

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Antonio Toro Ruiz

Aprobado Acta N°. 0140

Manizales, nueve de febrero de dos mil veintiuno

Asunto

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la Defensa técnica del señor **Juan Alberto Pérez Cobus**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada -Caldas-, en la que lo condenó por la conducta punible de “*Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*”, negándole los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustituta de la intramural.

Antecedentes fácticos y actuación procesal

El señor Juan Alberto Pérez Cobus, siendo alcalde de Victoria -Caldas- en el año 2004, adelantó sin el lleno de los requisitos legales, varios procesos contractuales destinados a: *i)* satisfacer el suministro de combustibles a los vehículos de la administración municipal, por la suma de \$54.321.622, adquiridos la Estación de Servicio Santa Mónica del municipio en mención, distribuidos de la siguiente manera: para aceite destinó \$4.871.391; para gasolina \$17.840.565 y para ACPM \$31.609.666 pesos.

ii) Contrato de reparación de los mismos automotores por valor de \$106.494.487, cancelados al establecimiento “Autopartes La Dorada”,

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

distribuidos así: para llantas destinó la suma de \$23.313.557; para soldadura \$11.500.000; para mantenimiento \$1.748.340 y “para otros” - sin especificarlos-, \$81.421.080. *iii)* Celebración de los siguientes contratos para la prestación de servicios -asesorías de varios profesionales- por valor de \$44.500.000:

a) Con Carlos Julio Arias Marín -contador público- por valor de \$15.000.000, durante el período del 1° de marzo al 31 de diciembre de 2004, para que preparara y presentara toda la información requerida por los órganos de fiscalización y control y demás entidades que requirieran dichos informes. La forma de pago del contrato se estipuló en \$1.500.000 pagaderos el último día de cada mes, durante los 10 meses que duró el contrato.

b) Con Carlos Alberto Morales Martínez -contador público- tres órdenes de prestación de servicios, cada uno por valor de \$4.900.000, con fechas del 26 de mayo, 28 de agosto y 10 de noviembre de 2004, con el objeto de llevar a cabo el proceso de titulación de 70 predios del municipio, así como la cesión a título gratuito de dichos predios a favor de los poseedores de los mismos, la duración de la orden de trabajo fue por 30 días a partir de la entrega del anticipo.

c) Con Martha Cecilia Salazar -contadora pública- por la suma de \$6.400.000, para que realizara el saneamiento contable, de acuerdo a las Leyes 716/01, y 863/03 y demás normas pertinentes; la duración del contrato fue por 60 días.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

d) Con Octavio de Jesús Cuestas Bolaños -contador público- por \$8.400.000 para que realizara el inventario y valoración de los bienes muebles y enseres del municipio, cuya duración de la orden del servicio fue por un mes, sin que se hallaran análisis de necesidad y conveniencia realizado por el ente municipal para su celebración.

Contratos todos realizados durante el año 2004, suscritos y pagados sin haber adelantado licitación, lo que resultaba exigible y sin haberse justificado con la suficiencia requerida en los tres procesos contractuales, tal y como correspondía. No se adjuntaron constancias de informes de cumplimiento del objeto contratado por parte de los contratistas, tampoco se allegaron certificados del correcto desarrollo y cumplimiento de los contratos por parte de los supervisores de los mismos y menos se hallaron liquidaciones de cada uno de los contratos enunciados.

Por ello, y una vez recolectada pluralidad de prueba documental y testimonial¹, el 29 de octubre de 2008 la Fiscalía dispuso la apertura de la investigación, escuchando luego en indagatoria al sindicado Juan Alberto Pérez Cobus², a quien le resolvió la situación jurídica el 30 de abril de 2010, pero sin imponerle medida de aseguramiento alguna. El 2 de septiembre siguiente se declaró cerrada la investigación, para finalmente calificar el mérito del sumario el 24 de marzo de 2011, profiriendo resolución de acusación en contra del señor Pérez Cobus por el delito de Celebración indebida de contratos, en la modalidad de contrato sin cumplimiento de requisitos legales -artículo 410 del Código

¹ Cfr. Folios 47 y 48 del cuaderno No. 4.

² Cfr. Folios 72 al 88 del cuaderno No. 4

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

Penal-, en concurso homogéneo y sucesivo³, la que fuera confirmada en segunda instancia por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante resolución del 27 de marzo de 2013⁴.

En firme la resolución de acusación, asumió la etapa de juzgamiento el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, Despacho que el 6 de noviembre de 2013 impulsó la audiencia preparatoria; la audiencia pública de juzgamiento fue iniciada el 28 de octubre de 2014⁵ y su reinicio solo se produjo el 25 de septiembre de 2015⁶, culminando el 22 de enero de 2016⁷. Por último, la sentencia fue proferida el 24 de julio de 2019⁸.

