



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

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**  
**Magistrado ponente**

**SP16622-2017**

**Radicación 47523**

(Aprobado Acta No. 340)

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**VISTOS:**

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ, ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS, contra la sentencia condenatoria proferida en su contra por el Tribunal Superior de Antioquia por el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

**HECHOS:**

Como alcalde del municipio de Briceño (Ant.), ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA acordó verbalmente con

Jaime Patiño, Eugenio Posada, Gilberto Hernández y Mario Ruiz la electrificación de sus predios ubicados en las veredas El Polvillo-Palestina, El Tesoro, La Vélez, Tagual y Brazuelo-Ladera, cuya ejecución no estaba prevista en el Plan de Ordenamiento Territorial. Posteriormente, el acuerdo se plasmó en un documento que denominaron Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 001 de marzo 10 de 2004.

A efecto de proveer materiales para la construcción de las redes eléctricas, el burgomaestre celebró con la firma Comercializadora El Cóndor el contrato No. 103 del 15 de julio del mismo año por valor de \$ 15.377.213 con un plazo de ejecución de 30 días, el cual exhibe inconsistencias. Así, siendo presentadas tres propuestas por parte de las empresas El Cóndor, Dasagi y Ecoglobal, las dos primeras del 13 y 14 de julio de 2004, y la última sin fecha, resultó favorecida la primera mediante la Resolución 164 del 29 de junio del mismo año, esto es, anterior a su elaboración. Para la escogencia, además, se creó una Comisión para la Evaluación de Propuestas, de la cual hicieron parte los secretarios de gobierno del municipio, PEDRO NEL QUICENO VAHOS, y de planeación, GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ que avaló la irregular selección. Los diferentes actos que conformaron el proceso contractual fueron suscritos por el burgomaestre y su secretario de gobierno.

### **ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Con fundamento en la denuncia presentada por John Jairo Córdoba Bustamante, Contralor General de Antioquia, en razón a las irregularidades referidas en el proceso de contratación, se dio inicio a la investigación penal. A la misma fueron vinculados, mediante diligencia de indagatoria, ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA, PEDRO NEL QUICENO VAHOS y GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ.

2. Clausurado el ciclo instructivo, se calificó su mérito el 31 de marzo de 2010 con resolución de acusación en contra de ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS, como coautores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ, como cómplice de la misma conducta punible, y del primero en cita, exclusivamente, como autor de interés indebido en la celebración de contratos. En el mismo proveído se precluyó investigación en favor de PEDRO NEL QUICENO VAHOS por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

Esta decisión fue confirmada por un Fiscal Delegado ante el Tribunal de Antioquia el 23 de mayo de 2011.

3. Tramitado el juicio, la actuación correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, el cual dictó fallo absolutorio el 12 de mayo de 2014.

4. La determinación fue apelada por la Fiscalía, por lo que se pronunció el Tribunal Superior de Antioquia el 31 de agosto de 2014, revocándola parcialmente en cuanto dispuso condenar a ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS a las penas principales de 48 meses de prisión, multa por valor de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes de 2004 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 60 meses como responsables del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y a GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ a las principales de 24 meses de prisión, multa por valor de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes de 2004 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 30 meses como cómplice de la misma ilicitud. Confirmó la absolución en favor de ARENAS CHAVARRÍA por la conducta de interés indebido en la celebración de contratos.

En la decisión se negó a los dos primeros sentenciados la condena de ejecución condicional pero les otorgó el beneficio de la prisión domiciliaria mientras que, al último, le concedió el subrogado.

5. El defensor individual de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ y el conjunto de ÓMAR FERNANDO

ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS promovieron en contra de la sentencia de segunda instancia recurso extraordinario.

### **LAS DEMANDAS:**

#### **1. Presentada por el defensor de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ.**

Al amparo de la causal de violación indirecta de la ley sustancial formuló un único cargo contra el fallo recurrido *“por no apreciar normas y pruebas de vital importancia”*.

Para fundamentarlo, señaló que su defendido no era la cabeza del municipio por lo que no estaba facultado para adjudicar contratos. Simplemente se desempeñaba como secretario de planeación, subordinado a las órdenes que le daba el alcalde ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA.

Su representado, además, en relación con el proceso contractual objeto de revisión, no participó en ninguna de sus etapas, como así lo indicó en su indagatoria, donde sostuvo que si no aparecen sus firmas es porque no intervino, sin que ello se hubiera desvirtuado durante el proceso porque no existe prueba testimonial o documental que lo infirme.

La actuación de su defendido, por otra parte, se limitó a evaluar las propuestas que se le hicieron llegar por su nominador para lo cual se basó en el criterio establecido en el pliego de condiciones referente exclusivamente al precio,

cuya autoría fue del secretario de gobierno. De ahí que, *“atendiendo órdenes y cumpliendo con el manual de funciones propio de su cargo... entregó un concepto sobre lo que consideraba era la propuesta más idónea, acorde, benévola, económica y eficiente para el presupuesto del municipio”*.

Por otra parte, de conformidad con el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, el contrato se podía celebrar sin formalidades plenas, *“es decir, sin el cumplimiento cabal y riguroso de la normatividad establecida para ello”*, por ser de menor cuantía de acuerdo con el presupuesto del municipio.

