit escolar tamaño 26x35 cms, tintas 4x1, material tela sintética para la dotación de alumnos de los grados 1,2,3,4,5 de la básica primaria por la suma de \$34.220.000, destinados a los centros educativos del municipio; para eludir la licitación pública, puesto que advirtió que superaba el tope de la menor cuantía, para favorecer al contratista, adjudicándole los contratos; comportamiento que hace que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos de la conducta punible de acuerdo a la ley 599 de 2000.

Frente al tema del fraccionamiento, en reciente Jurisprudencia emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto se dijo al respecto⁷:

"(ii) la figura del fraccionamiento de contratos

*...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"⁸ (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"⁹. 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

⁷ Corte Suprema de Justicia, Radicado 38860 del 12 de junio de 2012.

⁸ Sentencia de diciembre 2 de 2088, rad. 29285.

⁹ Sentencia del 28 de noviembre de 2007, radicación 26857. En el mismo sentido, sentencia del 23 de marzo de 2006, radicación 21.780.



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"¹⁰.

...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 prohibición"¹¹.

El concepto de género hace referencia a una clasificación de individuos o cosas en las que los mismos pueden ser ordenados según sus rasgos o características particulares que los caractericen. La especie significa clase, tipo, categoría o aspecto característico. Por tanto, una especie es un conjunto de cosas que son semejantes porque tienen uno o más atributos o características en común.

Bajo estos presupuestos, se torna importante analizar cuál fue el origen de los contratos de suministro, pues éstos, nacen de las facultades que el Concejo Municipal de Turbo, otorgó al señor alcalde WILLIAM PALACIO VALENCIA, mediante el acuerdo 001 del 10 de enero de 2004, "**por el cual se faculta al señor Alcalde William Palacio Valencia, para implementar la educación gratuita y complementaria en los estudiantes de preescolar y**

¹⁰ Concepto emitido el 18 de diciembre de 1989 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dentro de la radicación 328.

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado de fecha noviembre 26 de 2009, rad. 52001-23-31-000-2002-01023-02(0506-08).



básica primaria que se encuentren clasificados por el Sisben en los niveles 1,2 y población especial".

El acuerdo 001 del 10 de enero de 2004 dice textualmente:

"Artículo Primero.- se faculta al señor Alcalde Municipal para que con fundamento en el artículo 67 de la constitución Nacional participe en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos en nuestro municipio.

Artículo Segundo.-Igualmente queda facultado para garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores cuyas familias se encuentren clasificados por el sisben en los niveles 1,2 y población especial; las condiciones necesarias para su acceso y permanencia gratuitos, en el sistema de educación básica primaria.

Parágrafo: para los estudiantes sin sisbenizar.....

Artículo Tercero.- también se le faculta para promover gratuitamente a cada uno de los estudiantes de que trata el artículo anterior, de la respectiva ración alimentaria durante el correspondiente año lectivo y de un **kit escolar**.

Parágrafo: el kit escolar de que trata el presente acuerdo, no incluye el nivel preescolar.

Artículo cuarto.- se le faculta además, para que del respectivo presupuesto efectúe los traslados, transferencias y o asignaciones que considere necesarios para el cumplimiento del presente acuerdo, asimismo para que suscriba los contratos que con tal motivo sean requeridos".

Teniendo establecido el origen de los contratos de suministros, podemos decir, sin salirmos de la realidad, que el burgomaestre cuestionado fue facultado para promover gratuitamente la educación escolar en los niveles anotados, y a suministrar la ración alimentaria durante el correspondiente año lectivo y un kit escolar a los estudiantes del municipio de Turbo Antioquia.

Para ello, se le autorizó, para que del presupuesto municipal, efectuara los traslados, transferencias y o asignaciones que considerará necesarios para



cumplir el acuerdo, es más, se le facultó a suscribir los contratos que con tal motivo fueran requeridos.

Con esto, muestra el acuerdo 001 del 10 de enero de 2004, que el kit escolar, no estaba cuantificado, en otras palabras, no se dijo que su costo sería de \$109.550.000, siendo facultativo para el Burgomaestre asignar el presupuesto para esta donación que se haría a los estudiantes, y tampoco se dijo qué elementos o útiles escolares conformaban el kit escolar; pues el acuerdo autorizó al Alcalde, para escoger, o decidir, que útiles escolares o elementos conformaban el kit.