El fallo protestado

El Juez *a quo* advirtió comprobados los señalamientos elevados por la Fiscalía e insuficientes las exculpaciones presentadas por la Defensa, concluyendo que el señor Juan Alberto Pérez Cobus de manera dolosa y sin justificación atendible, dejó de lado múltiples requisitos legales que le eran exigibles como ordenador del gasto del municipio de Victoria y que representaba el pago de una serie de sumas dinerarias por suministros de bienes y servicios, omitiendo la obligación que tenía de hacer licitación pública y en lugar de ello, haber adelantado contratación directa.

³ Cfr. Folios 92 a 110 del cuaderno No. 5.

⁴ Cfr. Folios 24 a 39 del cuaderno No. 6.

⁵ Ver folios 136 y 137 del cuaderno No. 6.

⁶ Cfr. folios 161-163 del cuaderno No. 6.

⁷ Ver páginas 173-175 del mismo cuaderno

⁸ Cfr. folios 255 al 292 del cuaderno No. 7.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

El señor Pérez Cobus de manera infructuosa sostuvo que en el caso de suministro de combustible se trataba de objetos contractuales diferentes, es decir, que el suministro, por un lado de gasolina, por otro de ACPM y por otro de aceite, cada uno tenía entidad suficiente para considerarse un objeto independiente, sin que se haya presentado fragmentación, y al tratarse de objetos contractuales independientes, adelantó para cada uno procesos diversos a través de la modalidad de contratación directa, adjudicándose los todos a la estación de servicio Santa Mónica de Victoria.

Igual argumento se plantea frente al suministro de repuestos y la reparación de los vehículos del municipio, pues se trató de un claro fraccionamiento contractual, ya que el objeto es igual en cada caso, la clave para definir el objeto contractual en la contratación administrativa, es la finalidad que se persigue con el contrato respectivo, siendo válidos, a partir del concepto de género y especie causarse ciertas confusiones, pero la Corte establece cuáles son los requisitos que se deben acreditar, para determinar el fraccionamiento de contratos, tales como: i) que haya unidad de objeto y aun así éste se fraccione; y, ii) que las circunstancias que llevaron a tomar dicha determinación no sean justificables, pues no apuntan a la satisfacción del interés público.

Resulta un despropósito plantear que para cada tipo de combustible, o que para cada repuesto se adelantaran procesos contractuales diferentes, cuando su necesidad resultaba coetánea en todos los casos, tal como lo señaló en su indagatoria el propio acusado y los refrendaron los testigos de cargo; el estado del parque automotor

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

era tan lamentable, al punto que resultaba evidente la necesidad de adquirir repuestos y garantizar su reparación, no para uno solo, sino para todos, y no de manera esporádica o distribuida en un margen temporal amplio, al contrario, todos al mismo tiempo, por lo que no se puede sostener que se debía adelantar proceso contractual independiente para cada caso.

Para el primer nivel, otro de los aspectos relevantes a la hora de definir si ha habido fragmentación, tiene que ver con la necesaria interdependencia de los elementos propios del contrato, en el que la sumatoria de todos ellos permite la satisfacción de la necesidad de la administración, siendo evidente que el haber tomado por separado cada tipo de combustible -gasolina y ACPM-, cuando se debió contratar en conjunto todos ellos, comportó una clarísima fragmentación.

Para el caso de los suministros de repuestos y mano de obra para la reparación, no tuvo sentido comprar determinados repuestos y no otros con miras a reparar el vehículo de la administración, si con ese solo repuesto resultaba insuficiente para su reparación completa, por lo que era necesario que se cotizaran todos los repuestos requeridos y el valor de la reparación -mano de obra-, para garantizar la utilización de los vehículos que estaban dañados, esa era la finalidad y no vehículo por vehículo, sino de todo el parque automotor que estaba averiado, pues se trataba de una necesidad actual y general de la administración, dado el mal estado en que se encontraban dichos rodantes, siendo evidente, que el haber segregado repuesto por repuesto, vehículo por vehículo, comportó una clara fragmentación.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales
Sala Penal

En ninguno de los dos procesos contractuales se dio explicación satisfactoria, pues no se obtuvo ningún beneficio para la administración, al contrario, ello generó un perjuicio al desatender las normas de contratación y el haber sobrepasado los límites propios del presupuesto sin efectuar las modificaciones pertinentes, se irrespetó el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al no realizarse una gestión responsable por parte del ordenador del gasto.