No era del resorte de su defendido, adicionalmente, emitir actos administrativos para dar cumplimiento a los procedimientos establecidos en la ley, esto es, ni el acto de apertura ni el de cierre de la contratación directa. Su conducta se circunscribió, entonces, a efectuar una valoración conforme a la información que le fue suministrada, vale decir, *“revisó los documentos aportados por los oferentes y las propuestas allegadas a él”*. Con base en ello, llegó a la conclusión de que *“la que cumplía con todos esos requisitos era la de la Comercializadora El Cóndor y hacia allá apuntó su valoración atendiendo a los principios de responsabilidad, economía, celeridad y transparencia que exige el estatuto contractual”*.

En consecuencia, aflora duda probatoria respecto de la situación de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ que

debe dirimirse a su favor *“toda vez que no se realizó una investigación integral que mostrara lo favorable de este asunto, por el contrario las investigaciones sólo se enfocan a mostrar lo desfavorable”*.

Así, ha debido entrevistarse a los miembros de las comunidades que se beneficiaron con las redes eléctricas para saber si su instalación fue funcional. También debió realizarse un análisis financiero a las cuentas de su patrocinado para establecer si recibió dádivas o sobornos de interesados en el asunto. Como no hubo una investigación integral que abarcara esos aspectos, emana duda probatoria, a lo cual se suma que se hizo caso omiso a conceptos emitidos por la Contraloría General de Antioquia que desestimaron las denuncias.

La duda probatoria cobra mayor fuerza porque una petición de la última entidad en cita no fue atendida y su defendido conceptuó técnicamente, analizó precios, estudió la viabilidad estructural del proyecto, la calidad de los materiales, cantidades, precios unitarios, registro mercantil y actuó como subalterno. En ese orden, su conducta no fue dolosa, ni de mala fe.

Por demás, la obra se realizó de forma efectiva, según lo confirmaron los mismos favorecidos, como el señor Jaime Patiño Ruiz y el técnico Óscar Alirio Mora Martínez, quienes coinciden en señalar que fue de financiación mixta, pues en ella también invirtieron los beneficiados. Por otro lado, existe otra gran duda en el proceso a raíz de la solicitud

elevada por la defensa de los otros implicados para que se practicara examen mental al funcionario Osvaldo Moreno Londoño, pero nunca se practicó con el objeto de determinar su sanidad. Tampoco se aclaró lo relacionado con el presupuesto del municipio para el año 2004, de innegable importancia porque con ello se hubiese probado que el alcalde estaba facultado para realizar contratación directa.

Por lo expuesto, solicitó casar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver a su defendido.

**2. Presentada por el defensor conjunto de ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS.**

Formuló un único cargo con fundamento en la causal de nulidad, por considerar que el fallo impugnado es inconstitucional e ilegal por violar el principio de doble conformidad que le asiste a los sentenciados que por primera vez son condenados, cuyo desconocimiento condujo a la aplicación indebida del artículo 410 del C.P. y a la falta de aplicación del literal h del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el numeral 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del artículo 29 de la Constitución Política.

De acuerdo con tales disposiciones, el derecho a la impugnación es inherente al derecho de defensa de quienes

son declarados culpables de un delito en el entendido de que pueden acudir ante una autoridad judicial distinta para que revise la condena. Esa garantía también tiene como finalidad garantizar la corrección judicial de la sentencia.

Esto último en cuanto la decisión estatal de condenar a una persona sólo se configura cuando se encuentra precedida del aval de dos funcionarios judiciales distintos que hayan tenido la oportunidad de aproximarse integralmente al caso y de evaluar todos sus elementos fácticos, probatorios y normativos.

Entonces, si el fallo se enmarca en un juicio penal y la decisión judicial es condenatoria procede el derecho a la impugnación aunque la decisión se dicte en una etapa distinta a la primera instancia, facultad que no se satisface con el recurso extraordinario de casación, de acuerdo con los estándares constitucionales que lo regulan.

En primer lugar, porque el juez de casación puede inadmitir la demanda a partir de juicios discrecionales bajo la consideración de que la hipótesis fáctica que subyace al caso ya ha sido definida jurisprudencialmente. En segundo término, porque aún si la demanda reúne los presupuestos formales, puede inadmitirla si no tiene trascendencia *ius fundamental* o no implica una transgresión grave del ordenamiento en contra del recurrente.

A la imposibilidad de que por su naturaleza el recurso de casación pueda materializar a plenitud el derecho de impugnación se suma que otros dispositivos procesales, como las acciones de revisión y de tutela, tampoco lo permiten. Todos ellos, aunque son suficientes desde la perspectiva del derecho a la impugnación, no son recursos idóneos y eficaces, *“pues lo que se requiere, en definitiva, es que el operador jurídico que resuelve el recurso, pueda tener una nueva aproximación al caso y que a partir de ese nuevo acercamiento determine si se justifica o no la imposición de la condena establecida en el fallo recurrido”*.