Así las cosas, estamos ante un objeto contractual que desde sus inicios se tornaba, por así decirlo, ambiguo en su composición, pues aunque se sabía que el Kit estaría compuesto por elementos escolares, nadie estipuló el tipo de elementos de los cuales estaría compuesto el mismo, ni la forma de presentación, ni cantidades, ni mucho menos las marcas o calidades de los objetos, dejando estas decisiones en manos de la Administración Municipal, en cabeza de su alcalde.

Con base en lo anterior, es evidente que fue el señor Alcalde quien decidió, autorizado por el Concejo Municipal, la composición del objeto contractual y sus particulares características, según las necesidades que consideró eran prioritarias para el estudiantado que se vería favorecido con el donativo. También fue su decisión establecer cuáles serían las cantidades a contratar y el presupuesto estimado para este fin.

Bajo estos presupuestos, surgen para la Sala evidentes obstáculos para considerar que en el presente asunto estamos ante un fraccionamiento contractual, teniendo en cuenta los lineamientos esbozados por nuestra Corte Suprema de Justicia, ya referenciados. Veamos:

"Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona"

Consideramos que aunque no hay controversia en que el KIT ESCOLAR hace parte de un mismo género de cosas por su destinación contractual, pues en este caso se trató de unos de elementos que serían entregados en conjunto a los estudiantes, no se puede decir lo mismo en lo referente a su composición, pues ante la libertad que se le dio al señor alcalde municipal para elaborar el listado de artículos que harían parte del KIT que sería donado a los alumnos, se tiene que la Administración tuvo la idea de entregar estos útiles escolares, cuadernos, lápices y sacapuntas, en un bolso, lo cual no fue predeterminado por el Concejo Municipal, y fue ideado a raíz de las amplias facultades otorgadas al burgomaestre.

Tal y como se desprende de los términos de convocatoria, dicho bolso debía ser en "tela sintética, tamaño 35 por 26 centímetros, tintas 4 por 1".

Estima la Sala que este bolso, ideado por el señor alcalde y su grupo de trabajo, aunque indudablemente haría parte del KIT ESTUDIANTIL, pues en su interior se entregarían los elementos de estudio, no puede predicarse como de una especie similar a los cuadernos, lápices y sacapuntas, pues por su esencia y su mismo proceso de elaboración; no presentan semejanzas, ni atributos o características en común, ni mucho menos puede situarse este bolso dentro de la categoría de "útiles escolares básicos".

En este punto es de recibo el apunte del señor Defensor, cuando destaca que los lápices y cuadernos son elementos que por su especie, útiles escolares, se encuentran exentos de IVA, situación que no ocurre con los bolsos de tela, los cuales no hacen parte de la anterior clasificación.

Con lo anterior, consideramos que de los contratos celebrados por el señor WILIAM PALACIO VALENCIA, por los cuales se le critica en este averiguatorio, no se puede pregonar la Unidad de Objeto, pues aunque los elementos hicieron parte de un todo, se trata de especies que por su



esencia y naturaleza se estiman disímiles, y por lo tanto, de conformidad con la Jurisprudencia referida, le era legalmente posible al burgomaestre contratar el suministro de estos de elementos mediante dos convocatorias separadas.

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".

Hay que tener presente, que el Alcalde estaba facultado para hacer los traslados, transferencias y o asignaciones que a su leal saber y entender considerara necesarios para el cumplimiento del acuerdo.

Tal y como se dijo anteriormente, al Ex Alcalde, no se le exigió o dijo que debía celebrar un único contrato de suministro para adquirir los kit escolares, por la suma que supuestamente superaba el tope para contratar directamente, y era el burgomaestre quien estaba facultado para escoger la cuantía, clase de contratos y los objetos a contratar; además, de seleccionar los elementos que comprendían el Kit escolar, su presentación y entrega a los estudiantes.