También se encuentran demostradas serias irregularidades con respecto a las contrataciones de asesorías profesionales, que se efectuaron bajo la modalidad de contratación directa, pues se trata de la vinculación contractual de Carlos Julio Arias Marín, por la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000); de las órdenes de prestación de servicios, cada una por la suma de 4.900.000 pesos del 26 de mayo, 28 de agosto y 10 de noviembre de 2004 que adolece de documentación frente a Carlos Alberto Morales Martínez, si bien existe certificación del titular de la cartera de planeación, no la hay de Martha Cecilia Salazar por la suma de 6.400.000 y del señor Octavio de Jesús Cuestas Bolaños por el valor de 8.400.000 pesos.

Así, para cada uno de esos contratos se debió realizar el análisis de necesidad y conveniencia, haberse presentado informes de cumplimiento que acreditaran que el objeto contractual se había cumplido de manera que se justificara el pago, el ordenador del gasto debió dejar constancia de que en efecto se había cumplido el contrato,

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

pero nada de ello fue hecho por el acusado, lo que constituye la comisión del delito de “Contrato sin cumplimiento de requisitos legales”.

Concluyó el primer nivel, que bajo dicho contexto, es evidente que la contratación administrativa durante dicho período, se manejó bajo criterios subjetivos, porque ni siquiera cuando se trató de procesos contractuales llevados a cabo bajo la modalidad de contratación directa, se respetaron los requisitos legales que garantizaran como mínimo la selección objetiva y la transparencia, a la hora de evidenciar las necesidades de la administración y de elegir los respectivos contratistas, manejo que se patentizó también a la hora de contratar con los asesores profesionales, frente a quienes nunca se justificó por qué la administración los requería y el por qué se les elegía a ellos y no a otros con capacidades, formación y experiencia análogas.

La apelación

La defensa técnica de Juan Alberto Pérez Cobus basó su sustentación, en la orientación jurisprudencial que alude a los criterios de género y especie, según los cuales, el género puede fraccionarse pero las especies no, sin embargo, la misma Corte deja entrever que esos criterios no son definitivos, pues tratándose de situaciones como la obra pública, la definición de la unidad de objeto ya no estaría dada tanto por el género o la especie, sino por la unidad natural de la obra misma, que es un criterio que acuña el Consejo de Estado y que el fallo impugnado lo toma en un sentido desacertado.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

En el rubro implicado, conformado por combustibles, lubricantes, repuestos e impuestos de vehículos de la vigencia 2004, no existía unidad de objeto y que, por múltiples circunstancias, esclarecidas en el debate probatorio, la exigida existencia de licitación pública en los diferentes ítems no era viable, ni posible, y que, por tanto, la contratación directa era el mecanismo llamado a solventar las diferentes adquisiciones del municipio, en contraposición a lo aducido en la sentencia, dado que en los casos que representaban las especies, en ningún caso se superaba el límite de la menor cuantía, que como se dice en la acusación, era de \$44.750.000 para el municipio, del mismo modo que ocurrió con los ítems de repuestos, mantenimiento y mano de obra del parque automotor.

Para el censor, los combustibles es un género, porque agrupa elementos que guardan semejanza como la gasolina y el ACPM, que corresponderían a las especies; en los lubricantes se agrupan especies que serían los diferentes tipos de lubricantes; así, los repuestos es una generalidad y cada repuesto concreto, dependiendo de la máquina y la clase, sería la especie concreta; los impuestos es genérico y cada vehículo exigía un impuesto determinado, específico, que es la especie, pero nunca decir como se dijo por la Fiscalía, que combustibles, lubricantes, repuestos e impuestos de vehículos corresponden a un solo objeto, por el hecho de pertenecer a un solo rubro, por lo que no es posible pregonar la unidad de objeto y que por tanto era viable la contratación directa, como tampoco se presentó el fenómeno del fraccionamiento como algo intencionado o dirigido a burlar los cánones legales sobre la contratación administrativa.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

Lo que la administración hizo, fue razonable -afirma la Defensa-, aplicar la contratación directa a unos ítems en donde era válido predicar la diferencia de objeto, tratándose de especies diferentes y desestimar la licitación simplemente porque el presupuesto heredado no le permitía hacerlo, al no existir la disponibilidad y ello es inexorable en el proceso.

Por ello el cargo, y puntualmente la tesis del supuesto fraccionamiento, no está de manera adecuada edificada en la acusación y ahora en la sentencia, y por contera, no se puede cimentar un fallo de condena, en la medida en que el fraccionamiento es la columna vertebral del pliego acusatorio. En todos los ítems representados en los cargos, las órdenes de suministro se presentaron a lo largo del ejercicio fiscal, de enero a diciembre, solo en la medida en que se iba presentando la necesidad del combustible, lubricantes, repuestos o mantenimiento, jamás se emitieron dichas órdenes un mismo día o en una misma época, por la razón básica que el presupuesto era insuficiente y porque el entendimiento era que se trataba de especies pertenecientes a varios géneros dentro del rubro.