El error es trascendente por constituir vulneración del debido proceso y del derecho a una defensa técnica eficaz. Ante la falta de regulación legislativa sobre el tema, se impone, por consiguiente, pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia para que ejerza esa potestad reglamentaria, acorde también con el fin de la casación referente a la unificación de la jurisprudencia nacional, dado que aún no se ha abordado la figura procesal de la doble conformidad.

En virtud de lo expuesto, pidió casar el fallo de segunda instancia y, como consecuencia de ello, invalidar lo actuado desde su numeral sexto de la parte resolutive—por medio del cual se estableció que contra esa decisión solo cabe el recurso de casación— disponiendo el envío del expediente al Tribunal Superior de Antioquia para que continúe la actuación respetando las formas propias del

juicio y la garantía del derecho fundamental a la doble conformidad.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

En relación con el planteamiento contenido en el **único cargo de la demanda presentada por el defensor de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ** expuso que conforme lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte, la garantía procesal de la investigación integral impone al funcionario judicial la obligación, entre otras, de ordenar y practicar las pruebas que se ofrezcan indispensables en orden a verificar las citas y las afirmaciones que en ejercicio de su derecho de defensa material realice el procesado a través de sus intervenciones, en la medida en que sean conducentes y pertinentes a los fines de la defensa y de la investigación y su práctica resulte razonable en términos de su allegamiento y posterior cotejo.

Acto seguido, el Procurador Delegado abordó el estudio de la responsabilidad del procesado destacando que el estudio de la Comisión de Evaluación de Propuestas, a la que éste pertenecía, está viciado, pues un mes después de cerrada la convocatoria se conocieron las cotizaciones. Ello implica que la comisión no tenía cómo evaluar las ofertas, en tanto fueron presentadas con posterioridad al supuesto estudio efectuado.

Y si bien se eligió la cotización con el precio más bajo, no hay duda de que TOBÓN GÓMEZ desconoció los principios de selección objetiva y transparencia, pues con su firma dio fe de que las propuestas habían sido analizadas cuando en realidad no fue así.

La defensa argumentó que las fechas de las ofertas obedecían a un error de digitación, pero ello quedó desvirtuado con el testimonio de Eliana Pino Zabala, administradora de la Comercializadora El Cóndor, quien adujo que la fecha de la cotización presentada por su empresa fue el 13 de julio de 2004.

También expuso la defensa que TOBÓN GÓMEZ se limitó a dar cumplimiento a las órdenes impartidas por el alcalde y a cumplir los parámetros establecidos en el pliego de condiciones que elaboró el mismo mandatario junto con el secretario de gobierno a efectos de adjudicar el contrato. Sin embargo, el procesado era un servidor público con poder de determinación dentro de la alcaldía, por lo que no se justifica que haya revisado los documentos bajo criterios contrarios a la normatividad que rige la contratación estatal y en perjuicio del buen funcionamiento de la Administración Pública.

Respecto del planteamiento del casacionista en el sentido de que frente a la situación de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ emerge duda probatoria que en virtud del principio de presunción de inocencia determina

su absolución, encontró que ello no es así. Por el contrario, el análisis del fallo impugnado es correcto y no se advierte que resulte violatorio de reglas de la sana crítica o producto de la distorsión o ignorancia de los medios de prueba, *“eventualidades que dejan sin piso la argumentación esgrimida por el demandante en su pretensión de absolución en favor del acusado”*. Los planteamientos del defensor, además, se reducen a meras manifestaciones despojadas de capacidad para variar el sentido de la sentencia o debilitar la fuerza demostrativa de las pruebas aducidas por el juez de segunda instancia.

Por razón de lo expuesto, solicitó de la Corte desestimar el cargo y no casar el fallo impugnado.

En cuanto a la **única censura formulada en el libelo allegado por el defensor conjunto de ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS** el representante del Ministerio Público precisó que la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014 se refirió a la situación planteada por el censor exhortando al Congreso de la República para que en el término de un año regulara integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco del proceso penal impongan una condena por primera vez y que, de incumplirse ese imperativo, se entendería que la impugnación procede, para los fallos anteriores, ante el superior jerárquico funcional de quien emitió la condena.

No obstante la importancia de la garantía, expresó su acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema que destaca la imposibilidad evidente para aplicarla en virtud de la ausencia de regulación legislativa sobre la materia tras verificarse el vencimiento del término otorgado, conforme se expuso en el auto el 18 de mayo de 2016 y luego en el auto 39156 del 18 de mismo mes y año, porque es necesario que por vía legislativa se establezcan los organismos competentes para los diferentes eventos que se pueden presentar.

A ello se aúna que el recurso de casación representa un sistema altamente depurado en materia de respeto a derechos y garantías fundamentales que ha permitido que en múltiples casos en los que la demanda no reúne los requisitos de técnica casacional, se admita exclusivamente para materializar el derecho que asiste a un procesado o se acuda a la casación oficiosa cuando se advierta que las instancias se han equivocado.

Por lo expuesto, pidió no acoger esta censura.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE:**

#### **1. Único cargo de la demanda presentada por el defensor de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ:**

En la sentencia impugnada no se incurrió en ninguno de los errores que se le atribuyen en este libelo. Así, por

una parte, no es cierto que, conforme con la causal de casación expresamente invocada, se haya incurrido en violación indirecta de la ley sustancial en la apreciación probatoria, ni, por otra, en transgresión del principio de investigación integral.