Consideramos que una de las circunstancias básicas que llevó al alcalde WILIAM PALACIO VALENCIA a realizar dos contratos para la elaboración de los KIT ESTUDIANTILES, fue precisamente la ambigüedad del objeto contractual, y fue su criterio como primer mandatario del municipio de Turbo, lo que lo llevó elaborar la lista de elementos que contendría la donación, haciendo esto con la finalidad de llevar a los estudiantes unos útiles escolares de la manera más cómoda, esto es, dentro de un bolso de tela sintética.

Estimamos que en este punto no podríamos inferir de parte del procesado PALACIO VALENCIA, un ánimo de soslayar las normas de contratación pública, pues fue él mismo quien fijo los presupuestos de cada uno de los contratos, y si fuera su intención evadir los requisitos legales, fácilmente pudo bajar los topes de cada uno de los contratos en forma mínima, con lo cual se le permitiría contratar también de manera directa todos los elementos requeridos para la conformación del KIT ESCOLAR.

Vemos que la Fiscalía y el fallador de instancia, dejaron de lado analizar el origen de los contratos de suministros donde se muestra que el Ex Alcalde, estaba facultado para realizar traslados presupuestales, hacer transferencias y/o asignaciones para cumplir el acuerdo relacionado con la promoción de la educación, entre éstos, de dotar a los estudiantes de un kit escolar y proveer alimentación a los estudiantes. Aquí se desconoció que el Ex Alcalde, era quien decía de qué recursos se pagarían y a qué programa y rubro presupuestal se descontaban los recursos; se desconoció que el acuerdo 001 del 10 de enero de 2004, no señaló cuantía para adquirir los kit escolares, dejando solamente al alcalde, la facultad o la discrecionalidad y manera de determinar qué útiles escolares comprendían el kit escolar y la cuantía de la adquisición. Por tanto, no podemos hablar en este caso de haber supuestamente fraccionado un contrato en cuantía de \$109,550.000, a sabiendas de que éste, no existía, pues al Ex Alcalde, no se dijo que celebrara contrato de suministro por esa cuantía, ya que aquí la administración convocó a la celebración de dos contratos de suministros, el primero por unos útiles escolares institucionales y el segundo por unos bolsos institucionales, donde en ambos hubo oferentes en las licitaciones como lo muestra la prueba documental.

Esto, no sólo devela un panorama de total inseguridad acerca de la real existencia del acto mismo de "celebración" que se recrimina al procesado, sino que además, aun admitiendo en gracia de discusión que dicha etapa contractual se hubiera cumplido, las mismas evidencias



ponen en entredicho la alegada omisión de alguno de los requisitos de su esencia, como pasa a explicarse:

Se comprobó en el proceso que los trámites precontractuales en este caso, en la Alcaldía de Turbo estuvo a cargo del Secretario de Gobierno, de un Comité de compras, la Secretaría de Hacienda, almacenista, donde se concluían los siguientes trámites previos: (i) preparación de los términos de referencia en coordinación con las dependencias correspondientes según la naturaleza del bien o servicio por contratar; (ii) apertura de la licitación, publicación de aviso invitando a contratar o invitaciones privadas, dependiendo de la cuantía del contrato por celebrar; (iii) recepción, radicación y calificación de las propuestas y (iv) proyección de la minuta contractual.

Surrido el anterior trámite el citado grupo de contratación remitía toda la documentación asociada a la convocatoria en primera instancia a la oficina jurídica para que conceptuara acerca de la legalidad del trámite surrido, y luego a la de presupuesto para que efectuara el registro presupuestal.

Realizado el anterior procedimiento, la minuta contractual junto con la carpeta pasaba al despacho del Alcalde para su revisión y firma, luego de lo cual regresaban los documentos al grupo de contratación para la iniciación de los trámites de legalización, tales como pago de impuestos y constitución de pólizas.

Debemos decir que frente al estudio previo de capacidades del contratista, se allegó el Certificado de Existencia y Representación de la empresa MUTIPRODUCTOS, en el que la Cámara de Comercio de Medellín certificó que dicha firma tenía como actividad u objeto económico, entre otros, la compra y venta de bienes y servicios para el sector de la educación, aunado a que, tal y como figura en las actas de adjudicación, dicha empresa fue la única que allegó a sus propuestas una muestra de los



artículos a contratar, con lo cual, por lo menos medianamente, el Comité de Compras, grupo responsable de la escogencia del contratista, pudo apreciar las capacidades de la firma MULTIPRODUCTOS para el suministro de los elementos solicitados.

