



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP3478-2021

Radicación N° 53219

Acta No 200

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

1. A S U N T O

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 10 de mayo de 2018 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirmó la decisión de condenar al acusado como autor de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

2. A N T E C E D E N T E S

2.1 Fácticos

El 28 de diciembre de 2007, el entonces alcalde del Municipio de Tenjo – Cundinamarca SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS, sin estudios previos de conveniencia y oportunidad, celebró un contrato de compraventa con los señores Mario Arnulfo Bernal Galvis y Julián Francisco Romero Galvis, mediante el cual la entidad territorial adquirió el dominio de un predio rural, segregado de uno de mayor extensión denominado «La Petaca», ubicado en la vereda El Estanco de su jurisdicción, por un valor de \$68.526.575 (escritura pública nro. 542 de la Notaría Única)

En esa época, Jesús Alberto Cortés Forero desempeñaba el cargo de secretario de hacienda municipal.

2.2 Procesales

Por los hechos descritos -y otros que no fueron objeto de condena-, el 8 de noviembre de 2011, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tenjo - Cundinamarca, con función de control de garantías, se formuló imputación a SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS y Jesús Alberto Cortés Forero como coautores de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado culposo* (arts. 410 y 400 C.P.).

Presentado el escrito de acusación, el Juzgado 2 Penal del Circuito de Funza - Cundinamarca, con función de

conocimiento, realizó la audiencia de formulación de acusación el 4 de mayo de 2012.

La audiencia preparatoria se realizó en 2 sesiones: el 4 de julio y el 3 de septiembre de 2012.

Una vez confirmado el auto de pruebas el 3 de octubre de 2012 ante la apelación formulada por el defensor de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS; el juicio oral se llevó a cabo en las siguientes fechas: 13 de septiembre de 2013, 31 de enero y 14 de mayo de 2014, 27 de enero y 20 de septiembre de 2016, y 9 de febrero de 2017.

En la sesión del 27 de enero de 2016, se decretó la prescripción de la acción penal por el delito de *peculado culposo*, sin que esta decisión fuera impugnada.

El 10 de marzo de 2017, el Juzgado anunció que la decisión sería condenatoria para ambos procesados y el 19 de octubre siguiente, previo decreto de la nulidad de ese acto para absolver a Jesús Alberto Cortés Forero, dictó la respectiva sentencia mixta.

En ese contexto, impuso a SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS las siguientes penas: prisión por 64 meses

(domiciliaria por ser mayor de 65 años), multa por valor de 66.66 vigentes en el 2017 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses.

Con motivo del recurso de apelación que interpuso el defensor, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, en fallo proferido el 10 de mayo de 2018 y leído el día 23 siguiente, confirmó la decisión condenatoria en su integridad.

Contra la sentencia de segunda instancia, la misma parte inconforme interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

Con auto del 3 de febrero de 2021, la Corte admitió la demanda de casación y dispuso aplicar el trámite excepcional de sustentación adoptado por del Acuerdo 020/2020 -escrito por medios electrónicos-.

3. EL RECURSO

3.1 Sustentación

3.1.1 Demanda de casación

Se acusa la sentencia de violación directa del artículo 410 del C.P., por interpretación errónea del ingrediente típico «requisitos legales esenciales».

El análisis de conveniencia y oportunidad es esencial en muchos contratos, pero en el caso juzgado no lo era porque esos aspectos fueron objeto de un *«extenso y complejo estudio realizado por la CAR-Cundinamarca, elevada esta conveniencia a “norma jurídica con fuerza legal” como fue el Acuerdo 42 de 1999 de la CAR. Y cuando, adicionalmente, existía ... el Acuerdo 014 del 26 de julio de 2000 del Concejo Municipal de Tenjo, que había promulgado el POT ... y que había establecido ... la conveniencia y oportunidad de adquisición de esos predios, entre ellos La Petaca»*.

El artículo 8 del referido Acuerdo 014 prevé que una estrategia para garantizar la preservación o restauración de las áreas del sistema de protección es la adquisición de estas, siendo el resultado de *«múltiples investigaciones, estudios, análisis, comités, reuniones, programas de asistencia técnica; ...»*. En cumplimiento de esas disposiciones, el Concejo dispuso la compra de varios predios a través de los acuerdos 22/2005, 09/2006, 005/2007 y 012/2007, uno de los cuales fue «La Petaca» que hacía parte del Distrito de Manejo Integrado Cerro de Juaica y tenía disponibilidad presupuestal en la vigencia 2007.

En la sentencia de primera instancia se citó la decisión «SP17159-2016», pero no se tuvo en cuenta que esta «es aplicable cuando se requiere seleccionar al contratista» porque «para prestación de servicios generalmente existe pluralidad de potenciales contratistas». Y, en la de segunda instancia se invoca el artículo 25.12 de la Ley 80/1993, modificado por la Ley 1474/2011, siendo que en el caso, repite, no había necesidad de «selección» y, por ende, no eran exigibles «estudios, diseños y proyectos».

Los estudios que realizó la CAR como fundamento de la declaratoria del Distrito de Manejo Integrado Cerro de Juaica justificaron la necesidad de adquirir los predios allí alinderados, uno de los cuales es «La Petaca»; por tanto, quien se desempeñara como alcalde municipal debía acatar ese mandato. Por su parte, Mario Arnulfo Bernal Galvis y Julián Francisco Romero afirmaron que dicho inmueble sólo servía para reforestación, y el perito evaluador Manuel Horacio Pinilla Reyes realizó un «análisis completo, detallado y exhaustivo» destacando las características técnicas de dicho bien. Por último, el Acuerdo 014/2000 reconoció la existencia de todos esos conceptos previos.