El argumento central del actor para sostener lo primero se basa en que su defendido no intervino en ninguna fase o momento dentro del trámite contractual diferente al del estudio que le competía como integrante del Comité de Evaluación de Propuestas, por lo que no se le puede deducir responsabilidad penal. Además, actuó bajo subordinación total del alcalde y en cumplimiento de un pliego de condiciones cuyos parámetros ya se habían establecido, siendo el precio de la oferta el único factor determinante. En esa revisión, el procesado se sujetó a los principios de responsabilidad, economía, celeridad y transparencia que orientan la contratación administrativa.

El planteamiento carece de idoneidad para rebatir los fundamentos de la condena contra GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ.

Inicialmente porque la imputación que obra en su contra se concreta de manera exclusiva a su intervención dentro del trámite contractual como integrante, junto con el Secretario de Gobierno del municipio PEDRO NEL QUICENO VAHOS, de la aludida Comisión para la Evaluación de Propuestas, la cual seleccionó a la empresa

Comercializadora El Cóndor como contratista para el suministro de materiales requeridos a fin de extender las redes del servicio de energía a algunos predios rurales del municipio de Briceño y no frente a ningún otro momento o fase del procedimiento. Así lo resaltó el Tribunal al señalar que, respecto de TOBÓN GÓMEZ, *“su única actuación estuvo enmarcada dentro de su función como integrante de la ‘Comisión para el estudio de Propuestas’, comisión que, como se dijo, tan sólo funcionó en el papel, con el fin de llenar un requisito formal, pues este ciudadano nunca analizó propuesta alguna y se limitó a firmar la documentación a sabiendas de que estaba actuando de manera ilegal, contribuyendo de esta manera a los ejecutores del plan criminal a soslayar el proceso de selección objetiva del contratista”*<sup>1</sup>.

Si ello es así, ninguna incidencia tiene frente a su declarada responsabilidad penal, contrariamente a lo alegado por su defensor, que no se haya demostrado su participación en alguna otra fase o etapa del trámite contractual objeto de análisis. La específica actividad que se le atribuye, calificada, en los términos reseñados de la sentencia impugnada, como una verdadera contribución a la conducta antijurídica desplegada por los otros dos procesados, bastó para considerarlo, desde la misma resolución de acusación, como cómplice del delito y no como coautor. No era necesario acreditar intervención adicional dentro del trámite contractual para sustentar su compromiso penal bajo esa forma de participación.

---

<sup>1</sup> Pág. 23 del fallo de segunda instancia.

Por otro lado, es inadmisibile el argumento del censor según el cual GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ cuando perpetró la conducta no era más que un subordinado del burgomaestre del municipio por lo que debía limitarse a cumplir sus órdenes y atenerse al único factor que para la selección del contratista se fijó en los pliegos de condiciones, esto es, al mejor precio de las ofertas.

Como bien lo indicó el Procurador Delegado en su concepto, el procesado era un servidor público con poder de determinación dentro de la alcaldía, quien aun cuando dependía del alcalde –su nominador— fungía como secretario de planeación e hizo parte de la Comisión de Evaluación de Propuestas que se creó, mediante la Resolución No. 163 del 25 de junio de 2004, suscrita por el burgomaestre OMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y el secretario de gobierno PEDRO QUICENO VAHOS del municipio de Briceño<sup>2</sup>, para seleccionar objetivamente al contratista en este caso particular. El aval de esa Comisión era fundamental para dar visos de legalidad a la escogencia del contratista.

En esa labor, resulta obvio que GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ debía sujetarse a la ley, para el caso a la de contratación pública, por encima del capricho de su superior en la administración municipal o de unos parámetros determinados en el pliego de condiciones.

---

<sup>2</sup> Fol. 27 del c. de anexos.

Los reparos del censor, por tanto, no desdibujan el fundamento de la condena sobre la base de que el estudio de la Comisión Evaluadora de Propuestas nunca se llevó a cabo y que *“tan sólo funcionó en el papel”*, pues sólo se hizo para darle apariencia de legalidad a la escogencia del contratista.

El argumento del censor, por otra parte, resulta contradictorio, pues si GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ estaba supeditado a la voluntad y determinación de su superior jerárquico —el acalde ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA—, sobre lo cual fue enfático, no tiene sentido que al mismo tiempo asegure que su defendido efectuó el estudio ceñido *“a los principios de responsabilidad, economía, celeridad y transparencia que exige el estatuto contractual”* y que *“entregó un concepto sobre lo que consideraba era la propuesta más idónea, acorde, benévola, económica y eficiente para el presupuesto del municipio”*, estudiando la viabilidad estructural del proyecto, la calidad de los materiales, cantidades, precios unitarios y registro mercantil, llegando a la conclusión de que *“la que cumplía con todos esos requisitos era la de la Comercializadora El Cóndor”*. Menos aún cuando está demostrado que ese análisis ni siquiera fue real.