Advierte la Defensa, que al haber un único proveedor en Victoria, el proceso licitatorio reclamado, debía incluir a Estaciones de otros municipios, procedimiento que habría resultado oneroso en grado sumo por las distancias y el tema de la sobre tasa, tal y como lo explicó el testigo Jaime Blanco, en el sentido de que las Estaciones de Servicio en Victoria eran las únicas alternativas disponibles para la administración, pues las más próximas estaban en La Dorada y Mariquita, lo que

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

implicaba, no solo los desplazamientos onerosos, sino que además redundaban en costos más altos debido a la sobre tasa.

En lo tocante a los contratos de prestación de servicios profesionales, existían los soportes sobre el cumplimiento de los contratos y que había elementos para sustentar la idoneidad y experiencia de los contratistas, al punto que en la sentencia se acepta que sí hubo elementos para acreditar los trabajos que sustentaban los pagos en los contratos de prestación de servicios, pero se reclama la ausencia de informes sobre el cumplimiento de esos pagos, situación que es propia de la fase de ejecución ajena a la tipicidad en cuestión y por ende no tiene trascendencia o afectación si el cumplimiento es admitido, situación que además habilita y justifica los pagos correspondientes.

En síntesis, considera el apelante, que en los contratos en los que no es posible predicar su carácter simultáneo, resultan válidos los argumentos expuestos, y que, en el aspecto de los contratos de prestación de servicios profesionales, tampoco existe certeza de las conductas punibles y de la responsabilidad asignada al acusado, por lo que la decisión primigenia debe ser revocada y en su lugar absolver al señor Juan Alberto Pérez Cobus de los cargos objeto de acusación.

Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídico

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

Se centra en establecer, si la actuación exhibe la prueba suficiente que “conduzca a la certeza -artículo 232 Ley 600 de 2000-, de la existencia de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”, por la cual fue llamado a juicio el señor Juan Alberto Pérez Cobus, esto es, “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”.

2. El delito de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales en el sub iudice

El punible por el que se acusó y condenó al procesado, se encuentra establecido en el artículo 410 del Código Penal, tipo en el que incurre el servidor público, que, en ejercicio de sus funciones, tramita un contrato sin observancia, respeto y apego a los *requisitos legales esenciales o lo celebra, o liquida, sin verificar el cumplimiento de los mismos*. En otras palabras, es aquella conducta que quebranta la normatividad contractual de la Administración Pública y por ello se sanciona a los servidores públicos que celebran contratos en interés propio o de un tercero, sin el cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

Pues bien, de entrada, sea preciso indicar, que muy por el contrario a lo ampliamente reclamado por la defensa durante la actuación procesal, es claro que la administración no goza de libre albedrío para tramitar contratos, celebrarlos o liquidarlos. En efecto, al tratarse del manejo de *negocios ajenos*, los responsables públicos han de acatar *in totto*, el principio de legalidad de la contratación estatal, en la medida que subyace el interés general.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales
Sala Penal

Principio rector esencial, según el cual, *“sólo puede hacerse aquello que la ley autoriza y en este sentido, la defensa de intereses comunitarios implica el respeto de unas reglas mínimas de seguridad jurídica que amparan también otras garantías como la libre competencia, la igualdad, la transparencia y, ante todo, la preponderancia del interés de los asociados.”*⁹

Sobre este principio, la Corte Suprema de Justicia ha referido:

“Uno de los principios que gobierna la contratación de la Administración Pública es el de legalidad que encuentra su fundamento en que Colombia es un Estado de derecho, lo que implica que en la función administrativa contractual todos los procedimientos que deban desarrollarse con ocasión del contrato, comprendida su preparación, celebración, ejecución y liquidación, deben cumplirse con pleno acatamiento a la Constitución Política y a las normas civiles, comerciales y administrativas que la rigen. Se trata, pues, de una actividad reglada, en la que la discrecionalidad es la excepción.

Sin embargo, no toda inobservancia de los requisitos legales para contratar constituye delito, independientemente de que se pueda configurar falta disciplinaria, sino sólo de los legales esenciales, esto es, de la legalidad esencial.”¹⁰

Principio cuyo respeto -itérese-, *per se*, implica salvaguardar las formas jurídicas elementales que el legislador ha trazado, precisamente para garantizar los principios de transparencia, libre concurrencia, objetividad, publicidad, imparcialidad, igualdad, entre otros, de la actividad contractual¹¹.

Este tipo penal es de los denominados compuestos -alternativos-, el mismo se consuma con la realización de cualquiera de los verbos rectores, a saber: tramitar, celebrar o liquidar un contrato estatal sin la

⁹ José Fernando Reyes Cuartas. Dos Estudios de Derecho Sancionador Estatal, Instituto de Estudios del Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación, Bogotá - 2003, Pág. 115. Citando a Juan Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal, PE, Barcelona, Ariel, Pág. 135; Cit. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Delitos de celebración indebida de contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, Pág. 114.