Así, «el estudio de conveniencia, oportunidad y necesidad fue realizado en varias oportunidades por diversas personas especializadas, de manera coherente y sistemática, con abundantes y suficientes soportes técnicos, que demostraron por qué el predio La Petaca se debía comprar, para que se

protegiera y conservara como bosque nativo». Sin embargo, la sentencia impugnada concluyó que no se cumplió el requisito previo esencial cuando, en el caso, era innecesario por redundante; es más, resultaba «absurdo que cada vez que se fuera a adquirir cada uno de los 51 predios hubiera que hacer ese estudio».

La falta de antijuridicidad material es evidente porque se preservaron los principios de la contratación: (i) el de transparencia, mediante la publicidad de los actos administrativos antes mencionados, en especial los Acuerdos 005 y 012 de 2007 que «*autorizan esta compra y proveen los presupuestos y la destinación*»; (ii) el de economía, en la medida en que no se repitieron estudios ya realizados; (iii) el de selección objetiva, al tratarse de una hipótesis legal de contratación directa con único oferente; y, (iv) el de responsabilidad, al no haberse atribuido incumplimientos del artículo 26 de la Ley 80/93.

Según el Tribunal, los estudios preexistentes no suplían los requeridos para la contratación frente a los «factores de riesgo», el «análisis económico», las «condiciones del contrato a celebrar», el «análisis técnico» y la «necesidad de hacer la compra en ese momento preciso». Pero, los primeros fueron descartados por la CAR, la compra se hizo por el avalúo pericial y conforme a los acuerdos 005 y 012 de 2017, se cumplieron los requisitos legales de una compraventa, los exámenes técnicos precedieron la conformación del Distrito de

Manejo Integrado, y el Concejo autorizó al alcalde contando este con la respectiva partida presupuestal.

En síntesis, el Tribunal entendió que la realización del estudio de oportunidad y conveniencia constituye un *«requisito legal esencial absoluto para todos los contratos, en todos los momentos y en todas las circunstancias»*. Esta tesis le impidió comprender que en este caso *«ese estudio era innecesario ..., ... exigirlo ... sería contrario a los principios de la contratación ... en su dimensión racional, lógica y jurídica»*. Por ello, solicita casar la sentencia de segunda instancia, ya sea por ausencia de tipicidad o de antijuridicidad.

3.1.2 Traslado adicional

En esta oportunidad, la defensora reiteró los cargos y sus fundamentos.

3.2 Alegatos de no recurrentes

3.2.1 El Fiscal 11 delegado ante la Corte

Solicitó no casar la sentencia de segunda instancia, con base en las siguientes premisas.

Los estudios previos constituyen un requisito sustancial en los procesos contractuales (sentencia 37462 de jul. 16/2014 y art 25 L. 80/1993) y los casos en que no son obligatorios son definidos clara e inequívocamente por la ley, como es el de urgencia manifiesta (art. 2.2.1.2.1.4.2 D. 1082/2015). Siguiendo la regla general, el artículo 8 del Decreto 2170/2002 establece la exigencia del análisis de oportunidad y conveniencia en la contratación directa cuando obedece a inexistencia de pluralidad de oferentes.

En el caso juzgado, si bien el acusado estaba autorizado para adquirir el predio «La Petaca» (Acuerdo 005/2007), tenía la obligación de elaborar estudios previos *«en tanto la simple declaratoria de Distrito de Manejo Integrado no equivale a la necesidad de que el Municipio lo comprara, pues esa declaratoria solo le imponía vigilancia sobre las restricciones que ella aparejaba, más no su inevitable compra; ...»*; a más de que era indispensable de que se definiera *«el objeto, el presupuesto y los demás requisitos»*.

De otra parte, el testimonio de William Alfonso Muñoz Bernal, quien manifestó que, en la condición de jefe de la oficina de planeación municipal, elaboró los estudios previos; fue desmentido por las pruebas que, como la certificación expedida por el secretario de desarrollo institucional y las declaraciones de Jesús Alberto Cortés -secretario de hacienda-

e Ingrid Tatiana Rodríguez -investigadora del CTI-, descartaron la existencia del aludido documento.

El Acuerdo 042/199 de la CAR, como lo indicó el Tribunal, no consagra las partes de un estudio de conveniencia y oportunidad y, en todo caso, no fue elaborado por la entidad que adelantó el proceso contractual, que es lo debido por virtud de los principios de economía y planeación. Tampoco el Acuerdo 014/2000 del Concejo Municipal cumple con esas características, pues su objeto consistía en delimitar un área de manejo especial previo análisis de «georreferenciación, ecológico, económico y social», sin que este pueda asimilarse a la justificación técnica, jurídica y económica de la compra de un predio.

Así las cosas, la denuncia de interpretación errónea no es más que la mera oposición *«a la argumentación y valoración realizada de manera adecuada por la segunda instancia, ...»*.

3.2.2 La Procuradora 3 delegada ante la Corte

Empezó por ilustrar las características típicas del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* y por recordar los fundamentos de la sentencia de segunda instancia, para luego advertir que el Acuerdo de la CAR de 1999 no podía suplir una actividad que correspondía,

exclusivamente, a la Alcaldía de Tenjo porque implicaba el compromiso de recursos municipales.