Para sustentar esta última conclusión, es suficiente con confrontar las fechas de las ofertas o cotizaciones presentadas por los proponentes Comercializadora El

Cóndor<sup>3</sup> y Comercializadora Dasagi<sup>4</sup>, del 13 y 14 de julio de 2004, respectivamente, con las de apertura del proceso de contratación directa del 14 de junio de 2004<sup>5</sup>, con la del estudio realizado por la Comisión de Evaluación de Propuestas del 26 de junio siguiente<sup>6</sup> y con la de la Resolución de Adjudicación del contrato en favor de la Comercializadora El Cóndor del 29 de julio del mismo año<sup>7</sup>, pues no es posible y carece de toda lógica que las propuestas exhiban una fecha posterior a la de su evaluación.

Más aún cuando la fecha de la propuesta presentada por la empresa seleccionada, Comercializadora El Cóndor, fue ratificada por Eliana María Pino Zabala, su representante legal, durante su declaración rendida dentro del proceso<sup>8</sup>. Todo indica, entonces, que el presente trámite de adjudicación del contrato sólo cumplía en apariencia con los requisitos legales establecidos, no otros que los dispuestos para la contratación directa en el artículo 3° del Decreto 855 de 1994, vigentes para la época de los hechos, por tratarse de un contrato de menor cuantía, según el literal a) del numeral 1° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, aspecto que no ha sido objeto de debate en esta actuación.

GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ, por consiguiente, contribuyó para construir esa fachada de

---

<sup>3</sup> Fol. 37 *ibídem*.

<sup>4</sup> Fol. 41 *ibídem*.

<sup>5</sup> Fol. 24 *ibídem*.

<sup>6</sup> Fol. 30 *ibídem*.

<sup>7</sup> Fol. 33 *ibídem*.

<sup>8</sup> Fol. 30 del c.o. 1.

legalidad del proceso contractual cuando, como integrante de la tantas veces mencionada Comisión de Evaluación de Propuestas, hizo ver que existió un estudio sobre las propuestas presentadas, el cual nunca se llevó a cabo. En esa medida, debe responder como cómplice del injusto, de acuerdo con los términos de la acusación.

El casacionista también planteó que, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, en este caso se podía prescindir de las formalidades plenas, pues, en consideración al presupuesto del municipio de Briceño para la época de suscripción del contrato, no queda duda que era de menor cuantía.

Como ya se precisó, es claro que en el procedimiento contractual objeto de estudio no se cumplieron los requisitos legales previstos conforme al tipo de contrato, dado que el trámite celebrado obedeció a un disfraz tras el cual subyacía una adjudicación previamente asignada. Según el censor, atendida la modalidad contractual no era necesario el cumplimiento de formalidades, de lo cual se infiere que su desconocimiento no era trascendente para la configuración del delito atribuido.

Esta formulación del demandante parte de premisas equivocadas. En primer lugar, la modalidad del contrato, en este caso de menor cuantía y, por ende, del régimen de contratación directa —lo cual, como ya se dijo, no ha sido objeto de discusión en el proceso— no se equipara a los

denominados contratos exentos de formalidades plenas a que hace alusión el párrafo del artículo 39 de la misma obra, vigente para cuando se celebró el contrato objeto de estudio<sup>9</sup>. Para ello, basta con revisar los montos presupuestales establecidos en cada una de estas disposiciones, lo que permite colegir su disparidad, entendiéndose que los exentos de formalidades plenas proceden para cantidades inferiores a las de los topes establecidos en los de menor cuantía.

En segundo término, el hecho de que se trate de contratos cuya celebración no requiere de formalidades plenas no significa, como lo expuso el libelista, que carezcan de toda formalidad y que su adjudicación obedezca entonces a la absoluta discrecionalidad del servidor público contratante. En orden a elucidar el punto, es preciso determinar a qué refiere el aludido párrafo del artículo 39 en cita cuando alude a este tipo de contratos.

La regulación de la figura, vigente para la fecha de la contratación, obraba en el artículo 25 del Decreto Nacional 679 de 1994<sup>10</sup>, en los siguientes términos:

*“De los contratos con formalidades plenas. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de*

---

<sup>9</sup> Fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>10</sup> Fue derogada por el art. 83 del Decreto Nacional 066 de 2008.

*establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el parágrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80.*

*“De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 se prescindirá de las formalidades plenas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en dicha disposición, caso en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación de acuerdo con la ley.*

*“Las órdenes a que se refiere dicho artículo deberán precisar cuando menos el objeto del contrato y la contraprestación, así como los demás elementos necesarios para proceder el registro presupuestal del acto, cuando a ello haya lugar, y podrán contener las demás estipulaciones que las entidades estatales consideren necesarias de acuerdo con la ley. Adicionalmente el contratista deberá manifestar que no se encuentra en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley. Para efectos del pago de las obligaciones derivadas de contratos sin formalidades plenas no será necesario la expedición de una resolución de reconocimiento y pago”.*

Se desprende de la anterior regulación legal, a diferencia de lo expuesto por el defensor, que no por estar ante un contrato de los denominados sin formalidades plenas se prescinde de requisitos esenciales en su celebración, tramitación o liquidación.