Con lo anterior se evidencia el cumplimiento de los requisitos legales esenciales en los procesos de contratación adelantados por la Administración Municipal y que fueron objeto de acusación.

El dolo en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Frente a este tema nuevamente haremos alusión pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia¹². Veamos:

"Su determinación está vinculada con la determinación del ingrediente subjetivo del tipo, de cuya configuración se ha ocupado profusamente esta Colegiatura, en los siguientes términos¹³:

"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 pre establecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente¹⁴ 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"¹⁵.

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:

¹² Corte Suprema de Justicia. Radicado 38860 del 12 de junio de 2013

¹³ Sentencia de junio 21 de 2010, rad. 30677.

¹⁴ Auto del 20 de agosto de 2002, Radicado N° 18.029.

¹⁵ Providencia del 22 de mayo de 2006, Radicado N° 23.836, entre otras.



"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"¹⁶.

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 sí 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".

No podemos olvidar que la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero descansan los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra¹⁷, en tanto que el segundo abarca el dolo¹⁸ en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la atipicidad de la conducta. Y en este caso al Ex Alcalde, no se le estableció o probó su actuar doloso, pues es claro que actuó en uso de las facultades otorgadas por el Consejo Municipal de Turbo.

Por manera que allí donde los procedimientos llevados a cabo realizan plenamente los principios de la contratación estatal en particular y de la función pública en general, donde los pasos seguidos por la administración evidencian que la escogencia del contratista no fue fruto de una

¹⁶ Sentencia de 28 de noviembre de 2007, rad. 26857.

¹⁷ Son los referidos a la exterioridad de la conducta.

actividad interesada o acomodada, ni con ella se buscó favorecer intereses distintos de los estatales, no es posible pregonar la existencia del delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En el presente caso, tras examinar con detenimiento las distintas actividades emprendidas por la Alcaldía de Turbo, para las contrataciones para ejecutar el acuerdo 001 del 10 de enero de 2004, no encuentra la Sala cuál es la omisión penalmente relevante que Fiscalía y el fallador de primera instancia hallan probada en grado de certeza, pues para ello se estableció con precisión cuáles eran los objetos, determinando las características que debían llevar los útiles escolares y los bolsos institucionales, se estipuló cuánto costaban cada uno, se establecieron los requisitos para presentar las ofertas, se invitó públicamente a ello, se dio espacio para que la convocatoria fuera verdaderamente abierta como así lo evidencia de manera objetiva el número de participantes en el proceso contractual -tres en total-, para el primero, relacionado con los útiles escolares y para el segundo contrato un participante único, para finalmente escoger entre ellas la oferta que se consideró como más conveniente conforme a las reglas previamente establecidas.

Y es que si bien es cierto, con frecuencia se considera que a través de la contratación directa, no se realizan los principios de la contratación administrativa, como son la igualdad, moralidad, planeación, transparencia, selección objetiva y economía, ello no pasa de ser un prejuicio, pues la reglamentación de esa forma contractual tutela los mismos valores y los materializa en la práctica.

En suma, como de una parte el trámite precontractual no se ofrece por manera alguna ilegal ni trasgresor de los principios que gobiernan la contratación estatal, ni en él se omitió algún requisito de su esencia y, de otra, se tiene certeza de que ese trámite ciertamente tuvo origen en el acuerdo municipal donde el Ex Alcalde, quien estaba ampliamente facultado para cuantificar los contratos de suministros, realizar traslados presupuestales y efectuar las asignaciones, consideramos que son estas



situaciones que de por sí generan duda en la actitud dolosa del señor alcalde WILIAM PALACIO VALENCIA en un fraccionamiento contractual con el fin de evadir requisitos de ley.

La prohibición de doble incriminación (*non bis in idem*), como límite a la potestad de configuración en materia penal

La Corte Constitucional, en sentencia C-121 de 2012, se pronunció sobre este tema. Veamos:

"El principio *non bis in idem* se encuentra estipulado en el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución. En él se establece que "quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho". Este postulado se fundamenta, según lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación, en los principios de seguridad jurídica y la justicia material. Así lo destacó desde la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que: "Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, **no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión**. En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio *non bis in idem* es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material..."