Recuerda las pautas establecidas en la sentencia 46037 sobre el ingrediente normativo «*requisitos legales esenciales*», las «*recomendaciones para la elaboración de estudios previos*» de la Procuraduría General de la Nación, la regulación de esta exigencia en la Ley 80/1993 (arts. 25.7 y 12) Decreto 2179/2002 (art. 8), Decreto 2474/2008 (art. 8), Ley 1150/2007 (art. 8), y las directrices definidas en la sentencia 7664-06 del 31 de agosto de 2006 proferida por el Consejo de Estado.

Entonces, probado que se adelantó un proceso contractual sin que se realizara el estudio de conveniencia y oportunidad, en contravía de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva; el cargo por interpretación errónea es infundado y, en consecuencia, debe desestimarse.

4. CONSIDERACIONES

4.1 Competencia

Según lo dispuesto en los artículos 32.1 y 185 del C.P.P., corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer el recurso

extraordinario de casación promovido por la defensora de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS, contra la sentencia de segunda instancia que confirmó la decisión de declararlo responsable como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

4.2 Delimitación del problema jurídico

Según el debate planteado, se determinará si la sentencia condenatoria impugnada, como alega el cargo formulado, interpretó erróneamente el ingrediente normativo «requisitos legales esenciales» incluido en el artículo 410 del C.P.; o, si fue que lo aplicó de manera indebida, pues a este propósito se dirige la mayor parte de los esfuerzos argumentativos de la demandante.

4.3 Tipo de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*

El artículo 410 sustantivo proscribe la conducta de «*el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, ...*»

Las pautas de interpretación establecidas en la jurisprudencia respecto de ese comportamiento típico

denominado *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* (entre otras, SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037; SP712-2017, ene. 25, rad. 48250; y, SP16891-2017, oct. 11, rad. 44609; SP2552-2020, jul. 22, rad. 56609), pueden sintetizarse así:

4.3.1. Es un tipo en blanco; por tanto, la definición o actualización de sus ingredientes normativos remite a otras normas del ordenamiento jurídico; en especial, al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y a otras reglas legales especiales de los contratos estatales, las que, por ende, completan la descripción típica.

4.3.2 Sanciona el incumplimiento de los requisitos legales esenciales de un contrato estatal en las fases de tramitación, celebración y liquidación; por tanto, las irregularidades consumadas en la etapa de ejecución son atípicas.

4.3.3 Las dos formas de comportamientos prohibidos son: (i) *tramitar* el contrato **sin observar** los requisitos legales esenciales, y (ii) *celebrarlo* o *liquidarlo* **sin verificar** el cumplimiento de estos.

4.3.4 El ingrediente normativo «contrato estatal» incluye los que son regulados tanto por el Estatuto General de la

Contratación Administrativa (Ley 80/1993), como por reglas especiales contempladas en otros instrumentos normativos.

4.3.5 El requisito legal del contrato cuya violación es típica debe tener carácter «esencial»; por tanto, *«no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la contratación estatal realiza el tipo»*.

A efectos de facilitar la identificación de los requisitos sustanciales de un contrato, deben atenderse los criterios derivados de la teoría general del negocio jurídico (SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037), según los cuales se tienen por tales: (i) *«aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente»* (art. 1501 C.C.); (ii) los que de ser incumplidos conllevan la nulidad absoluta del contrato estatal (art. 44 L. 80/1993); y, (iii) en especial, las formas legales que materializan uno o varios principios de la contratación pública (arts. 23-26 y 29, ibidem).

Sobre la incorporación de los principios rectores de esas actuaciones administrativas al tipo de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, se explicó desde la sentencia SP, 6 may. 2009, rad. 25495 (reiterada en SP8292-2016, jun. 22, rad. 42930):

Los principios rectores irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén contenidos; y si son constitucionales, abarcan toda la legislación nacional. Por ello, sí es factible para efectos de tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, *desentrañar* cuáles son esos requisitos legales esenciales *con apoyo* en los principios de la administración pública consagrados en el artículo 209 de la Carta y en los principios de la Ley 80 de 1993.

[...] Los principios rectores son el alma de los bienes jurídicos que involucran y por ende son parte del tipo; su consideración como tales garantiza y delimita el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, la selección objetiva es un bien jurídico en sí mismo, y es un requisito esencial de los contratos de la administración pública, pues propende por la participación democrática en condiciones de lealtad e igualdad, por la moralidad y la transparencia de la función pública.

4.3.6 No obstante lo anterior, la imputación del delito *«no puede efectuarse a través de una genérica y abierta enunciación de principios de la contratación infringidos, sino que, con referencia a estos, ha de identificarse el concreto precepto normativo y el mandato de conducta quebrantado por el servidor al tramitar, celebrar o liquidar el contrato ...»* (SP1038-2020, jun. 3, rad. 52768, que reiteró la SP3963-2017, mar. 22, rad. 40216).

4.4 Carácter esencial de los estudios de conveniencia y oportunidad en los contratos estatales

Una manifestación directa de los principios de economía y planeación que rigen la contratación pública es el deber de la entidad estatal de analizar *«la conveniencia o la inconveniencia del objeto a contratar ... con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso»* (art. 25, num. 7 L. 80/1993, conc. num. 12).