¹⁰ Sentencia del 19 de marzo de 2002, Aprobada por Acta No. 35, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

¹¹ Al respecto, Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Alfonso Gómez Méndez, Delitos contra la Administración Pública, 2da edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, Pág. 361.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

observancia de los requisitos legales que la normativa establece para cada una de las fases -precontractuales o contractuales-, según sea la conducta investigada.

Ahora, uno de los estadios por determinar en este punible, es la satisfacción del ingrediente normativo del tipo, relativo a la categoría de requisito legal esencial del contrato, para lo cual, como quiera que se trata de un tipo penal en blanco, en principio, el Juzgador debe acudir a la teoría general del contrato, la Ley 80/1993¹², el artículo 1501 del Código Civil, entre otros, para poder determinar cuáles son los requisitos esenciales del contrato; inclusive, si el contrato específico tuviese una normatividad especial, a ella se deberá acudir para establecer cuáles son esos requisitos esenciales.

En esa medida, emerge pertinente afirmar, que contrario a lo argumentado por la Defensa y acorde con el contenido normativo del artículo 24-1- literal a) del Decreto 2170 de 2002, el tema sobre la posibilidad de contratación directa, se encuentra esclarecido, en tanto las cuantías bien explicadas por la primera instancia de cara al presupuesto del Municipio de Victoria para el período referido -año 2004-, en efecto no podía darse, menos sin la observancia de los principios que sitúan y difunden la actividad de la administración, pues, aún en los casos de contratación directa, dichos principios son de inevitable cumplimiento, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

“De ahí que, en la contratación directa, la administración cuente con un más amplio margen de apreciación para efectuar la selección; sin embargo, tal ámbito de

¹² V. gr., Arts. 39 y 41 Ley 80/1993.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

discrecionalidad se halla en todo caso limitado por la estricta observancia y acatamiento de los principios rectores de la contratación estatal, para que no desemboque en un ejercicio arbitrario de la función administrativa. (CE Sala de lo Cont. Administrativo Secc. 3ª, sent. 29 ago. 2007, exp. 15.324; sent. 03 dic. 2007, exp. 24.715 y sent. 04 jun. 2008, exp. 17.783). **Pues, como tiene dicho esta Corte, de ninguna manera puede asumirse que la contratación directa es sinónimo de discrecionalidad absoluta o de arbitrariedad (CSJ SP 08 jul. 2015, rad. 38.464)¹³.** (Resaltos fuera del texto original).

Ahora bien. En nítido quebrantamiento a la normatividad que reglamenta la contratación pública, se tiene el fenómeno conocido como el fraccionamiento de contratos, que a voces de la jurisprudencia traída de manera oportuna por la primera instancia, está ligado a la existencia de la unidad de objeto que indirectamente se divide, y frente al que se ha dicho que, para su estructuración, es necesario que, de un lado, se pregone la unidad anotada, y de otro, la determinación de las circunstancias que llevaron a la realización de varios contratos, en discrepancia con los intereses de la administración y del bienestar general que lo deben de informar, por manera, que el ataque sugerido por la Defensa no alcanza el éxito buscado, al pretender la inexistencia de la unidad de objeto, atendiendo a la materia, las necesidades y naturaleza distinta de los suministros, vale decir, por un lado lo referente a gasolina, aceite y ACPM, y del otro, atender el tipo de motores -a gasolina o diésel-, cantidad requerida, cilindraje del destinatario, así como el estado del automotor y del motor -entre otros-, es decir, si como lo advierte el *a quo*, resultaba absoluta y necesaria la cotización de todos los repuestos requeridos, el valor de la reparación, con miras a garantizar la utilización de los vehículos que estaban averiados; si esa era la finalidad, debió cotizarse en conjunto para la restauración de todo

¹³ Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-. SP17159-2016. M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar. Aprobado Acta No. 376 del 23 de noviembre de 2016.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

el parque automotor y no por unidad, lo que constituyó una típica fragmentación del contrato.

El fraccionamiento o fragmentación de contratos, consiste en la celebración de varios contratos que, por la estrecha relación entre sus objetos, bien podrían haber hecho parte de un único acuerdo, pero que de manera usual y común es utilizada para evitar los procedimientos de selección de contratistas, como en este evento. En otras palabras, el fraccionamiento se presenta cuando se quebranta y se divide la unidad natural del objeto, con desconocimiento de que desde la óptica económica sería más eficiente para la Entidad la celebración de un solo contrato. Véase:

“Si bien se trata de un comportamiento que no se encuentra expresamente prohibido por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contradice abiertamente “la regla contenida en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, según la cual las autoridades no actuarán con desviación o abuso del poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley, y al propio tiempo les prohíbe eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en dicho estatuto”¹⁴

Bajo tales premisas, no pueden ser aceptados los argumentos defensivos con respecto a la imprevisibilidad relacionados con el suministro de combustibles y lubricantes que dice se presenta dado el tracto sucesivo y las variables que van determinando esas necesidades, cuando lo cierto, es que el ejercicio presupuestal previo, permite trazar y planificar, acorde con ese comportamiento de rubros la gestión y gasto a realizar, pues es diferente que sobre tal planificación, como lo anotó el

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle De La Hoz.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

a quo, lo que se observa es una desatención absoluta del acusado en planear correctamente el gasto público y lo que hizo fue una gestión antieconómica y desordenada; no licitó porque había poco presupuesto, pero el resultado fue todo lo contrario, al triplicar, incluso cuadruplicó la asignación presupuestaria final al haberlo hecho de manera fragmentaria.

Así mismo, en lo atinente al arreglo del parque automotor, como se ha venido sosteniendo a lo largo del proceso, no se trata de hacer una simple distinción para justificar el gasto, no; todo debe estar en forma convenida a lo que el presupuesto para el municipio refleja, desde su asignación o apropiación que es lo que marca justamente los rumbos que deben seguir quien ejerce esa función de administración, siempre ceñidos a los parámetros de ejecución y acorde con la normatividad que debe aplicarse, máxime que desde un comienzo, era conocido el estado en que se encontraban los vehículos y la necesidad de repararlos y suministrarles lo indispensable para su recuperación.

Se eludió pues el principio de planeación que se le impone a la administración como requisito esencial, acorde con los postulados del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dado que la contratación no puede ser vista como un incidente, una aventura, siendo un procedimiento reglado, no solo frente a su proyección, ejecución e interventoría, sino también de la planeación, incluso, de aceptarse que se trataba de contratos de menor cuantía de contratación directa¹⁵, el cual, según el entonces vigente párrafo del artículo 39 de

¹⁵ Ello según el entonces vigente numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80/1993.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

la Ley 80/1993¹⁶ se podía celebrar sin el lleno de formalidades plenas, también lo es que de antaño y hasta la fecha, se tiene claro que esa naturaleza del contrato no implica que la contratación estatal quede al albedrío del ordenador del gasto y el contratista, puesto que el ordenamiento jurídico que regula la actividad contractual pública no puede ser apartado, desquiciado o soslayado en ningún contrato estatal.

Sobre esta misma línea argumentativa y particularmente sobre la obligatoria observancia de los principios y normas rectoras de la contratación estatal que implica la suscripción, ejecución y/o liquidación de un contrato de menor cuantía de adjudicación directa, la H. Corte Constitucional, ha considerado:

“...no es cierto que dicha clase de contratación implique que la entidad estatal contratante pueda inobservar los principios de economía, transparencia y de selección objetiva. Por el contrario, en ella también rigen, para asegurar que en esta modalidad de contratación también se haga realidad la igualdad de oportunidades.

Se reitera que la potestad de contratación directa debe ejercerse con estricta sujeción al reglamento de contratación directa, actualmente consignado en el Decreto 855 de 1994, cuyas disposiciones, conforme al parágrafo del artículo 24 de la Ley 80, precisamente, buscan garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia y, en especial, el deber de selección objetiva establecidos en el Estatuto Contractual.

¹⁶ “Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

Parágrafo.- No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores corresponden a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente Ley expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual (...) inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 15 salarios mínimos legales mensuales.” (Hincapié ajeno al texto original).

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

Por ello, esta Corte estima que no puede darse validez a la equiparación que el demandante hace entre el régimen de contratación directa y la inexistencia tanto de controles como de deberes para las autoridades de controlar las conductas de los servidores públicos que hubieren intervenido en el proceso de vinculación contractual hasta su terminación, que es lo que, al parecer, también entiende el demandante.¹⁷

Discernimientos que, dicho sea de paso, fueron reiterados en sentencia de constitucionalidad (C-949/2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández), los cuales, encuadran en el *sub judice*, para clarificar que en tratándose de contratos de menor cuantía, los principios que regentan la contratación estatal y las normas que integran el estatuto general de contratación de la administración pública, **deberán permanecer incólumes**, so pena de incurrir en responsabilidad penal, disciplinaria y/o fiscal -según sea el caso-.

Y ello es lo que aquí ha ocurrido, pues la Fiscalía logró demostrar, con un grado de convicción más allá de cualquier duda razonable, que el señor Juan Alberto Pérez Cobus, en su condición de ordenador del gasto de Victoria¹⁸, quien para para la época de ocurrencia de los hechos, adjudicó varias órdenes de prestación de servicios, sin si quiera tener un estudio previo, en la forma en que la ley de manera expresa lo ordena.

Requisito legal esencial para contratar que, no es caprichoso, puesto que el mismo se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Ley 80/1993¹⁹, el cual desarrolla el principio de economía que como se anotó, siempre debe estar vigente en toda contratación estatal, sin que

¹⁷ Sentencia C-040/2000 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

¹⁸ Cfr. fl. 256 del cuaderno No. 7.

¹⁹ Cfr. folio 49 del fallo de primer grado -cuaderno No. 7-.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

sea suficiente señalar, como en este evento, que las órdenes de suministro se daban conforme a las necesidades se fueran presentando y acorde con el flujo de caja, demostrando con ello la improvisación y de paso violando los principios de contratación, como con acierto lo dedujo el primer nivel. Estudio o análisis que, desde luego, encuentra su reglamentación en el artículo 8 del Decreto 2170/2002 -vigente para la época de los hechos- así:

“Artículo 8. De los estudios previos. En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, **tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:**

1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. **Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.**
4. **El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.**
5. **El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.”**

Y, en términos de la Corte Suprema de Justicia:

“Sobre este último particular, de cara al art. 410 del C.P., un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de, entre otros criterios, la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). Sobre esa base, la jurisprudencia tiene dicho que los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación de la administración pública integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Ello, por cuanto tales principios constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en materia de contratación; por ende, la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión a aquéllos.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

Pues la contratación estatal, como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados fundamentales”²⁰

Ahora bien. En cuanto al tema de la “alternancia” en la prestación de servicio entre las dos únicas Estaciones del municipio propuesto por el inconforme, como explicación y justificación a lo hallado a lo largo del proceso, en manera alguna puede ser aceptado, primero, porque no cuenta con respaldo legal, y segundo, porque es inadmisibles que tras de ese planteamiento se llegue al desconocimiento e incumplimiento de criterios de igualdad y equilibrio que enmarcan y protegen la gestión frente a la que en materia de contratación estaba obligado a observar el burgomaestre, y la expresión, “características singulares del municipio”, no queda más que en eso, en una simple dicción carente de argumentación.

Con respecto a la contratación de servicios profesionales, tema éste que para la defensa no resulta aplicable al deber de selección objetiva, dígame que, con todo y de aceptarse que el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, que como bien lo indicó la primera instancia, si bien su naturaleza prescinde de las formalidades plenas establecidas para la licitación pública, los principios de transparencia y selección objetiva se mantienen, sin que se pueda desconocer que en este caso, no solo no se atendió la normatividad que da cuenta de la forma en que debió contratarse, sino que tampoco se dejó constancia escrita por parte del ordenador del gasto a lo que estaba obligado, precisamente para los efectos de transparencia, que no pueden ser dejados de lado,

²⁰ Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar. SP712-2017. Radicación. N°. 48.250. Aprobado Acta N° 17 del 25 de enero de 2017.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

ni aun en la contratación de servicios de los que se ha venido señalando. Sobre el alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, se tiene dicho:

“76.- Para precisar el alcance real y efectivo del literal h) del Numeral 4, del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, resulta fundamental entender que esta disposición pertenece al sistema la contratación de las entidades públicas estatales que conforma un marco normativo integrado básicamente, entre otras, por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, sistema éste que consolida los principios vitales de la contratación estatal que permiten la vigencia material de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho, principalmente en sus facetas de eficiencia, publicidad, planeación, selección objetiva, concurrencia y libre competencia económica.

77.- Todos estos principios se modulan armónicamente a través de las diversas reglas que se incorporan en el Título I de la Ley en cuestión y realzan la transparencia que debe reinar y hacerse efectiva en toda contratación con recursos públicos.

78.- En desarrollo precisamente de la transparencia, se determinan de manera imperativa, en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, las bases sobre las cuales se deben desplegar los diversos procedimientos de selección de contratistas que requieran las entidades estatales, determinándose, para estos efectos, la presencia de una regla general de selección atribuida a la licitación pública, acompañada de un marco procedimental de aplicación exceptivo a la misma, configurado por las modalidades de selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

*79.- Así por lo menos se entiende de una simple revisión del texto del artículo 2º No.1 de la Ley 1150 de 2007 cuando establece que “... **La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo...**”²¹. (Resaltos propios del texto).*

Dígase también, que aquí no se garantizó la libre concurrencia de los interesados a ofertar, cuando ni siquiera, como lo destacó el *a quo*, se hizo invitación para ello y lo demostrado con las pruebas oportuna y legalmente allegadas, que para el caso de combustibles y lubricantes fue un inusitado ofrecimiento y el que al final fue contratado, lo que deja mucho que pensar, pues solo por el contacto directo del alcalde se puede entender que la Estación de Servicio Santa Mónica hiciera un

²¹ Consejo de Estado- Sentencia CE SIII E 41719 DE 2013. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

ofrecimiento, que, a la postre fue el acogido por la administración, claro, ante la inexistencia de actividad en la etapa de tramitación.