En la sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del aludido parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, aportó claridad al punto, al señalar:

*“En efecto, el señalamiento de los contratos en los que no hay lugar a cumplir plenamente con las formalidades legales no debe ser interpretado como una informalidad excesiva, sino como una manera de hacer eficiente la actividad de la administración y, por ende, la prestación de los servicios públicos a su cargo, objetivo que se puede lograr ahorrando tiempo y dinero en la celebración de los contratos como sucede en las hipótesis reguladas en el precepto en cuestión, donde el legislador adoptó para estos efectos el criterio del presupuesto anual de la entidad y el valor de los contratos expresado en salarios mínimos legales mensuales.*

*“Para comprender a cabalidad el significado de la medida censurada valga esta digresión: una cosa es las formalidades del contrato y otra muy distinta su forma. Las formalidades son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y*

*pueden ser anteriores (p.ej. pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista. Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual.*

*“Ahora bien, si se repara en el contenido normativo de la norma que se acusa se observará con claridad meridiana que en ella no se obliga a prescindir de todas las formalidades. Simplemente se considera que en los eventos allí referidos bastará que las obras, trabajos, bienes y servicios materia del contrato sean ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.*

*“Así, pues, no siendo irrazonable tal determinación ni contraria a los postulados superiores, se declarará su constitucionalidad”.*

El Consejo de Estado ha dado la misma comprensión a la figura, como lo plasmó en la sentencia del 3 de octubre de 2012, rad. 23001-23-31-000-1998-08976-01 (26140):

*“El primer interrogante que surge es el concerniente al concepto de formalidades plenas, pues la Ley 80 de 1993 no contiene una noción al respecto; no obstante, el*

*artículo 25 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, señala que debe entenderse por formalidades plenas ‘la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993’; ahora, por oposición, podría pensarse en que en la contratación desprovista de formalidades plenas se prescinde de los anteriores requisitos, pero ello no es así.*

*“Normas como el artículo 24 y el propio artículo 25 del Decreto 679 de 1994 sólo excluyen el cumplimiento de algunas formalidades que, por regla general, la legislación requiere para que el contrato estatal surja al universo jurídico y pueda ejecutarse en legal forma, particularmente, las que tienen que ver con el procedimiento de escogencia del contratista, la forma que reviste el contrato estatal y la publicidad del mismo; pero, otras de las formalidades, como la disponibilidad y registro presupuestales, por ejemplo, deben ser satisfechas. (...)*

*“Así, los contratos sin formalidades plenas no revisten la exigencia ad solemnitatem prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y ello implica que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades de los intervinientes en el iter contractus, sin que se requiera*

*que el acuerdo conste en un escrito, que satisfaga los requisitos de que trata el precitado artículo 25 del Decreto 679 de 1994, contrario a lo que sucede en los contratos estatales con formalidades plenas; no obstante, se trata de verdaderos contratos estatales, a los cuales les son aplicables las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por expresa disposición del artículo 13 ibídem, las disposiciones comerciales y civiles pertinentes”.*

Ahora bien, independientemente de que en la contratación objeto de estudio era viable prescindir de algunas formalidades en atención a su cuantía, lo cierto es que el hecho de que las cotizaciones u ofertas fueran posteriores a todo el trámite de adjudicación revela que, como ya se dijo, el procedimiento en su integridad fue artificioso. Por lo mismo, es claro que no se cumplió ninguno de los requisitos previstos legalmente.

Finalmente en lo que atañe a esta censura, la Sala se ocupará del planteamiento del demandante en el sentido de que se violó el principio de investigación integral, por considerar que se dejaron de practicar algunas pruebas tales como indagar o entrevistar a los miembros de las comunidades donde se instalaron las redes eléctricas para saber si la obra fue útil, efectuar un análisis financiero a las cuentas de su defendido para establecer si recibió dádivas o sobornos de interesados en el tema, practicar un examen mental al funcionario Osvaldo Moreno Londoño y las

tendientes a despejar las dudas en relación con el monto del presupuesto del municipio para el año 2004.

El denominado principio de investigación integral, contemplado como norma rectora en el artículo 20 de la Ley 600 de 2000, bajo cuya égida se surte este proceso, referido como vulnerado por el actor, consiste en que el funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado.

Para demostrarlo debidamente, tiene sentado la Corte, no basta con relacionar las pruebas dejadas de realizar, pues también es preciso señalar su fuente, conducencia, pertinencia y utilidad, además de su incidencia favorable a los intereses del procesado frente a las conclusiones del fallo, toda vez que la omisión de diligencias inconducentes, dilatorias, inútiles o superfluas no constituye menoscabo del derecho a la defensa. Adicionalmente se torna ineludible demostrar que las pruebas echadas de menos, al ser cotejadas con el acervo probatorio, trastocan las conclusiones del fallo, así como el sentido de la sentencia, razón por la cual resultaría imprescindible invalidar la actuación a fin de allegarlas y contar con la posibilidad de proceder a su valoración.

Pues bien, la pretensión del actor es incompleta porque si bien afirma que se dejaron de practicar las pruebas reseñadas, no se detiene en ninguno de los presupuestos indicados, en tanto no desarrolla ningún

esfuerzo encaminado a corroborar su conducencia, pertinencia, utilidad y trascendencia.