El artículo 8 del Decreto 2170/2002 (sep. 30), -que reglamentaba los numerales 7 y 12 del artículo 25 precitado hasta que fue derogado por el 83 del Decreto 66/2008 (ene. 16)- disponía que *«los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate»* debían contener la siguiente información mínima:

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.

En desarrollo del principio de transparencia, el artículo 8 de la Ley 1150/2007 (jul. 16) estableció la obligación de publicar los «*proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes*» así como «*los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración*», con el propósito de garantizar que el público en general pueda conocerlos y formular las observaciones que estime pertinentes.

Entonces, por la importancia superlativa de los estudios previos en la concreción de los principios de economía, planeación, transparencia y selección objetiva; esta Corte tiene sentado, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que esa formalidad legal precontractual ostenta carácter esencial, inclusive en la modalidad de contratación directa; por lo que, su inobservancia tiene la potencialidad de actualizar el supuesto típico de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Así lo explicó en la sentencia SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037 (reiterada en la SP513-2018, feb. 28, rad. 50530 y SP4546-2019, oct. 23, rad. 54848):

... la realización de un análisis de conveniencia y oportunidad, así como su documentación previa a la celebración del contrato constituyen requisitos de orden esencial a la *tramitación* del mismo, por ser aplicables al proceso de selección del contratista. Representan un desarrollo preponderante del principio de

economía y su corolario de planeación (art. 25 num. 7º y 12 de la Ley 80 de 1993), que en todo caso deben articularse con los principios de transparencia (art. 24 *ídem*), responsabilidad (art. 26 *ídem*) y selección objetiva (art. 29 *ídem*), a fin de que la facultad conferida por disposición legal a la administración para celebrar contratos no se torne en arbitrariedad y vicie la legitimidad del proceso contractual, por desconocer las finalidades de la función administrativa.

De suerte que si un contrato estatal, incluido el de prestación de servicios por vía directa, se celebra *sin estar precedido* del respectivo análisis o estudio de conveniencia y oportunidad, se incumple un requisito esencial a su tramitación. Y esto realiza objetivamente el tipo penal previsto en el art. 410 del CP.

En el mismo sentido la sentencia SP513-2018, feb. 28, rad. 50530, explicó que *«por involucrar recursos públicos, la actividad contractual de ninguna manera puede ser improvisada o librada al arbitrio del servidor público, sino que, entre otros aspectos, ha de contar con estudios o análisis de conveniencia y oportunidad debidamente documentados, que justifiquen la necesidad del contrato y sus posibilidades de realización»*.

4.5 Fundamentos de la condena

4.5.1 El motivo de la condena es la omisión de los estudios de conveniencia y oportunidad porque: (i) la inexistencia de registro presupuestal es atípica por constituir un requisito de ejecución del contrato; y (ii) la atribución de carencia de autorización para comprar el predio «La Petaca» fue desvirtuada con el Acuerdo 005/2007.

4.5.2 Los estudios previos, según lo preceptuado en el artículo 25.12 de la Ley 80/1993, son necesarios para garantizar el principio de planeación; por tanto, constituyen un requisito esencial de la contratación pública (sentencia SP SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037).

4.5.3 William Alfonso Muñoz Bernal, declaró que, en su condición de director de planeación municipal, elaboró los estudios previos; sin embargo, su testimonio carece de mérito porque nunca se allegó el documento respectivo y hasta el coprocesado Jesús Alberto Cortés Forero, quien fungía como secretario de hacienda, negó conocerlo.

4.5.4 El Acuerdo de la CAR no suple los estudios previos porque carece de los contenidos legales: factores de riesgo, análisis económico, condiciones del contrato, análisis técnico y necesidad actual de la compra. Ese acto administrativo solo trazó un objetivo a los municipios, al cual se adecuó el Plan de Ordenamiento Territorial (Acuerdo 014/2000), consistente en *«la protección de determinadas áreas, no en la compra automática de las mismas»*.

4.5.5 El avalúo del predio es un requisito legal adicional para la adquisición de bienes inmuebles por el Estado, que sirve para *«determinar un precio real y asegurarse que está en*

condiciones óptimas para poder hacer el negocio jurídico, ... sin que ello pueda suplir el estudio de conveniencia y oportunidad, ...».

4.5.6 La conducta del entonces alcalde fue dolosa porque, en su condición de ordenador del gasto, sabía que era su deber verificar el cumplimiento de los requisitos previos a la firma de la escritura pública de compraventa; además, tenía amplia experiencia en el ejercicio de ese cargo público, pues lo había desempeñado en 4 ocasiones.

4.5.7 Por último, el contrato fue celebrado a tan solo 3 días de concluir el período como mandatario local (2004-2007), lo que evidencia *«la ligereza con que se surtió el proceso contractual, y la falta de planeación, pues incluso fue referido por SALAS SALAS que, junto con esta, se suscribieron por lo menos 3 contratos en idénticas condiciones».*

4.6 Examen del cargo formulado

4.6.1 Aclaración previa

La acusación por *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* contra SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS se fundó en varios hechos; sin embargo, solo resultó condenado por uno de ellos: la celebración de la compraventa de una porción

del predio rural «La Petaca» sin que se hubiesen realizado los estudios de conveniencia y oportunidad exigidos por el artículo 25, num. 7 y 12, de la Ley 80/93, cuando se desempeñaba como alcalde del Municipio de Tenjo.

Los otros 2 fundamentos fácticos de la calificación jurídica reseñada no integraron la decisión condenatoria por las razones descritas en la sentencia de segunda instancia: (i) la inexistencia de registro presupuestal se tuvo como una omisión atípica, razón que conllevó la absolución del coprocesado Jesús Alberto Cortés Forero -exsecretario de hacienda municipal-; y, (ii) la falta de autorización del Concejo Municipal para la compra del predio fue desvirtuada con el Acuerdo 005/2007, incorporado como prueba.

De otra parte, a los procesados también se imputó un *peculado culposo* que se habría materializado con el egreso de \$8.000.000 por concepto de indemnización (intereses corrientes) a los vendedores, pactada en audiencia prejudicial de conciliación, por el no pago oportuno del precio del bien inmueble. Pero, por ese delito no pudo continuarse la acción penal debido a que, en el transcurso de la etapa probatoria, se declaró el cumplimiento del respectivo término de prescripción.

4.6.2 Causal de casación

En un único cargo, la defensora alega la violación directa del artículo 410 del C.P., en la modalidad de interpretación errónea; o sea que, impugnaría la premisa jurídica de la sentencia por haber aplicado el precepto sustantivo en mención bajo un entendimiento incorrecto de su sentido o alcance, específicamente el del ingrediente «*requisitos legales esenciales*».

Sin embargo, la mayor parte de la sustentación la dirigió a demostrar que la exigencia del análisis de conveniencia y oportunidad se satisfizo con estudios realizados por diversas autoridades; hipótesis esta que reconduce el debate a una aplicación indebida de la ley.

4.6.2.1 Interpretación errónea del artículo 410 del C.P.

La sentencia impugnada se atuvo a la interpretación autorizada que ha realizado la Sala de Casación Penal en su función de unificación de la jurisprudencia, tanto así que transcribió las partes donde la SP17159-2016, nov. 23, rad. 46037 explicó lo que debía entenderse por «*requisitos legales esenciales*» del contrato estatal y, después, las razones por las que los estudios de conveniencia y oportunidad eran uno de aquéllos.

La demandante cuestionó la atinencia de la doctrina de casación en cita porque, aduce, se refiere al contrato de prestación de servicios profesionales y en este existe pluralidad de oferentes.

Cierto es que el caso juzgado en esa oportunidad (SP17159-2016) versaba sobre esa tipología contractual; no obstante, la tesis de la esencialidad de los estudios previos se planteó con carácter general: *«... si un contrato estatal, incluido el de prestación de servicios por vía directa, se celebra sin estar precedido del respectivo análisis o estudio de conveniencia y oportunidad, se incumple un requisito esencial a su tramitación»*. Y, por ello, esa postura se justificó en reglas legales transversales (art. 25.7,12 L. 80/1993), no en especiales del contrato de prestación de servicios; además, este comparte con el de adquisición de inmuebles la modalidad de contratación directa.

Ahora bien, aun admitiendo la parcial disimilitud fáctica con el precedente, la objeción de la defensora tendiente a inaplicar el precedente porque en la compra de un inmueble no existe pluralidad de oferentes -solo el respectivo propietario- como sí en la prestación de servicios, no menoscaba la extensión de la subregla por una sencilla razón: la selección objetiva no es el único principio que desarrolla el requisito de estudios previos; es más, estos

reflejan con mayor nitidez las máximas de economía y planeación que, sin duda alguna, deben orientar todo contrato estatal.

El otro motivo que, según la demandante, desaconsejaría la aplicación de la jurisprudencia acogida en la sentencia de segunda instancia es que se funda en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80/1993 y este contempla una formalidad exclusiva de los contratos que requieren «procesos de selección», que no es el caso en una compraventa de inmuebles porque el oferente es único.

La premisa de ese argumento es falsa porque el supuesto de hecho de la norma que contempla la obligatoriedad de los estudios previos no solo incluye los contratos en los que es indispensable la apertura de un proceso de selección del contratista sino aquellos donde sea viable la contratación directa, uno de los cuales es, precisamente, el de adquisición de inmuebles (art. 2.4.i, L. 1150/2007). En efecto, dispone el precitado artículo 25.12, en garantía del principio de economía, que: *«previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda»*.

Entonces, muy contrario a lo sostenido en la demanda, la interpretación que hiciera el Tribunal del ingrediente normativo «*requisitos legales esenciales*» y que le permitiera, por vía de integración del artículo 25, num. 7 y 12, de la Ley 80/1993, concluir que uno de estos son los estudios de oportunidad y conveniencia para los contratos estatales, incluido el de compra de inmuebles, se aviene a la jurisprudencia de casación sobre la materia sin que, de otra parte, se acredite un error en esa comprensión al juzgar la conducta de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS.

4.6.2.2 Aplicación indebida del artículo 410 del C.P.

La gran mayoría de los argumentos de sustentación intenta demostrar que la conducta de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS no encaja en el tipo de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, porque existían estudios sobre la conveniencia y oportunidad de adquirir un lote del predio rural «La Petaca» realizados «*en varias oportunidades por diversas personas especializadas, de manera coherente y sistemática*», los que fueron reconocidos en la premisa fáctica de la sentencia.

El reclamo predominante de la demandante no es, entonces, la inexigibilidad de los estudios previos frente a los contratos de adquisición de inmuebles, como lo sugiere en el

cargo por interpretación errónea, sino que en el caso sí estaba satisfecho ese requisito; es más, fue esta la línea defensiva sostenida por el entonces apoderado de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS durante el juicio, aunque en esta oportunidad se soportara en un motivo diferente: que William Alfonso Muñoz Bernal, quien fungía como director de planeación municipal, realizó el análisis de oportunidad y conveniencia. Este hecho exculpante, obviamente, fue desestimado, por falta de pruebas, en las instancias y no controvertido en esta impugnación extraordinaria.

i.- La demanda afirma que el Acuerdo 042/1999 -y las investigaciones que lo precedieron-, mediante el cual la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca conformó el Distrito de Manejo Integrado Cerro de Juaica, justificó la necesidad de adquirir los predios que lo componen, uno de los cuales es «La Petaca». Además, que el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio, adoptado por el Acuerdo 014/2004, estableció la conveniencia de esa acción como estrategia para la preservación o restauración del sistema de protección ambiental (art. 8), tanto así que dispuso varias compras en actos administrativos posteriores (acuerdos 22/2005, 09/2006, 005/2007 y 012/2007).

En relación con los dos instrumentos normativos referidos al inicio, el Tribunal expuso las siguientes consideraciones:

... lo que está consignado en las actuaciones aludidas son precisamente algunas de las razones por las que el Ente Territorial procedió a comprar el terreno, básicamente de carácter ambiental, más tales documentos no cumplen con los ítems que deben ser abordados en un estudio de oportunidad para adelantar todo un proceso contractual, como los factores de riesgo, el análisis económico, las condiciones del contrato a celebrar, el análisis técnico y la necesidad de hacer la compra en ese momento preciso, de tal manera que se analizaran por parte de la Administración Municipal en conjunto todas las aristas, pues no solo se trataba de comprometer el rubro presupuestal para la adquisición del bien, sino que también debía evaluarse lo que implicaba su conservación y reforestación (siguiendo los lineamientos de la CAR), lo que a todas luces implicaba una proyección seria y que tuviera en cuenta las condiciones del Municipio, no como un deber ser a futuro, sino en calidad de obligación que se contraía inmediatamente.

En conclusión, se dilucida que el Acuerdo 042 de 1999 expedido por la CAR, marcó un objetivo par las Entidades Territoriales, especialmente en lo que tiene que ver con el Municipio de Tenjo y los predios que tenía en su jurisdicción, y con base en ello se procedió a adecuar el Plan de Ordenamiento Territorial mediante el Acuerdo Municipal 014 de 2000, empero para poder comprar un predio en el año 2007 no existe duda de que debía realizarse un estudio de conveniencia para que de manera actualizada pudiera evaluarse la oportunidad de adquirir el predio “Las Petacas” [sic] porque el hecho de que estuviera incluido en el Distrito de Manejo Integrado no equivale a la inaplicación de normas de contratación, para cumplir los objetivos trazados en dicho plan, que se concentraban en la protección de determinadas áreas, no en la compra automática de las mismas.¹

Es decir, la sentencia impugnada concluyó que los acuerdos 042/1999 y 014/2000 no constituyen estudios -previos- de conveniencia y oportunidad de la compra parcial del predio «La Petaca», por la sencilla razón de que carecen de los contenidos que la ley asigna a esa formalidad. En consecuencia, se descarta la aplicación indebida del artículo

¹ Páginas 17 y 18, sentencia de segunda instancia.

410 sustantivo porque la premisa fáctica que la sustentaría es inexistente.

En este punto, vale advertir que la defensa no cumplió con la carga de demostrar los contenidos normativos específicos que invocó, pues los actos administrativos en mención no fueron -solicitados ni- incorporados como pruebas del proceso y no se trataba de normas jurídicas de alcance nacional (art. 177 C.G.P.²); solo fueron transcritos -algunos artículos- en la sustentación de la apelación que formuló a la sentencia de primera instancia. Mucho menos fueron aducidos los múltiples estudios técnicos que, según la demandante, justificaron la expedición de los acuerdos.

Y, si bien es cierto que SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS, en su testimonio³, mencionó la norma de la autoridad ambiental regional y el Plan de Ordenamiento Territorial -y el Plan de Desarrollo Municipal-, también lo es que lo hizo, exclusivamente, para afirmar que constituían el fundamento jurídico de la adquisición de una porción del predio «La Petaca» en la medida en que le imponían la *«recuperación de fuentes hídricas y reforestación»* de la zona donde aquel se ubicaba, sin especificar contenidos normativos adicionales.

² «El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, ...».

³ Sesión de juicio oral del 20 de septiembre de 2016.

No obstante, aun de admitirse las alegaciones de la defensora, estas solo demostrarían que la adquisición de predios que conforman el Distrito de Manejo Integrado del Municipio de Tenjo, uno de los cuales sería «La Petaca», constituía una de las estrategias para la protección del bosque nativo, no una obligación insoslayable y menos aún la evaluación de la oportunidad y conveniencia de hacerlo, específicamente, con ese preciso lote de terreno.

En efecto, en la demanda se invoca como fundamento central de su pretensión el artículo 8 del POT que, en lo pertinente, diría:

Artículo 8. Estrategias del Plan: (...).

I. Estrategias para las áreas del sistema de protección:

La preservación en su estado debe ser el tratamiento dado a las áreas cubiertas por bosque nativo, sea cualquiera su pendiente. Igual tratamiento se debe aplicar a todos los cuerpos de agua y a sus franjas o rondas de protección donde, además, se aplicará tratamiento de revegetación de riberas. Las áreas no aptas para usos agropecuarios y cubiertas por pajonales u otras formas de vegetación pionera, deben ser objeto de un tratamiento de restauración de su cubierta vegetal nativa, mediante programas de reforestación con especies nativas, prohibición de quemas y eliminación del pastoreo.

(...).

Una estrategia adecuada para garantizar la preservación o restauración de estas áreas es su adquisición por parte del Municipio o de la Corporación Autónoma Regional “CAR”, caso en el cual estas entidades deberán asumir la administración de los

territorios adquiridos para evitar su invasión, así como las quemas, las talas y el pastoreo furtivo.

Esa norma, ciertamente, constituiría un fundamento jurídico de las actuaciones administrativas que emprendiera la administración municipal para cumplir la obligación de preservar y/o restaurar las áreas del sistema de protección ambiental, incluida la celebración de contratos; sin embargo, nada diría sobre la oportunidad y conveniencia de cada uno de estos en particular. Es más, el precepto en cita ratificaría la necesidad de esos estudios previos frente a los contratos de adquisición de inmuebles porque solo así podría evaluarse la necesidad y riesgos de asumir la inmediata **administración** de estos bienes *«para evitar su invasión, así como las quemas, las talas y el pastoreo furtivo»*.

ii.- Alegó también la defensora que, en cumplimiento del Plan de Ordenamiento Territorial, el Concejo Municipal *«dispuso la compra de algunos predios, según disponibilidad»* a través de los acuerdos 22/2005, 09/2006, 005/2007 y 012/2007.

De esos actos administrativos, en el proceso solo se conoce el contenido del Acuerdo 005 del 21 de junio de 2007, porque fue el único allegado como prueba -por la defensa-, el cual dispuso: *«Autorícese al Alcalde Municipal para adquirir unos predios dentro de la zona denomina DMI Distrito de Manejo Integrado del Municipio de Tenjo de acuerdo a los avalúos correspondientes en los términos señalados en la Ley*

80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, en especial su Decreto Reglamentario 2170 de 2002 y Jurisprudencia vigente al respecto». Como fundamentos de ese acto se citan, exclusivamente, algunos artículos de la Constitución (8, 79 y 366) y del Plan de Desarrollo Municipal (Acuerdo 008/2004).

Entonces, el Acuerdo 005/2007 sólo confirió una facultad al alcalde de Tenjo: celebrar contratos para adquirir predios del Distrito de Manejo Integrado; por lo que, a este funcionario correspondía seleccionar los que se comprarían y esta decisión, por virtud de los principios de la contratación pública, debía obedecer a los análisis de oportunidad y conveniencia que llevara a cabo frente a cada uno. Tan es así que el ejercicio de la potestad autorizada se sujetó, de manera expresa, al cumplimiento de la Ley 80/1993 y del Decreto 2170/2002 que, como se sabe, imponen esos estudios previos a todos los contratos estatales, incluidos los celebrados a través de la modalidad directa.

Por si fuera poco, resulta cuando menos curioso que la defensora pretenda establecer una relación directa entre la compra parcial del predio «La Petaca» y los estudios técnicos que precedieron los acuerdos 042/1999 de la CAR y 014/2000 del Concejo, para así demostrar la inutilidad del respectivo análisis de oportunidad y conveniencia; pero, la norma jurídica municipal que autorizó aquel negocio (Acuerdo

005/2007) ni siquiera los mencionara entre sus considerandos.

iii.- Con el mismo propósito de acreditar la redundancia de la formalidad del estudio de oportunidad y conveniencia, indicó la demandante que el informe del avalúo del terreno que compraría el Municipio, elaborado por Manuel Horacio Pinilla Reyes, contiene un «*análisis completo, detallado y exhaustivo*» de las características técnicas de dicho bien.

El citado documento tampoco fue aducido como prueba ni se practicó la declaración del experto que lo habría realizado; aquel solo fue aportado como un anexo del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Pero, en gracia de discusión, en el mejor de los eventos aquel habría servido como «*soporte técnico y económico del valor estimado del contrato*», que era apenas uno de los 5 aspectos que, para la época de los hechos juzgados, debía evaluarse para definir la oportunidad y conveniencia del negocio jurídico.

iv.- Así las cosas, varios de los documentos que suplirían los estudios previos del contrato mediante el cual se adquirió el dominio mayoritario de «La Petaca» ni siquiera se aportaron, regularmente, como pruebas; y, en gracia de discusión, ni el contenido que les asigna el defensor sumado al que sí fue demostrado con los medios de conocimiento, efectivamente,

incorporados durante el juicio oral, satisfacen los componentes obligatorios del requisito legal esencial que se reprocha incumplido. En efecto, ninguno de ellos registró información, por lo menos, sobre:

- Las razones de la necesidad de comprar el predio para garantizar su preservación y restauración, teniendo en cuenta que ese mecanismo jurídico constituía solo una de las estrategias posibles, que muchos otros inmuebles conformaban el Distrito de Manejo Integrado (51 señaló la defensora) y que el negocio implicaba que la entidad territorial asumiera inmediatamente la administración de aquél.

- La justificación de la oportunidad o momento en que se celebraría el contrato (28 de diciembre de 2007), cuando solo faltaban 3 días para concluir el período del mandatario local y cuando habían transcurrido unos 7 años desde la expedición del POT que, supuestamente, imponía la adquisición del inmueble.