Por lo demás, desacertado desde todo punto de vista refulge el criterio defensivo, al pretender darle aplicación al párrafo del artículo 11 del Decreto 2170 de 2002 y que entonces era posible la contratación directa, pues ésta no hace referencia a la prestación de servicios, y no en vano dicho articulado se corresponde al literal a) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, esto es, de los de menor cuantía y no al literal d) del mismo numeral y artículo, que sí se remite a la prestación de servicios profesionales.

3. Bien jurídico tutelado

Indíquese al respecto, que el mismo no se soslaya ante una escueta contrariedad de un proceso de contratación estatal, con la legislación que regenta este tipo de actuación pública; asimismo, el bien jurídico no propugna por la protección de la imagen del servidor público, ni de la entidad, al igual que no se ocupa de proteger la organización interna de las distintas entidades públicas.

La tutela penal de este bien jurídico se enfoca en salvaguardar el legítimo y correcto funcionamiento de la administración pública, para lo cual, los servidores públicos, al desarrollar actividades contractuales -en virtud de sus funciones-, deben actuar con lealtad y respeto hacia los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80/1993.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

Y es que el respeto de los principios de la contratación estatal, tiene su fundamento en que la función de la administración pública, tiene, por antonomasia, el efectivizar los fines del Estado, de ahí que esta Sala de Decisión tenga discernido que, el *“derecho penal se ocupará de sancionar conductas que afecten, en palabras de Bustos “el ejercicio debido o correcto de la función administrativa que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema y que consiste en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses”²².*

Consideraciones que, desde luego, encuentran fundamento en el artículo 3 *id*, en tanto que esta normativa prevé que los servidores públicos tendrán en cuenta que, al celebrar contratos, las entidades buscan la materialización de los fines del estado, es decir, la eficiente prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de la colectividad.

Ello, para significarle al inconforme que esa única opción posible en el mismo municipio que refiere frente a la contratación para el suministro de combustible, es la que enseña como en pro de los fines del Estado, la prosperidad de la comunidad, su bienestar y el desarrollo armónico del un Estado social y de derecho, no podía el entonces alcalde Pérez Cobus contratar en la forma como lo hizo, al haber violado los contenidos del la Ley 80 de 1993, el Decreto 2170 de 2002 y demás normas reglamentarias de la contratación.

²² José Fernando Reyes Cuartas. Dos Estudios de Derecho Sancionador Estatal, Instituto de Estudios del Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación, Bogotá - 2003, Pág. 115. Citando a Juan Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal, PE, Barcelona, Ariel, p. 366.

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

De suerte que la constatación de que el servidor público tramitó, celebró y/o liquidó un contrato en manifiesta contravía de los principios consagrados en los artículos 23 y s.s. de la Ley 80/1993 -transparencia, economía, responsabilidad, legalidad, entre otros-, pero también de otros postulados que rigen la función administrativa -artículo 209 de la Carta Política-, traerá como consecuencia, el correspondiente juicio de reproche jurídico penal.

Por consiguiente, comparte la Corporación la decisión del señor Juez *a quo*, en el sentido de condenar a Juan Alberto Pérez Cobus en su condición de ordenador del gasto del municipio de Victoria, por suscribir contratos sin el cumplimiento de los requisitos mínimos o esenciales, consistente en el objeto contractual, pues según se elucidó *supra*, las circunstancias de tiempo, modo y lugar del objeto contractual no fueron determinadas con la precisión que la ley, la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en demandar.

Actuar que, a juicio de esta Magistratura, más que suficiente, fuerza a concluir que el encartado, al suscribir dichos contratos, desquició de manera palmaria el principio de responsabilidad²³, que obliga a todos los servidores públicos a buscar el cabal cumplimiento de los fines de la contratación²⁴ y por ello, el compromiso penal declarado en su contra en primera instancia, impera mantenerla incólume.

²³ Consagrado como imperativo a observar en la contratación estatal. Cfr. Art. 26 Ley 80/1993.

²⁴ "Ley 80/1993 -Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones."

República de Colombia



Tribunal Superior de Manizales

Sala Penal

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales -Sala de Decisión Penal-**, **Confirma in íntegram** la sentencia condenatoria de la fecha, naturaleza y procedencia *supra* anotadas, en tanto sentenció a **Juan Alberto Pérez Cobus** como autor del concurso de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. **Informar** que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de Casación.

Notifíquese y Cúmplase.

Gloria Ligia Castaño Duque

César Augusto Castillo Taborda

Antonio Toro Ruiz

Valentina Ríos González
Secretaria