En suma, el principio del *non bis in idem* es una garantía que en el orden constitucional colombiano se encuentra incorporada al debido proceso. En su formulación universal significa que las personas cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular, e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se ha considerado que su fundamento se halla en la seguridad jurídica y la afirmación de la justicia material. La

jurisprudencia colombiana ha extendido el alcance de este principio a la prohibición de que una persona sea objeto de múltiples sanciones, reproches o juicios sucesivos o paralelos, por los mismos hechos, ante una misma jurisdicción. Sin embargo, ha establecido que, en estos eventos, para afirmar la vulneración al *non bis in idem* se requiere acreditar la triple identidad de objeto, causa y persona entre dos actuaciones, por lo que si bien pueden existir sanciones concurrentes, estas no pueden presentar la señalada triple identidad. Y ha precisado que no existe identidad de causa cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico tutelado, o la jurisdicción que impone la sanción".

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁹, también se refirió al tema de la siguiente manera:

"3.2. Constituyen garantías procesales, las relacionadas con la cosa juzgada (*res iudicata pro veritate habetur*) y la prohibición de la doble valoración (*ne bis in idem*), desarrolladas como normas rectoras en los artículos 9º del Código Penal, 1º y 15 del Código de Procedimiento Penal anterior y 19 del código actual.

La cosa juzgada tiene como propósito impedir que por el mismo hecho se repita el juzgamiento, ya sea dentro del mismo proceso o en otro tramitado de manera separada. En tal virtud, si se ha resuelto de fondo un asunto, como en este caso ha ocurrido con el delito de hurto, **el juez penal queda vinculado con la decisión adoptada y por tanto está obligado a abstenerse de hacer nuevo pronunciamiento de mérito**, por razones de seguridad y de certeza jurídicas, eficacia de la jurisdicción, economía procesal y justicia material.

Conforme al artículo 187 del C.P.P. actual (artículo 197 del procedimiento anterior) la providencia que en este proceso precluyó la investigación a favor de **SAID YARURO NAVARRO** por el delito de hurto del vehículo Toyota de placas SAA - 84D, quedó ejecutoriada el 3 de junio de 1998.

La firmeza adquirida por la citada resolución le dio el carácter de cosa juzgada en cuanto a la preclusión por el delito contra el patrimonio económico, garantía que constituye una manifestación del debido proceso y que torna esa decisión en intangible, en los términos indicados anteriormente y en el de los artículos 19 del C.P.P. y 29 de la C.P., salvo la excepción establecida a través de la acción de revisión".

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Radicado 16333 del 15 de mayo de 2003



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA PENAL

Mediante decisión del 30 de octubre de 2009²⁰, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia, resolvió el recurso de apelación propuesto por la Defensa, precluyendo la investigación en favor de los señores WILIAM PALACIO VALENCIA y JAIME ARANGO GOMEZ, por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN. Así se pronunció el Este Acusador en esa oportunidad:

"No existe por ejemplo dentro del proceso un parámetro de comparación serio que nos permita dilucidar cuál sería (de existir), el sobre costo real en los cuadernos; pues el punto de partida que se tomó en la experiencia es diferente a lo que fue el producto ya terminado; como que las nuevas carátulas de los cuadernos con símbolos institucionales y diversos matices y colores, genera por supuesto mayores valores que no están consolidados en el informativo sumarial; igual puede decirse de los otros útiles escolares donde lejos de traer claridad, se siembra indubitable oscuridad. En cuanto se refiere a los bolsos o estuches que complementan el Kit escolar o mal llamados en el informativo sumarial morrales escolares; habrá que concluir que el precio que se les asigna dentro del proceso, de mil ochocientos pesos por unidad, parece ajustado a su calidad; anotando que si bien es cierto; no son ni por su textura, no por su capacidad o dimensiones los más adecuados, ni estrato seis; también lo es que si ellos han logrado resistir el paso del tiempo y el trajín y maltrato que les dan los estudiantes, es porque su calidad es buena y han servido para el objeto para el cual fueron diseñados. A la anterior reflexión habrá que sumar, los llamados costos de transporte y otros, que no han sido tenidos en cuenta en el comparativo que se hizo, para concluir sobrecostos en el subexamine..."