- La evaluación de los riesgos de la contratación, incluidos el eventual incumplimiento de las obligaciones pactadas, que después se concretó para el Municipio porque pagó tardíamente el precio y ello implicó un egreso adicional por concepto de intereses corrientes (\$8.000.000), y los derivados, por ejemplo, de la eventual incapacidad de asumir

la administración inmediata del predio «*para evitar su invasión, así como las quemas, las talas y el pastoreo furtivo*».

En tales condiciones, la falta de análisis de la oportunidad y conveniencia de la adquisición de un lote de «*La Petaca*» determinó que:

(i) En contravía del principio de planeación, el proceso contractual fuera improvisado como lo indican los siguientes hechos: el primero, el Departamento Administrativo de Planeación de la Alcaldía autorizó la venta parcial del predio - de mayor extensión- «*La Petaca*» tan solo 9 días antes de la firma de la escritura pública, como lo acreditó la Resolución 176 del 19 de diciembre de 2007. Y, segundo, la consecuente celebración del contrato, sin justificación alguna, en las postreras horas del mandato.

(ii) En contravía del principio de economía, el negocio dio lugar a la materialización de un riesgo patrimonial -y jurídico- para la entidad territorial, como fue la indemnización por el incumplimiento del pago oportuno del precio a los vendedores,

la que se demostró con el acta de conciliación respectiva⁴, su aprobación judicial⁵ y la resolución que ordenó el egreso⁶.

(iii) Y, en contravía del principio de transparencia, por sustracción de materia, la ausencia de los estudios previos impidió que fueran publicados para garantizar el conocimiento de la ciudadanía en general, siendo que el asunto podía interesar, especialmente, a los particulares que quisieran vender otros predios al Municipio que también hicieran parte del área de protección ambiental.

En resumen, es irrefutable la lesión de, por lo menos, los principios de economía, planeación y transparencia de la contratación estatal. Por tanto, la celebración del contrato de compraventa de un lote del predio «La Petaca» sin estudios previos por parte del acusado, en ejercicio del cargo de alcalde del Municipio de Tenjo, configuró la conducta típica, antijurídica y culpable de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, sin duda razonable alguna.

No sobra advertir que varios hechos permitieron inferir que tal comportamiento fue doloso: la experiencia específica

⁴ Acta de conciliación extrajudicial nro. 230 del 22 de septiembre de 2008 ante la Procuraduría 51 Judicial delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁵ Auto del 16 de diciembre de 2008, proferido por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Facatativá.

⁶ Resolución nro. 029 del 24 de febrero de 2009, expedida por la Alcaldía del Municipio de Tenjo.

de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS como primer mandatario local en varias oportunidades y, lo más importante, el conocimiento efectivo que evidenció, durante su propio testimonio, sobre la contratación pública en general, sobre la obligatoriedad de los estudios previos y sobre los pormenores de la compraventa celebrada; aunado a ello, nunca afirmó que hubiese verificado los análisis que, según la tesis defensiva, había elaborado el director de planeación municipal de la época -jamás encontrados-. No obstante, de manera consciente y voluntaria decidió seguir adelante con la celebración del referido contrato.

4.7 Conclusión general

La sentencia de segunda instancia, que confirmó la declaratoria de responsabilidad de SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS por el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, no incurrió en interpretación errónea ni en aplicación indebida del artículo 410 del C.P. Tampoco la Corte, de manera oficiosa, observó alguna otra causal de casación.

Por ende, se desestimaré la pretensión casacional de la demandante por las razones ya expuestas, algunas de las cuales, como se vio, fueron aducidas por los delegados de la Fiscalía y la Procuraduría, en la condición de no recurrentes, para oponerse a aquélla.

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 ley,

5. R E S U E L V E

No casar la sentencia de segunda instancia que confirmó la decisión de condenar a SOFANOR DE JESÚS SALAS SALAS como autor del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.


GERSON CHAVERRA CASTRO


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

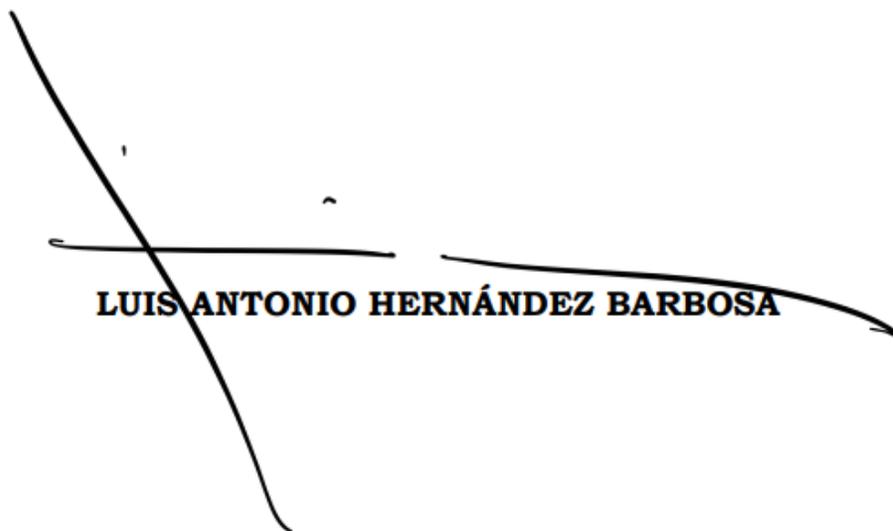


DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Penal 2021



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

Sala Casación Penal 2021