Por otro lado, es manifiesto que las pruebas enunciadas por el defensor ninguna relevancia tienen en orden a mutar de alguna forma la declaración de responsabilidad del procesado como cómplice del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. En efecto, si lo que se protege con la conducta atribuida es la sujeción absoluta a los ritos establecidos legalmente en la contratación pública (principio de legalidad estricta, cfr., entre otras, providencias CSJ. SP, 10 ago. 2005, rad. 21546 y SP, 16 abr. 2015, rad. 44719), ninguna injerencia tenía entrevistar a los miembros de las comunidades donde se instalaron las redes eléctricas para saber si la obra funcionó o fue útil. Por lo mismo, tampoco la tiene establecer si el procesado recibió dádivas o sobornos de personas interesadas en la consecución de los materiales o en la extensión de la redes eléctricas a determinados predios, pues la imputación se circunscribió a haber avalado el cumplimiento de los presupuestos de ley sin que en realidad se satisficieran, para lo cual no interesa la motivación del sujeto activo del delito, pues ello es presupuesto de otro tipo penal, como lo es el de interés indebido en la celebración de contratos por el que se absolvió al único procesado respecto de quien se había imputado, esto es, al alcalde ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA.

Por último, el actor nada informó acerca de la pertinencia y trascendencia de establecer la sanidad mental de Osvaldo Moreno Londoño a través de un examen que no se practicó y, en cuanto al nulo esfuerzo orientado a determinar el monto del presupuesto del municipio de Briceño para el año 2004, se tiene que ese aspecto quedó plenamente demostrado con la indagatoria de ARENAS CHAVARRÍA, conforme lo precisó el Tribunal<sup>11</sup>:

*“No es cierto, como lo adujo la primera instancia, que exista duda sobre el tipo de contrato que hoy se cuestiona, pues, en aras de la libertad probatoria, el presupuesto y la categoría en que se hallaba el municipio de Briceño para el año 2004 se demostró con la declaración del alcalde municipal ARENAS CHAVARRÍA y no era absolutamente necesario, como lo pidió el fallador, la existencia en la foliatura de una ‘certificación’, pues quién mejor que la primera autoridad del municipio para acreditar esta situación”.*

Ahora, si el fin de esta última prueba que echa de menos era determinar que la modalidad contractual por la que debía regirse el trámite objeto de estudio era la de contratación directa, como así lo pregonó, el esfuerzo resulta vano, porque ese ha sido un aspecto, conforme se ha dicho reiteradamente, aceptado sin ambages en el proceso.

En razón de lo expuesto, se desestimaré el cargo.

---

<sup>11</sup> Pág. 13 *ídem*.

**2. Único cargo de la demanda presentada por el defensor conjunto de ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS:**

Señaló el defensor que la actuación está afectada de nulidad en tanto el fallo impugnado es violatorio del principio de doble conformidad que le asiste a los sentenciados que por primera vez son condenados, según los términos de la sentencia C-792 de 29 de octubre de 2014.

Sobre el particular, lo primero que se constata es que efectivamente la primera condena emitida en contra de los procesados ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS, así como de GILDARDO DE JESÚS TOBÓN GÓMEZ, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se materializó con el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Antioquia el 31 de agosto de 2015, pues el Juzgado Penal del Circuito de Yarumal los había absuelto de esa conducta el 12 de mayo de 2014.

No obstante lo anterior, la Sala, de acuerdo con lo expuesto por el Procurador Delegado, no avalará el planteamiento del casacionista dado que en la legislación procesal penal vigente no se encuentra regulada la forma de impugnación a la que hizo alusión la Corte Constitucional en la aludida sentencia C-792 de 2014; así mismo, por no hacer parte del ámbito de las competencias de esta Corporación lo

atinente a definir las reglas que permitan su implementación, atendiendo las siguientes razones:

1. Si bien es cierto en la sentencia C-792 de 2014 se declaró la inexecutable de varios artículos de la Ley 906 de 2004, por cuanto omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, también lo es que allí se exhortó al Legislador para que en el plazo de un año, contado a partir de la notificación del fallo, el cual se cumplió entre el 22 y el 24 de abril del 2015, regulara el derecho a impugnar las sentencias penales condenatorias dictadas por primera vez en cualquier estadio procesal, y precisó que de incumplir este deber, se entendería que la impugnación procedía ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

2. Posteriormente, en sentencia de tutela SU-215 de 2016, se puntualizaron los efectos y alcances de la sentencia C-792 de 2014, al precisarse que las órdenes allí impartidas: i) operaban respecto de las sentencias dictadas a partir del 25 de abril de 2016 o que para ese momento estuviesen en proceso de ejecutoria, ii) que aunque con ella sólo se ofrecía una solución al problema de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, debía entenderse que su exhorto llevaba incorporado el llamado al legislador para que regulara en general la impugnación de los fallos condenatorios emitidos por primera vez en cualquier estadio del proceso penal; y iii) que la Corte Suprema de Justicia, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atendiendo las circunstancias de cada caso,

debía definir la forma de garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria impuesta por primera vez por la Sala de Casación Penal.