La primera instancia, en aras de fundamentar su decisión, realiza extensas referencias frente a los posibles sobrecostos del contrato, utilidades excesivas del contratista y cotizaciones infladas, cimentando sus argumentos en un fallo de responsabilidad Fiscal emitido por la Contraloría, temas que apuntaban en un principio a predicar la presunta responsabilidad de los procesados en un posible detrimento patrimonial del Municipio de Turbo a través de la comisión de un delito de Peculado por Apropiación, punible que fue objeto de preclusión y esta decisión ha hecho tránsito a Cosa Juzgada.

Consideramos que no podía el Juzgado realizar una nueva valoración probatoria sobre estos tópicos de la investigación, teniendo en cuenta que la actividad judicial se desarrolla a través de la expedición de providencias, autos y sentencias, y una vez que estas cobran firmeza, adquieren la presunción de acierto y legalidad y se tornan obligatorias en sus efectos.

Tal y como se vio, el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales tiene como objeto de protección el principio de legalidad en la contratación estatal, cuyo quebrantamiento por el servidor público estructura objetivamente ese tipo penal, y si fue este el único punible objeto de acusación, no podría el operador judicial, en aras de demostrar la teoría de una de las partes, entrar a escudriñar la posible comisión de otras conductas penales que ya fueron objeto de investigación y fallo, pues con ello estaríamos afectando de manera grave derechos procesales que cobijan a los coacusados, en este caso los de prohibición de doble incriminación y Cosa Juzgada, motivo por el cual la Sala se abstendrá de hacer nuevas valoraciones en relación con estos tópicos.

Como argumentos finales, tenemos que hacer referencia sobre algunos puntos que se tocaron en el fallo de primera instancia, referentes al posible acuerdo que tenían los aquí acusados antes de dar inicio a la contratación, el cual no se encuentra demostrado en grado de certeza, o la presunta relación entre la administración municipal y la empresa Digital Color, hechos que, aunque podrían tomarse como indicios de responsabilidad, tal y como lo hizo el Juzgado, se tornarían, a lo mucho, en indicios contingentes, mas no necesarios como para hacer descansar en ellos un reproche penal de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Y decimos lo anterior por cuanto aunque la empresa Digital Color pudo haber sido utilizada por el señor WILIAM PALACIO VALENCIA para el suministro de artículos en medio de su campaña a la alcaldía, y la misma



fue utilizada por MULTIPRODUCTOS LTDA para la fabricación de algunos artículos, no existe prueba en el proceso de la cual pudiéramos establecer con grado de certeza un acuerdo criminal entre los representantes de estas firmas y el Exalcalde, encaminado a la comisión de un delito con la Administración, y cualquier apreciación que hiciéramos sobre esta situación quedaría en el campo de la especulación.

Así las cosas, y como quiera que no se demostró que los contratos celebrados por la Administración Municipal de Turbo, en cabeza del señor WILLIAM PALACIO VALENCIA, que tuvieron como objeto la conformación de un kit escolar para los estudiantes del Municipio, fueran fraccionados para omitir requisitos legales, aunado a que tampoco hay certeza del dolo en el actuar de los procesados para defraudar los principios de selección transparencia y selección objetiva, se revocará la sentencia recurrida solo en relación con el señor WILLIAM PALACIO VALENCIA, y en su lugar se le absolverá del delito de Contrato sin Cumplimiento de requisitos legales, pues fue el único de los acusados que apeló la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, Antioquia, emitida el 5 de abril de 2013, mediante la cual se condenó al señor **WILLIAM PALACIO VALENCIA**, dentro del proceso seguido en contra de dicho ciudadano por el delito **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES**. Consecuencia de lo anterior, se le **ABSUELVE** del mencionado cargo. Lo anterior según se argumentó en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra esta sentencia cabe el recurso de casación.

TERCERO: En firme esta decisión, remítase la presente actuación procesal al Juzgado de origen que corresponda, previas las anotaciones de rigor, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

GUILLERMO JOSÉ MARTÍNEZ CEBALLOS
MAGISTRADO PONENTE

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
MAGISTRADO

PLINIO MENDETA PACHECHO
MAGISTRADO

MARIA EUGENIA HENAO ZEA
SECRETARIA