3. En sesión de fecha 28 de abril de 2016, la Sala Plena de esta Corporación sostuvo que la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la sentencia C-792 de 2014, de implementar, a partir del vencimiento del término de un año, la impugnación de todas las sentencias condenatorias emitidas por primera vez, resultaba irrealizable, toda vez que ninguna autoridad judicial está facultada para introducir reformas o definir reglas que permitieran poner en práctica este derecho, siendo ello potestad exclusiva del Congreso de la República.

4. Así se ha pronunciado la Sala de Casación Penal en providencias recientes, entre ellas, CSJ AP, may. 25 de 2016, rad. 37858, CSJ AP, may. 18 de 2016, rad. 39156; CSJ AP may. 25 de 2016, rad. 37858 y CSJ AP jul 27 de 2016, rad. 48406, en el entendido de que una orden de la naturaleza que contiene las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016 requiere de reforma constitucional y legal que sólo puede adelantar el Congreso de la República, pues para garantizar el derecho a la impugnación en los términos definidos por la Corte Constitucional en las providencias arriba citadas se hace necesario redefinir funciones, crear nuevos órganos judiciales y redistribuir competencias, entre otros aspectos.

La imposibilidad de que por vía jurisprudencial se llene el vacío normativo advertido por la Corte Constitucional en los referidos fallos, se explica, tal como se consideró en el auto AP 37858-2016, reiterado en el auto CSJ AP 27 de jul. de 2017, rad. 48406, en que: *“Se trata de un asunto atinente a los principios de legalidad, reserva y de división de poderes, esenciales a una democracia, pues la competencia emerge como condición básica para que una persona pueda ser juzgada conforme al debido proceso (art. 29 C.P.), y le corresponde al legislador fijarla, ya que es propio de sus facultades expedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones (art. 150-1 y 2 Ib.), labores que, claro está, no puede asumir la judicatura dada la separación de poderes sobre la cual se edifica la estructura del Estado (art. 113), y porque la legitimidad de su función radica en el sometimiento de sus actuaciones al imperio de la Constitución y la ley (art. 230)”*.

Aunado a estos argumentos, la Sala encuentra materialmente correctos los fundamentos de la sentencia impugnada para derivar responsabilidad penal en contra de ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA y PEDRO NEL QUICENO VAHOS por el delito atribuido de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así, frente a la categoría de la tipicidad objetiva, en cuanto que efectivamente, como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta decisión, hubo irregularidades en el trámite del contrato de menor cuantía celebrado por la administración del municipio de Briceño con la firma

Comercializadora El Cóndor con el objeto de suministrar materiales para la electrificación de algunos predios rurales, tanto así que para la fecha en que se recibieron las cotizaciones de los proponentes el contrato ya se había adjudicado a la mencionada empresa y la comisión creada para la evaluación de las propuestas nunca efectuó un estudio real, como así se desprende de la prueba documental y testimonial recaudada en el proceso, valga decir, todos los documentos concernientes al proceso contractual, incluyendo, desde luego, las cotizaciones presentadas por los proponentes Comercializadora El Cóndor<sup>12</sup> y Comercializadora Dasagi<sup>13</sup> y el testimonio de Mariana Pino Zabala<sup>14</sup>, representante legal de la primera firma, quien ratifica la fecha de la cotización. Es decir, la adjudicación del contrato a la firma favorecida procedió en menoscabo de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, selección objetiva y transparencia que rigen la contratación pública.

Lo mismo se debe colegir en el ámbito de la tipicidad subjetiva en relación con el procesado ÓMAR FERNANDO ARENAS CHAVARRÍA, quien en su condición de representante legal del municipio, de forma consciente y voluntaria, celebró el contrato irregular sin que sea de recibo su excusa en el sentido de que delegó el trámite en sus subalternos, cuando no se verifica en la actuación, ni

---

<sup>12</sup> Fol. 37 del c. de anexos 1.

<sup>13</sup> Fol. 41 *ibidem*.

<sup>14</sup> A partir del fol. 30 del c.o. 1.

tampoco lo acredita el recurrente, el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la Ley 489 de 1998 *“por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”*.

Así, al establecer en su artículo 9 que las autoridades administrativas pueden, *“a través de acto de delegación”*, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias<sup>15</sup> y, en el 10, que ese acto debe ser *“escrito”*.

Idéntica conclusión emerge frente a la responsabilidad de PEDRO NEL QUICENO VAHOS, secretario de gobierno de la localidad para ese entonces, en cuanto está demostrado que con dolo intervino en todas las fases de la contratación. Para ello se debe tener en cuenta que es una persona con amplia trayectoria en el sector público, al haber desempeñado el mismo cargo en diversos municipios. En esas condiciones, sabía de las anomalías de la tramitación, pese a lo cual refrendó su tramitación.

Consecuentemente, esta censura también se desestimaré.

---

<sup>15</sup> Al analizar la exequibilidad de este artículo, la Corte Constitucional en la sentencia C-561/99 destacó como elementos constitutivos de la delegación: i) que se dé por parte del titular de las mismas a otro órgano o autoridad; ii) exista la previa de autorización legal; y iii) el órgano que confiere la delegación pueda en cualquier momento reasumir la competencia.

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

**RESUELVE:**

**NO CASAR** la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria