



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente

SP18532-2017
Radicación No. 43263
(Aprobado Acta No. 372)

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS

Realizada la audiencia de juzgamiento entra la Sala a dictar el fallo que en derecho corresponde, dentro de la causa que sigue en contra del ex Gobernador del Departamento de Arauca, JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, como autor de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

ANTECEDENTES

1. Identidad del procesado.

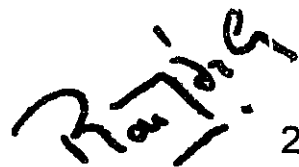
Rafael

JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, identificado con la c. de c. de c. No. 17.580.182 de Arauca. Para la época en que rindió indagatoria residía en la calle 26 No. 32-20 de Bogotá, nació el 28 de enero de 1953 en Puerto Rondón (Arauca), hijo de BENJAMÍN ACOSTA y MARÍA ISABEL BERNAL, casado con LOURDES ACOSTA, de quien está separado, padre de JULIO CÉSAR y CAMILO ACOSTA, con grado de instrucción universitario en Administración Educativa, y dedicado a la ganadería, se desempeñó como profesor, Secretario de Gobierno de la otrora Intendencia de Arauca, Alcalde de Arauca, Diputado de Arauca, Representante a la Cámara, Cónsul de Colombia en Singapur, y Gobernador del Departamento de Arauca.

Sus características físicas y morfológicas son: 1.76 metros de estatura aproximada, tez trigueña, cabello castaño oscuro, frente amplia, cejas semi pobladas rectas, ojos color verde, nariz dorso alomado, boca pequeña, labios delgados, orejas ovales con lóbulos separados, como señales particulares presenta cicatrices de quemaduras en sus manos.

2. Actuación procesal.

2.1. Con base en los informes No. 033/ 25520 y GOPE 045/36284, de 15 de febrero y 4 de marzo de 2007, rendidos por investigadores del desaparecido DAS a la Oficina de Asignaciones de la Unidad de Fiscalías de Arauca, la Fiscalía

 2

Primera Delegada ante los Jueces Promiscuos del Circuito de Arauca, abrió investigación previa el 1 de abril de 2008.

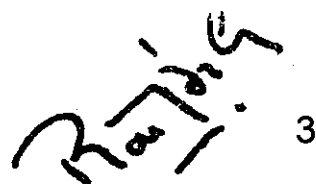
El Despacho del Fiscal General de la Nación, tras recibir la actuación por competencia, avocó conocimiento el 27 de agosto de 2008 y dispuso la práctica de pruebas.

2.2. Con resolución de 10 de noviembre de 2011 el mismo Despacho del Fiscal General de la Nación, abrió formalmente la investigación en contra de JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, quien fue vinculado a la instrucción mediante indagatoria.

El 14 de mayo de 2013 le resolvió la situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presunto autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales en concurso heterogéneo, dispuso, además, librar orden de detención para hacerla efectiva una vez el procesado quedara en libertad por la autoridad judicial a cuya disposición se encontraba.

El 31 de julio de 2013 la Fiscalía Décima Delegada ante esta Corporación cerró la investigación, por vencimiento del término de instrucción.

El 19 de diciembre de 2013, ese mismo despacho judicial, calificó el mérito del sumario.


3

2.3. Resolución de acusación.

El 19 de diciembre de 2013, la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra del aforado, como probable autor responsable de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, proveído en el que sintetizó los hechos, de la siguiente manera:

“El 25 de abril de 2006, el señor Julio Enrique Acosta Bernal, actuando como Gobernador del Departamento de Arauca, celebró el contrato No. 069 con el consorcio ECO-PARK2006, cuyo objeto fue la construcción de la primera etapa del parque histórico y eco turístico Los Libertadores en el municipio de Tame, departamento de Arauca, por valor de tres mil ochocientos noventa y siete millones ciento treinta y ocho mil diecisiete pesos (\$3.897.138.017).

Se denuncia que la fuente de financiación del proyecto se deriva de los recursos de regalías y el proyecto no corresponde al objeto de destinación que señala el artículo 361 de la Constitución Política y la Ley 756 de 2002 para ese rubro; fue celebrado sin la preexistencia de los planos arquitectónicos, constructivos, estructurales, ni plan de manejo ambiental.

En la ejecución de obra hubo incumplimiento de las obligaciones del contratista y mal manejo del anticipo; sin embargo, nada hizo la administración para asegurar la entrega de las obras, dar por terminado el contrato o declarar su caducidad; por el contrario, se dio lugar a la suspensión del mismo, suscripción de prórrogas y adición de recursos”.

Tras sintetizar la actuación y el contenido de los alegatos presentados por los sujetos procesales, determinó el alcance de los elementos constitutivos de los delitos imputados y del concurso de conductas punibles.

En cuanto al contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en particular, atribuyó al procesado, celebrar el contrato 069 de 2006 con el consorcio ECO-PARK 2006 sin

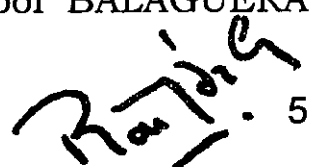
Rafael
4

verificar el cumplimiento de requisitos legales esenciales, específicamente firmarlo sin constatar previamente la legalidad del trámite.

Asevera que al suscribirlo no contaba con la definición de los diseños, el análisis arquitectónico y el plan de manejo ambiental, como lo exige el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002. La indefinición del proyecto la dio por evidenciada con el acta de suspensión de la obra de 11 de junio de 2006 porque las cantidades establecidas en el plan de inversión no corresponden al proyecto urbano arquitectónico esbozado por el diseñador, obrando en el proceso, además, un acta de modificación que acondiciona ítems y planea la incorporación de otros nuevos.

Pese a que LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, aseguró que los diseños fueron presentados en diciembre de 2005 antes de la apertura de la licitación, correspondiendo las cantidades licitadas a las previstas en ellos, y aportó los documentos relacionados con el contrato de consultoría de 20 de septiembre de 2005 celebrado por la Gobernación con la U.T. de Estudios Urbanos Ltda. Diana Wiesner con el objeto de formular el plan maestro y el diseño del proyecto; con arreglo al acta de suspensión 01, deduce la Fiscalía, que el diseño inicial fue modificado por cuanto si bien existían unos previos no correspondían al plan de inversión, de donde deduce que el contrato no estaba técnicamente determinado.

Encontró que las falencias presentadas en el plan de inversión ya se notaban en el relato hecho por BALAGUERA BALAGUERA, al aseverar:

 5

“El presupuesto ya se encuentra totalmente definido, salvo en la parte correspondiente a la cimentación y estructura de los senderos que cruzan zonas húmedas y cauces hídricos ya que no ha sido posible que el encargado del levantamiento topográfico nos entregue la información de profundidad de esos sitios. Al respecto vale la pena comentar que si bien el Ing. Luís Sepúlveda ha colaborado efectivamente con los trabajos, para esta última parte que se le solicitó desde el 24 de noviembre no ha respondido de la forma esperada y aunque este contrato está bajo nuestra responsabilidad este se realizó siguiendo las recomendaciones de la Secretaría de Hacienda quien recomendó a dicho ingeniero.

Es decir, el contrato no contaba con la definición completa del presupuesto antes de iniciar el proceso de selección, requisito que consideró esencial aseverando que precisado el costo de las obras es que se puede adelantar la selección objetiva del contratista.

Indeterminación que también descubrió en el contenido del acta de suspensión No. 2 de 24 de octubre de 2006, al señalar como causa de la interrupción de las obras la presencia de inconvenientes e inconsistencias de carácter arquitectónico, constructivo y estructural en los diseños del parque, resultando imprescindible reestructurar el proyecto para ajustarlo a las reales condiciones del terreno y a los requerimientos de tipo ambiental.

Consideró que no bastaba contratar la elaboración del plan maestro y el diseño del proyecto arquitectónico si éste no fue utilizado para ejecutar el objeto del contrato, como expresamente lo manifiesta esa acta al aludir a la necesidad de reestructurar el proyecto para ajustarlo a “las reales condiciones del terreno”.

Raúl 6

Si la administración fue la que modificó los diseños contratados, por lo tanto, estima, no se puede considerar cumplido el requisito relativo a la elaboración técnica del diseño, pues al ejecutar el contrato el procesado decidió cambiarlos vulnerando el principio de planeación.

Eso fue lo ocurrido en la reunión de 20 de octubre de 2006, cuando el Gobernador ACOSTA BERNAL, a fin de rendir homenaje a quienes lucharon por la libertad de la República y atendiendo la importante participación de los llaneros araucanos en la campaña, expuso la idea de construir una plaza con instalación de monumentos de Bolívar y Santander alusivos al encuentro que sostuvieron en Tame previo a la batalla de Boyacá, y propuso como parte de la plaza la adecuación de cinco espacios para que cada uno de los países Bolivarianos ejecutaran obras como tributo a estos héroes.

De estas circunstancias, infiere la Fiscalía, que estando el contrato en ejecución el aforado apenas exponía las ideas de lo que pretendía desarrollar con su objeto, no justamente las obras de los diseños contratados.

Si bien la propuesta la presentó como una adición al contrato que ampliaba su objeto, consideró la Fiscalía, ella requería actos de justificación pues comprometer mayores recursos exige la presentación de diseños y estudios de necesidad y conveniencia, sin embargo, solo existe la solicitud presentada por el contratista a la interventoría, y el concepto favorable de ésta.

Rafael
7

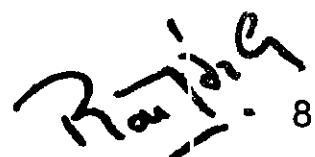
Complementariamente, las actas de obras evidencian las inconsistencias observadas en los diseños arquitectónicos, el plan de inversión junto con la carencia del plan de manejo ambiental, además, el contratista expresó que no solo se trataba de nuevos diseños sino de modificaciones a los entregados.

Como prueba transcribió la parte pertinente del oficio de 22 de noviembre de 2006 que dirigió el contratista a la interventoría solicitando la adición en valor, aduciendo como sustento los nuevos desarrollos y modificaciones planteadas por la administración departamental, que han obligado a reestructurar y planear un nuevo diseño arquitectónico que contenga la construcción de una plaza de armas de más de 25000 metros cuadrados.

Es decir, concluyó la Fiscalía, no solo se adicionó la construcción de la plaza no contenida en los diseños contratados antes de la selección del contratista, sino que estos se modificaron transgrediendo lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

“con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones”.

Además, el “adicional” fue suscrito el 13 de diciembre de 2006 con el propósito de ampliar su objeto sin cumplir con estudios previos, contar con diseños de las nuevas obras, ni estudios de necesidad para comprometer mayores cantidades de presupuesto, decisión adoptada por el procesado como consta en el acta de 20 de octubre de 2006.

 8

El inculpatado, afirma la Fiscalía, no solo ordenó la adición del contrato sino además la modificación de las obras del objeto contractual, por ello, en oposición a la defensa, estima que la adición no solo constituyó una mayor obra sino además la alteración de las actividades y diseños de lo contratado.

Inadmite que el procesado se muestre ajeno a los hechos cuando fue él quien sugirió los cambios, si bien no suscribió la adición en su representación lo hizo JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA, por delegación.

La vulneración de los principios de la contratación pública, considera el Ente Fiscal, está acreditada complementariamente con la falta de plan de manejo ambiental, patentizada con el acta de suspensión No. 1 de 22 de junio de 2006, que da cuenta de su ausencia como motivo adicional de la interrupción y con el acta de suspensión de 24 de octubre de 2006, reiterando la necesidad de reestructurar el proyecto atendiendo los requerimientos de tipo ambiental.

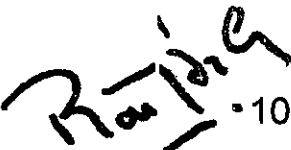
Desechó el argumento defensivo dirigido a justificar la ausencia de este requisito, relativo a que CORPORINOQUIA informó que la licencia ambiental no era necesaria aportando certificación de 9 de febrero de 2006, aduciendo que dicho documento imponía a la gobernación la carga de tramitar y obtener los permisos necesarios para el uso y aprovechamiento de recursos naturales que demandaba el proyecto.

Rafael
9

Para despejar dudas, recordó la Fiscalía, se aportó copia del expediente tramitado en CORPORINOQUIA, en el que obra oficio de 22 de mayo de 2006 de la oficina de gestión ambiental de esa Corporación dirigido a la subdirección de planeación, informando que la obra se adelantaría en zona rural y de morichales declarada área protectora.

De lo anterior, colige la Fiscalía, que mientras el contrato estaba firmado, la oficina de gestión ambiental de CORPORINOQUIA estaba conociendo el proyecto y no existía estudio de impacto ambiental. Evocó, adicionalmente, que el mismo oficio expresa que si la obra no se encontraba establecida en el POT avalado por CORPORINOQUIA, se debía efectuar EIA y obtener la respectiva licencia ambiental, establecer un plan parcial o en el proyecto de reformulación del POT realizar el estudio técnico y ambiental de esta área e incluir la nueva aptitud de uso del suelo.

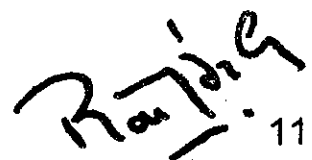
Además, con oficio de 17 de julio de 2006, el Secretario de Desarrollo Agropecuario y Sostenible del Departamento, remitió al Director General de CORPORINOQUIA el plan de manejo ambiental para la construcción de la primera fase del parque “para su respectiva revisión y aprobación”, es decir, asevera la Fiscalía, para la fecha de suscripción del contrato no estaba técnicamente definido en cuanto al plan de manejo ambiental, situación puesta de presente por el departamento en comunicación de 31 de julio de 2006 enviada al Director de CORPORINOQUIA, advirtiéndole las consecuencias que ello representaba para la ejecución del contrato:


-10

“Es importante resaltar que el municipio de Tame, tiene en proceso de construcción con Corporinoquia, la modificación del plan de ordenamiento territorial en el que se incluirán algunos proyectos de desarrollo, entre ellos la construcción del Parque Ecoturístico, este proceso puede durar entre ocho meses a un año, tiempo en el que estaría suspendida la construcción del parque de no lograr la consecución de los respectivos permisos temporales.

Ahora, el 11 de agosto de 2006, se dictó un auto iniciando el trámite, haciendo un requerimiento y ordenando la práctica de una visita técnica en relación con la solicitud elevada por la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Sostenible del Departamento de Arauca, de los permisos ambientales necesarios para la ejecución del proyecto de construcción del parque y, el 7 de septiembre de 2006, CORPORINOQUIA otorgó permisos y autorizaciones para el uso y el aprovechamiento de los recursos naturales.

Estimó, el ente acusador, que este requisito era conocido por la administración por ser esencial para el objeto contractual, además, porque desde la inscripción del proyecto en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión a través de la ficha estadística básica de inversión, en el ítem de información ambiental reconoció que el proyecto necesitaba licencia ambiental la cual había sido aprobada, sin embargo, la aludida ficha fue diligenciada en octubre de 2005, en tanto que el plan de manejo ambiental fue presentado a CORPORINOQUIA el 17 de julio de 2006, y ésta otorgó permisos y autorizaciones para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales el 7 de septiembre del mismo año, es decir, 5 meses y medio después de la firma del contrato, y cuatro meses y medio tras la suscripción del acta de inicio.


11

Para el ente acusador era tan esencial el manejo ambiental y obtener los permisos necesarios, que las primeras suspensiones se motivaron en factores de tipo arquitectónico y de orden ambiental, los estudios de factibilidad en materia ambiental no se cumplieron antes de la celebración del contrato, inferencia que en oposición a la defensa, afirma, si tiene fundamento pues el Secretario de Desarrollo Agropecuario y Sostenible del departamento la hizo evidente en el oficio dirigido a CORPORINOQUIA al manifestar que estaría suspendida la construcción del parque de r.o lograr la consecución de los permisos temporales.

Estas irregularidades, aseguró la Fiscalía, vulneraron los principios de economía y responsabilidad de la contratación estatal, ya que la dilación y retardo en la ejecución del contrato puso en evidencia la falta de planeación en el trámite y celebración.

En efecto, dio por probado que el contrato no se ejecutó en el término inicialmente pactado, fue suspendido en varias ocasiones y se adicionó en múltiples oportunidades en término y valor por motivos relacionados con inconsistencias en los diseños arquitectónicos y problemas de orden ambiental.

El principio de responsabilidad lo dio por transgredido, aduciendo que la reiterada suspensión de las obras no fue una medida adoptada por la administración para no afectar la ejecución del contrato, sino con motivo de la ausencia de


-12

planeación en el trámite precontractual, la cual no verificó el procesado previo a suscribir el contrato.

La falta de planeación, asevera, llevó a que no se cumplieran los fines de la contratación y a la dilatada ejecución con la anuencia de la administración, con estos argumentos, precisa la Fiscalía, no pretende trasladar la responsabilidad a la ejecución del contrato, sino comprobar que las suspensiones de la ejecución del contrato es la evidencia del incumplimiento de requisitos en la etapa precontractual y, de la celebración sin su debida planeación.

También consideró vulnerado el principio de economía, por comenzar el proceso de selección en contravía de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, ya que el proyecto no estaba técnicamente definido, y las cantidades de obra del plan de inversión no correspondían al proyecto arquitectónico propuesto por el diseñador.

El principio de planeación lo dio por conculcado con la adición del contrato modificando los diseños iniciales, decidir la construcción de la plaza de armas sin contar con estudios precedentes ni un acto que justificara su necesidad y conveniencia, ya que el procesado se limitó a decidir en una reunión dar prioridad a esa obra así hubiese necesidad de aplazar otras previstas en el contrato original, circunstancias que evidencian aún más que el proyecto no estaba técnicamente definido al comenzar el proceso de selección y menos para la firma del contrato.



Con fundamento en estos argumentos, la Fiscalía acusó al procesado como presunto autor responsable del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Del peculado por apropiación.

Argumentó la Fiscalía que el procesado como representante legal y ordenador del gasto, tuvo la disponibilidad de los recursos comprometidos con la firma del contrato 069 de 2006, y la adición en valor y plazo de 13 de diciembre del mismo año.

El origen del dinero lo dio por demostrado con el registro del proyecto en el banco de proyectos de planeación departamental, como parte de las metas establecidas en el plan de desarrollo departamental 2004-2007, y la disponibilidad para la celebración del contrato con los certificados de disponibilidad y los registros presupuestales expedidos, comprometiendo recursos de regalías.

Tratándose de patrimonio de regalías no encontró que mediara un acto que explicara su aplicación al contrato, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 361 de la Constitución Política y la Ley 756 de 2002, mientras que el procesado tampoco ofreció explicación alguna, se restringió a aseverar que provenían del presupuesto departamental.

Si bien hizo parte de la formulación del proyecto según la ficha EBI, en el trámite previo a la celebración ninguna

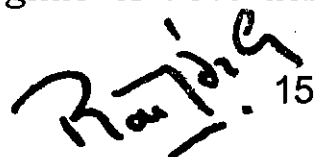
Rojas
14

referencia se hizo a la necesidad y conveniencia de agotar estos recursos y, al ser viabilizado el proyecto cuando menos se debieron ejecutar con el rigor exigido para este tipo de valores.

En ese orden, precisó que los artículos 13 y 14 de la Ley 756 de 2002, imponen a la interventoría un control integral a su correcta ejecución para garantizar la calidad, cantidad y ejecución de las obras, amen que el principio de responsabilidad atribuye al ordenador del gasto el deber de justificar el objeto de la inversión, garantizar la correcta ejecución y buscar el cumplimiento de los fines de la contratación.

En este caso, asevera la Fiscalía, desde el inicio de la ejecución del contrato la interventoría destacó el mal manejo de los capitales, el cual comunicó a la administración departamental sin que ésta adoptara medidas para garantizar el buen uso, circunstancia que dio por probada con las declaraciones de JAIME HUMBERTO DÍAZ ÁLVAREZ y LILIANA VIVAS PARADA, en el sentido que la gobernación no adoptó acciones para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación.

En efecto, recordó que el 30 de enero de 2007 la interventoría pidió al contratista una relación de los gastos pagados con el anticipo, y el 21 de febrero de 2007 comunicó al supervisor JAIME DÍAZ ÁLVAREZ los inconvenientes observados en el contrato relativos a que habiéndose iniciado los trabajos el 22 de mayo de 2006 y entregado el 70% del

 15

anticipo, los materiales y soportes presentados por el contratista como gastos equivalían al 33% de lo recibido, y la obra ejecutada solo alcanzaba para amortizar el 8% el dinero recibido.

El 15 de marzo de 2007, la interventoría le informó a la Secretaría de Infraestructura Física que el contratista no acreditó en el plazo dado los gastos pagados con el anticipo, motivo por el cual pidió a la oficina jurídica hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

El 22 de marzo siguiente, la misma interventoría instó nuevamente al contratista informar qué gastos había realizado con el anticipo, comunicándole que iniciaría los trámites ante la oficina jurídica del departamento para efectivizar la sanción del 2.5% del valor del contrato por su mal manejo o inversión incorrecta.

Pese a lo anterior, asegura la Fiscalía, el procesado no tuvo inconveniente en adicionar el contrato en dos ocasiones, el 13 de diciembre de 2006 en plazo y valor, y el 9 de julio de la siguiente anualidad en plazo, además, fue suspendido en 5 ocasiones, acreditando con ello la dilación y el retardo en su ejecución durante el tiempo mientras ofició como gobernador.

Si bien el motivo de las suspensiones 3 y 4 y de la prórroga de ésta fue el mal clima, con precedencia, afirma, las obras mostraban un retraso solo justificable en razones técnicas debido a la falta de planeación y diseños previos, en virtud a la modificación de las actividades del objeto

Raúl
16

contractual y por no contar con plan de manejo ambiental, como consta en las actas de suspensión 1 y 2.

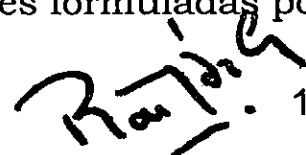
Las irregularidades en la etapa precontractual, la adjudicación sin definición técnica del proyecto, y la celebración del contrato en esas condiciones, consideró la Fiscalía, demuestra la conducta con la cual se defraudó el patrimonio del departamento.

De comprometer recursos sin observar los requisitos legales y no realizar medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del contrato, infiere que la acción del procesado estaba dirigida a la apropiación de los recursos a favor del contratista.

No obstante los problemas en la ejecución del contrato, aduce, la administración decidió comprometer mayores recursos y adicionar el contrato en plazo y valor, contrariando la obligación de proteger los recursos de la entidad.

En ese orden, recordó que la interventora puso en conocimiento de la administración departamental el incumplimiento del contratista y la necesidad de adoptar medidas que permitieran asegurar el cumplimiento del contrato, siendo desatendida.

Como un hecho que demuestra la vaguedad del proyecto, señaló la Fiscalía la reunión del comité celebrada el 5 de diciembre de 2006, en cuyo desarrollo se hicieron aclaraciones en cuanto a las recomendaciones formuladas por

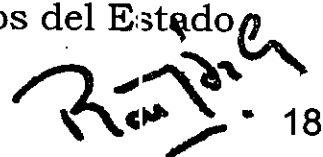
 17

la interventoría. El contratista se comprometió a entregar los planos definitivos de los diseños de la plaza de armas, pagar la seguridad social y los aportes a la caja de compensación familiar, llevar copia de la nómina, entregar la relación de gastos del anticipo mes a mes, y realizar la programación de la obra una vez tuviera los diseños definitivos.

Reunión que estuvo precedida por un oficio citatorio dirigido por la firma interventora al contratista, requiriéndolo por omitir las recomendaciones hechas por la interventoría.

Los inconvenientes presentados en la ejecución del objeto contractual, aduce la Fiscalía, fueron informados por la interventoría al procesado quien no hizo nada para asegurar su cumplimiento. Además, las suspensiones no solo pretendían superar los inconvenientes imprevisibles sino materializar la decisión de la administración de modificar los diseños originales. Es así como el plan de inversión no corresponde al proyecto urbano arquitectónico planteado por el diseñador, no existía plan de manejo ambiental aprobado, y al gobernador sin soporte técnico le pareció más importante adecuar una plaza de armas, lo que implicaba modificar los diseños contratados.

Adicionalmente, argumentó, el 18 de diciembre de 2006 la interventoría cuestionó al contratista por no encontrar personal ejecutando la obra, no obstante que los trabajos se habían reanudado el 8 de noviembre y el contrato adicionado en plazo y valor el 13 de diciembre, dando lugar, de esta manera, a la ilegal apropiación de los recursos del Estado.

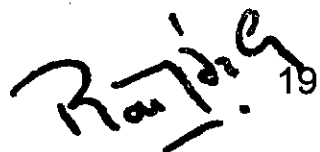
 18

Las pruebas allegadas, añade el Ente Fiscal, señalan que el incumplimiento en la ejecución se dio por falta de actividad laboral, no sancionada por la administración departamental en cabeza del procesado, quien no dispuso el uso de mecanismos adecuados para superarla, y por el contrario aprobó la suspensión por largos períodos de tiempo. Comportamiento que estimó encuentra explicación en que los inconvenientes en la ejecución tenían su origen en la propia administración por contratar una obra sin diseños acabados, y haber modificado los inicialmente entregados.

Consideró que la actividad de la interventoría estuvo encaminada a lograr el cumplimiento del contrato, sin embargo, la administración no respondió sus peticiones. Preciso, adicionalmente, que la investigación tiene copia de las comunicaciones enviadas por ella al contratista en noviembre de 2006 y agosto de 2007 solicitándole informara sobre el personal de la obra, el pago de aportes, los diseños, los recursos del anticipo y la ejecución del contrato, copia de las cuales remitió a la Secretaría de Infraestructura Física y a la Oficina Jurídica del Departamento.

Resumió el trámite que la gobernación dio a las postulaciones elevadas por la interventoría, para que se adoptaran medidas sancionatorias contra el contratista, así:

Con oficio de 30 de julio de 2007, la interventoría remitió a la oficina jurídica del departamento el proyecto de resolución imponiendo multa al contratista por

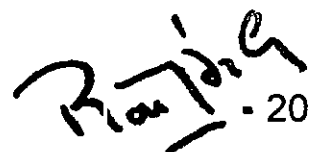
 19

incumplimiento en la entrega de los rediseños incluidos en el acta modificatoria de 30 de marzo de 2007, la asesora jurídica le respondió el 31 de agosto siguiente que eran necesarios los oficios enviados a la aseguradora, y que la multa estaba en trámite por vencimiento del plazo del contrato y no por el motivo aducido en la documentación presentada.

El 7 de septiembre de 2007, la misma interventoría comunicó a la compañía de seguros Cóndor la necesidad de imponer sanción pecuniaria al contratista con fundamento en la cláusula 16 del contrato y el numeral 10 del artículo 3 de la Resolución No. 561 de 2002. En la misma fecha reiteró a la asesora jurídica del departamento el fundamento para solicitar la sanción al contratista.

El 17 de septiembre de 2007 la interventoría informó a la contratista de la solicitud de aplicación de sanciones, indicándole el valor a pagar por los días que no se presentó a la obra el ingeniero residente, del 25 de julio al 17 de septiembre del mismo año.

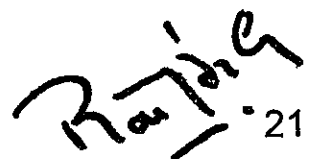
La oficina jurídica, el 18 de septiembre de 2007, le indicó a la interventoría el procedimiento a seguir para imponer la multa, precisando que la unidad ejecutora a través de la interventoría proyectaría el acto, advirtiéndole que de persistir el incumplimiento la interventoría debía presentar un informe a fin de declarar la caducidad y hacer efectiva la cláusula penal.

 - 20

El 24 de septiembre de 2007 la firma interventora hizo saber al supervisor su preocupación por el atraso de las obras, recomendando terminar el contrato anticipadamente sin declarar la caducidad y suscribir con la aseguradora o con un tercero su terminación, el 6 de febrero de 2008 recabó la comunicación pero al secretario de infraestructura física, recomendando se interviniera en la administración de los dineros, se garantizara el pago de los salarios y a los proveedores, y se ampliara el plazo en 2 meses más para garantizar la entrega. Pese a que para ese entonces el procesado ya no era gobernador, el documento informa sobre los aspectos generales del contrato, las fechas de inicio, suspensión y reinicio, además pone de presente que para entonces aún existía un bajo porcentaje de ejecución del contrato.

No obstante las reiteradas comunicaciones de la interventoría sobre el incumplimiento del contratista, argumenta la Fiscalía, la administración departamental no aplicó medida tendiente a garantizar la ejecución del contrato, por el contrario, autorizó la suspensión por un término acumulado de 255 días, lapso superior a los 8 meses previstos como término total de ejecución de las obras.

El atraso fue una preocupación revelada tanto por la interventoría como por el supervisor del contrato, DÍAZ ÁLVAREZ, quien respecto a las suspensiones y manifestaciones enviadas por la interventoría expresó que la administración procedió a multar al contratista y declaró la caducidad del contrato.

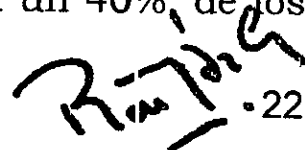
 21

Manifestaciones estas que desestimó la Fiscalía, aduciendo que la prueba documental demuestra que la comunicación dirigida a DÍAZ ÁLVAREZ el 24 de septiembre de 2007, era apremiante informando que transcurridos 16 meses desde el inicio de las obras el porcentaje acumulado de ejecución era apenas del 20%, pese a haber dispuesto de más de 2.000 millones de pesos del anticipo y concedido los plazos adicionales demandados, y que este declarante no ofreció precisión sobre la actividad realizada por la administración ante los informes de la interventoría, ni a los requerimientos que se le hicieron para que actuara por el considerable atraso de las obras.

El aludido oficio, estimó la Fiscalía, no fue suficiente para que la administración terminara unilateralmente el contrato aplicando su cláusula 21, que según la firma interventora permitiría a la entidad disponer de cerca de \$2.800 millones pendientes por desembolsar, en procura de alcanzar su terminación con los mismos contratistas.

También dio por demostrado, la Fiscalía, con los certificados de disponibilidad, registros presupuestales, y el Informe de la policía judicial No. 638749 de 24 de octubre de 2011, que el valor total del contrato \$5.307.137.113,03 fue imputado a los rubros de regalías.

Con el Informe No. 637647 de 25 de octubre de 2011, consideró acreditado que las obras realizadas comprenden la construcción de un edificio administrativo en un 40% de los

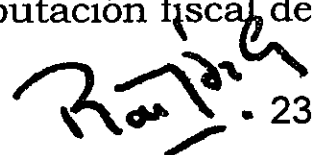
 -22

senderos peatonales en un 40%, de la plaza de armas en un 30% y de la zona de pesca un 80%, además, que el valor de lo terminado asciende a \$2.378.970.137,83 equivalente al 40% de las obras, porcentaje coincidente con el dictamen pericial realizado antes por JOSÉ MIGUEL VEGA RODRÍGUEZ concluyendo que de acuerdo al balance el constructor ejecutó el 44% quedando pendiente el 56%.

A partir del acta de liquidación No. 039 de 14 de enero de 2010, sobre el alcance físico del contrato estableció el informe que al vencimiento del plazo se encontraba ejecutado el 44.82% y aceptadas y pagadas obras por \$2.843.169.980,33, quedando una obligación a cargo del contratista de \$1.288.103.628,50, cifra que el balance financiero muestra como saldo por liberar a favor del departamento.

Añade, que la Fiscalía requirió se verificara el estado de las obras estableciendo con el informe No. 637647 de 25 de octubre de 2011 su abandono, deterioro, hurto de materiales, y mutilación de las estatuas en bronce, como también la declaración de la caducidad del contrato ordenando su terminación y liquidación, de donde infiere acreditado el detrimento patrimonial derivado de la celebración del contrato en cuantía superior a los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2006, equivalente a \$81.600.000.

Aludió también al hallazgo trasladado por la Contraloría a la Fiscalía, aportando copia del auto de imputación fiscal de

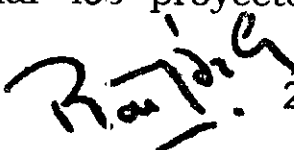
 23

cargos, que calificó al procesado de incumplir la planeación previa a su celebración, además de censurarle adicionar en valor y plazo el contrato no obstante el atraso de las obras, pidiendo la construcción de la plaza de marras y la elaboración de monumentos, y ante el incumplimiento del contratista se abstuvo de declarar la caducidad, terminación y liquidación del contrato.

Considera, finalmente la Fiscalía, que con los hechos denunciados, las condiciones en que se celebró el contrato, las causas de incumplimiento imputables a la administración y el comportamiento del sindicato, el delito fue probado con los medios analizados.

De otro lado, no halló causal que explique la conducta del inculcado, pues sus intervenciones advierten las irregularidades cometidas en el trámite y celebración del contrato, la adición, la disposición de los recursos y la responsabilidad sobre la correcta ejecución.

En la versión libre, evocó la Fiscalía, sostuvo que hubo problemas al inicio de la ejecución porque una vez se ubicaron los ingenieros en el terreno encontraron grandes cantidades de imprevistos, sin embargo, para la Fiscalía ello solo tiene respuesta en la falta de definición técnica del proyecto, por lo tanto, no acogió la excusa de atribuir la responsabilidad a las secretarías, pues la suya la deriva de las condiciones en que celebró el contrato, pues fue él quien aseguró que semanalmente se reunía con los secretarios de despacho y la oficina jurídica para evaluar los proyectos

 24

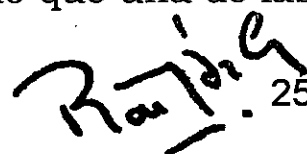
adelantados por cada unidad ejecutora, y destacó la importancia de esta obra para el desarrollo cultural y económico del departamento, es decir, conocía las condiciones de su avance.

Además, dice, refirió el procesado, que la secretaría de hacienda se encargó de realizar el presupuesto para la construcción de la primera etapa, el secretario presentó verbalmente el estudio y él como gobernador lo autorizó a mediados de 2004 para crear los rubros presupuestales y los presentara a la asamblea departamental que lo aprobó. Ello demuestra, deduce la Fiscalía, que se incumplió en el trámite la solemnidad, pues cursó en forma verbal.

Sobre la adición, adujo, la firmó el gobernador encargado RAFAEL ZÚÑIGA, no empero, para la Fiscalía fue él quien hizo la delegación y decidió la necesidad de su construcción.

La determinación de declarar la caducidad del contrato se produjo el 19 de noviembre de 2008 en la administración posterior, es decir, después de más de dos años de iniciada la obra, y pese a los inconvenientes que desde los primeros meses observó la interventoría.

Que se haya liquidado unilateralmente y las firmas aseguradoras hayan acudido como garantes, estima la Fiscalía, no desvirtúa el daño causado a la administración pública, el incumplimiento en el objeto del contrato, y que las primeras suspensiones obedecieran a razones de indefinición técnica del proyecto. Aclara no haber afirmado que una de las

 25

anomalías fue la carencia de garantías, de suerte que argumentar que no hay conducta punible porque se constituyeron no es razón con posibilidad de desvirtuar la responsabilidad del investigado.

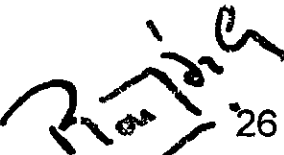
En estos términos infirió la Fiscalía en grado de probabilidad que JULIO ENRIQUE ACOSTA EERNAL es presunto autor responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en concurso heterogéneo.

No accedió a revocar la medida de aseguramiento, teniendo en cuenta que si bien con la declaración de BALAGUERA BALAGUERA se incorporaron documentos que la defensa relaciona en sus alegatos y que hacen parte del anexo 8 A, consideró que no desvirtúan el fundamento probatorio tenido en cuenta para inferir la procedencia y necesidad de la medida.

El 31 de enero de 2014, la misma Fiscalía no repuso la acusación, y dispuso el envío del expediente a esta Corporación.

4. Actuación ante la Corte:

El 29 de julio de 2014, la Sala llevó a cabo la audiencia preparatoria, no decretó la nulidad pedida por el defensor con base en varias causales, y ordenó la práctica de pruebas solicitada por los sujetos procesales, algunas de las cuales fueron practicadas por comisión.


26

El 18 de noviembre de 2016, el procesado fue puesto a disposición de este expediente por parte de la Fiscalía Séptima Delegada ante esta Corporación.

El 1 de junio del corriente año, la Sala revocó la medida de aseguramiento de detención preventiva que pesaba contra el procesado ACOSTA BERNAL, y lo puso a disposición del Radicado No. 49734 seguido en esta misma Sala.

La audiencia pública se llevó a cabo en varias sesiones. su síntesis es la siguiente:

Audiencia de juzgamiento:

4.1. Intervención del Fiscal 10 Delegado ante la Corte:

Pide a la Sala condene al procesado como autor responsable de los delitos por los cuales fue acusado, fundado en los siguientes argumentos.

Del contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

Teniendo en cuenta que la acusación por este delito consiste en que el procesado no verificó el cumplimiento de requisitos legales antes de celebrar el contrato, procedió a determinar el alcance de esta modalidad comportamental

Raúl 27

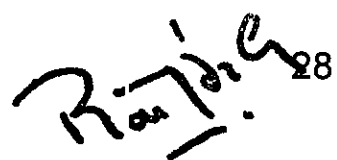
prevista en el tipo penal, con apoyo en jurisprudencia de esta Corporación.

En este caso, aseguró, la investigación estableció que en el trámite previo a la celebración del contrato 069 de 2006, la administración departamental incumplió el requisito esencial de realizar estudios sobre conveniencia y oportunidad antes de comenzar el proceso de selección del contratista como lo preceptúa el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, en particular, no cumplió el deber de contar con diseños y plan de manejo ambiental antes de seleccionar el contratista.

En efecto, los documentos producidos en la ejecución del contrato, a juicio de la Fiscalía, demuestran el incumplimiento de dicho requisito, específicamente el atinente a la identificación técnica de la obra, el objeto del contrato y, su soporte técnico y económico. Determinó en específico las irregularidades que se mencionan a continuación:

La UT Estudios Urbanos Ltda. DIANA WIESNER no entregó completos los diseños contratados, ni el presupuesto definido por esa misma razón. Deficiencias que encontró corroboradas con las suspensiones de las obras y estos documentos:

El 13 de diciembre de 2005 la consultora entregó a la gobernación la formulación del plan maestro y el diseño del proyecto, advirtiéndole que el presupuesto estaba definido salvo la parte de cimentación y estructura de los senderos que

 28

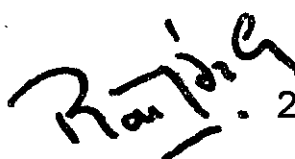
cruzan zonas húmedas y cauces hídricos, por no haber sido posible que el encargado del levantamiento topográfico entregara la información de profundidad de estos sitios.

El acta de suspensión No. 1 de 11 de junio de 2006, determinó como motivo de esa decisión que las cantidades establecidas en el plan de inversión no correspondían al proyecto urbano arquitectónico planteado por el diseñador, además, en el proceso reposa acta de modificación acondicionando ítems existentes y planteando la incorporación de unos nuevos.

El acta de suspensión No. 1 pero de 22 de junio de 2006, señaló como causa de esa decisión que CORPORINOQUIA no aprobara hasta ese momento el plan de manejo ambiental elaborado por la gobernación de Arauca exigiendo adelantar una serie de trámites. Documento indispensable para ejecutar los trabajos.

El acta de suspensión No. 2 de 24 de octubre de 2006, indicó como causa de la interrupción de los trabajos los inconvenientes e inconsistencias de carácter arquitectónico, constructivo y estructural en los diseños del parque, siendo necesario reestructurar el proyecto para ajustarlo a las reales condiciones del terreno y a los requerimientos de tipo ambiental.

La indefinición del objeto contractual la dio por demostrada, la Fiscalía, con el contenido del acta de reunión

 29

de avance de obra de 20 de octubre de 2006, específicamente con los siguientes hechos:

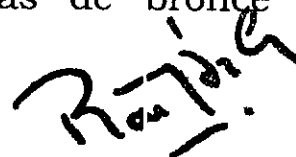
a. La intervención de ACOSTA BERNAL proponiendo modificar la obra original para construir una plaza en la que se instalaran monumentos ecuestres de Bolívar y Santander.

b. La solicitud del procesado hecha al contratista de definir los diseños y los costos de las nuevas obras, aludiendo a que si el precio no se alcanzaba a cubrir se aplazarían algunas obras del contrato original, como por ejemplo, la casa ganadera, el edificio administrativo y la zona de camping para utilizar los recursos en la plaza y los monumentos.

La adición del contrato se dio, lo cual implicó el cambio del objeto contractual de la primera etapa y la elaboración de diseños para realizar las nuevas obras. Circunstancias que dio por comprobadas la Fiscalía.

En efecto, la empresa contratista solicitó a la interventora su aval para la adición del contrato sustentada en los nuevos desarrollos y modificaciones planteados por la administración departamental, teniendo en cuenta los diseños entregados al comienzo, suceso que obligaba a reestructurar y planear un nuevo diseño arquitectónico y urbano incluyendo la plaza de armas de más de 25 mil metros cuadrados.

En la adición del contrato se consignó que se reestructuró el primer diseño con el propósito de construir la anunciada plaza ambientada con réplicas de bronce de

 30

personajes que hicieron parte del desarrollo histórico en ese momento.

De otro lado, aseveró la Fiscalía, el proyecto tampoco contó con un plan de manejo ambiental que hiciera parte del estudio previo de factibilidad, paradójicamente los permisos ambientales empezaron a tramitarse después de la suscripción del contrato, situación que estimó comprobada.

Ciertamente, la ficha estadística básica de inversión en el ítem destinado a la información ambiental consignó que el proyecto si requería licencia ambiental y que ya había sido aprobada, con lo cual, da por demostrado que su necesidad estaba prevista desde la elaboración del proyecto, y que contrario a lo consignado por la ficha su trámite ni siquiera se había iniciado.

Con oficio de 31 de julio de 2006 enviado a CORPORINOQUIA la Secretaría de Desarrollo Agropecuario le informó que se tenía prevista la inclusión del proyecto en el plan de ordenamiento territorial, pero, para esa fecha el contrato ya había sido firmado desde el 25 de abril de 2006, y hasta ese momento se estaba solicitando la expedición de los permisos temporales.

Con auto de 11 de agosto de 2006 a través del cual CORPORINOQUIA dio inicio al trámite, hizo unos requerimientos y ordenó practicar visita técnica, motivada en la petición presentada por la Secretaría de Desarrollo Agropecuario, información con base en la cual la Fiscalía dio

Rafael
31

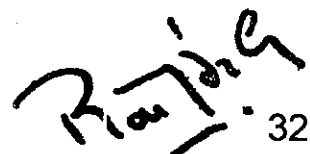
por demostrado que los trámites correspondientes al manejo ambiental se cumplieron posteriormente a la firma del contrato.

La resolución 200-15-06-840 de 7 de septiembre de 2006, mediante la cual CORPORINOQUIA otorgó unos permisos y autorizaciones para el uso y aprovechamiento de recursos naturales, fue expedida 5 meses después de la celebración del contrato.

Si bien es cierto que la defensa a través de LIBARDO BALAGUERA aportó un documento cuya carátula alude a la existencia de un estudio de impacto ambiental, también lo es que no constituye prueba del cumplimiento de dicho requisito por condensar tan solo una tabla de contenido ignorando si se sustentó en estudios reales y materiales, además, no pudo ser verificada debido a la conducta tardía de la defensa al pretender que la Sala ordenara una prueba extemporánea.

En cualquier caso, aclara la Fiscalía, el documento no desvirtúa el cargo alusivo a la ausencia de licencia ambiental, ni explica la existencia de los permisos referidos por CORPORINOQUIA pues si bien pudo tratarse de un estudio de impacto ambiental, no constituye la autorización para intervenir los recursos naturales.

Adicionalmente, las pruebas practicadas en el juicio confirman la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado en los delitos imputados, así:


32

Las declaraciones de YIOVANNI ZORRO LÓPEZ y TATIANA GIL señalan que el contrato inició sin diseños concluidos, que el contratista adelantó por petición del gobernador actividades propias del diseño de la obra, y que la interventoría fue contratada varios meses después de la celebración del contrato y la suscripción del acta de inicio de obra.

Destacó de YOVANNY ZORRO LÓPEZ haber manifestado que le presentaron unos diseños del parque en el momento de licitar, imponiéndole realizar una visita al lugar en donde se desarrollaría el proyecto. Una vez iniciaron los trabajos se presentaron una serie de inconvenientes, encontraron que los diseños no estaban listos, no estaban totalmente elaborados, no correspondían a los que habían mostrado, no tenían permisos ambientales ni licencia de construcción, por eso empezaron a pararles las obras. Preciso que la propuesta fue presentada con unos diseños diferentes e inacabados, condiciones bajo las cuales signó el contrato.

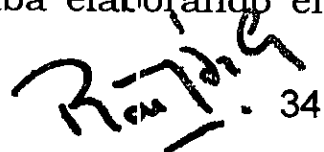
Este testimonio le permitió a la Fiscalía concretar varios aspectos que fundamentaron la acusación: que para la firma del contrato e inicio de las obras no habían diseños ya que los tenía el grupo consultor en etapa de corrección, los diseños fueron modificados hacia octubre o noviembre de 2006 comoquiera que se elaboró un acta de la reunión en la que el gobernador solicitó su cambio para que contuviera las nuevas obras, esta petición la elevó directamente al contratista; no se contempló el alcance del nuevo diseño por lo que fue necesario reajustarlo en orden al presupuesto del

Rafael 33

contrato; el diseño se hizo a medida que se construían las obras, ocasionando que los trabajos no marcharan por no saber las especificaciones les tocó trabajar, diseñar, construir y diseñar; la modificación de diseños se produjo por 3 circunstancias: a) al inicio del contrato no estaban listos porque la consultora los tenía corrigiendo, b) los requerimientos de CORPORINOQUIA obligaron al cambio de diseños y, c) las decisiones del gobernador que no estuvo de acuerdo con algunas especificaciones, hubo un cambio de más del 70% de los diseños iniciales; además, al momento de firmar el contrato no contaba con licencias ambientales, ni siquiera con permisos de esa naturaleza, la plaza de armas no estuvo prevista en el diseño inicial haciendo parte del objeto contractual lo cual implicó cambiar todo, por esa razón se adicionó el presupuesto, su inclusión generó la reforma del contrato y muchas obras se suprimieron.

De TATIANA GIL, resaltó lo referente a que suscribió el contrato de interventoría transcurridos 4 meses de celebrado el de obra, cuando iniciaron los trabajos estaban suspendidos, comenzaron revisando los planos, mirando lo que tenían, después se firmó un adicional tras obtener de ellos el concepto favorable. Como a mediados de 2007 empezaron a requerir al contratista por los atrasos presentados, siempre con copia a la Secretaría de Obras Públicas.

Además, indicó la Fiscalía, ésta testigo refinó que los diseños de la obra se los entregó el ingeniero JAIME DÍAZ, mientras los de la plaza de armas los estaba elaborando el

 34

arquitecto contratista porque se ampliaron los primigenios, fue necesario hacerles modificaciones para incluir ítems nuevos. GIOVANNI ZORRO los elaboró después del comité de obras.

Esta prueba testimonial permite establecer, añade, que no hubo estudios previos para adicionar el contrato en valor y plazo, los que constituían requisito indispensable porque se estaba modificando el objeto contractual.

Recuerda que la interventora advirtió que los planos los obtuvo del contratista, ya que si bien los primeros diseños se los entregó el supervisor fue el contratista quien le dio los últimos, es decir, no fue la administración departamental la que le suministró ese insumo.

Además, en últimas la testigo tuvo que reconocer que algunos ítems relacionados con la plaza de armas no se encontraban en los diseños iniciales, negándose a contestar si conoció estudios previos a la adición, circunstancia que estimó entendible la Fiscalía porque no hubo estudios previos, diseños, presupuesto definido, ni planeación.

En relación con el testimonio de LUIS EDUARDO SEPÚLVEDA en el juicio, ingeniero contratado por la empresa consultora para realizar los trabajos de topografía, relievó que no concretó el momento en que hizo entrega del producto, sin embargo, adujo la Fiscalía, la prueba documental aportada por BALAGUERA BALAGUERA demuestra que ello no ocurrió

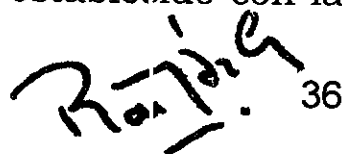
en tiempo, quedando claro, con este dicho, que su labor se contrajo a la elaboración de los estudios topográficos.

En fin, apreció la Fiscalía que la declaración de SEPÚLVEDA y los documentos aportados por BALAGUERA sobre la carencia de estudios topográficos respaldan el dicho del contratista GIOVANNI ZORRO, es decir, que para ubicar los diseños en el terreno tuvo que contratar una comisión topográfica porque los iniciales estaban sin acabar, al punto que al comenzar las obras la gobernación no había liquidado el contrato con la empresa consultora, la que estaba corrigiendo los diseños.

En ese contexto, insiste, en que los diseños estaban inacabados, apoyada en el oficio de 13 de diciembre de 2005, en las imprecisiones exhibidas por el declarante SEPÚLVEDA y el relato del contratista, incumpliendo el requisito legal de existencia de estudios previos a la celebración del contrato, y por contera el principio de planeación.

En suma, dijo la Fiscalía, las pruebas recaudadas en la instrucción y en el juicio confirmaron que el requisito esencial previsto en el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002 no se cumplió, ya que pese a haberse contratado los diseños no fueron aplicados a la obra por cuanto fue necesaria su modificación, ejecutándose los trabajos de acuerdo a como iban siendo elaborados por el mismo contratista.

Los primeros, adujo, no estaban definidos al momento de la firma del contrato, hecho que dio por establecido con la


 36

declaración de GIOVANNI ZORRO, al referir las razones por las cuales fueron suspendidas las obras, con las actas correspondientes y los requerimientos hechos por la interventoría, según los cuales los estudios no correspondían a las reales condiciones del terreno y a las necesidades medio ambientales, los cuales estaban siendo rectificados, es decir, no habían sido entregados a la gobernación y menos al contratista.

En ese sentido, evocó, GIOVANNI ZORRO manifestó que los diseños con base en los cuales presentaron la propuesta no habían sido terminados, estaban en proceso de corrección, de modo que para la firma del contrato no estaban listos, menos para el inicio de las obras.

La Fiscalía no desconoce la existencia de unos planos al iniciar las obras producto del contrato de consultoría No. 313 de 2005, sin embargo, aclaró, que no es ese el fundamento del reproche ya que cuando la UT DIANA WIESNER los entregó el 13 de diciembre de 2005 no estaban terminados, pese a ello la administración con Resolución No. 1346 del día siguiente inició el proceso de selección, lo que constituye una clara vulneración de los principios de planeación y economía en la etapa previa, aún en la celebración pues ni siquiera al inicio de los trabajos se encontraban acabados.

Por ello, considera, la responsabilidad del procesado surge a partir del trámite pues dio apertura al proceso de selección sin contar con los diseños terminados, ni un plan


37

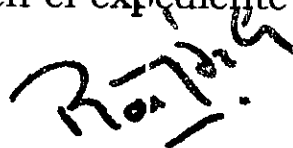
de manejo ambiental esencial, no obstante ello, procedió a firmar el contrato.

Más relevante aún, adujo, es el hecho que el gobernador era consciente que los diseños contratados no serían aplicados a la obra. Así lo advirtió en el comité del 20 de octubre de 2006, al referir que la idea original del parque era otra y, que por tanto, era necesario construir la plaza de armas, así hubiese necesidad de aplazar la realización de algunas de las obras previstas en el contrato original.

Por esa razón no le interesó abrir la convocatoria con diseños incompletos y con presupuesto indefinido, además, resolvió adicionar el contrato para adecuarlo a su tardío requerimiento, sin contar con un estudio técnico que lo avalara.

Además, la Fiscalía desechó el argumento defensivo tendiente a desconocer los términos del acta del comité, insistiendo en que la presencia del procesado en él está acreditada, además el acta no ha sido tachada de falsa, por el contrario ACOSTA BERNAL como BALAGUERA BALAGUERA admitieron haber participado en él, y tratado el tema de la adecuación de las obras para dar paso a la construcción de la plaza de armas.

La Fiscalía también desechó el argumento del procesado esbozado en la audiencia relativo al contenido del acta de suspensión 01, consistente en que solo se hicieron ajustes a los diseños, aduciendo que lo demostrado en el expediente es

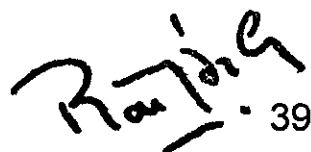
 38

que no estaban acabados y por virtud de las transformaciones el contratista debió rediseñarlos y acometer las obras con ellos, es decir, no se trató de un solo ajuste.

Por ese motivo, dice, se negó a contestar aludiendo a que se trataba de temas técnicos de los cuales se ocupaba el contratista, el secretario de infraestructura y la interventoría, cuando se le preguntó sobre el motivo por el cual en el acta se menciona que hubo inconvenientes, denotando con ello el afán por trasladar la responsabilidad a terceros.

Para rebatir el planteamiento de la defensa referente a que la construcción de la plaza de armas fue prevista en el proyecto, recuerda haber precisado con BALAGUERA BALAGUERA las obras que comprendía la primera fase del proyecto, logrando dejar en claro que su construcción no estaba incluida en ella, es decir, la adición del contrato anticipó una obra de la segunda etapa, modificando sustancialmente el objeto del contrato sin realizar estudios previos.

Conducta que valoró como ilegal por violar el principio de planeación, debido a que el proyecto de inversión fue viabilizado para la primera etapa el 26 de octubre de 2005 y actualizado el 18 de febrero de 2006, lo que restringía la actuación de la administración a cumplir sus condiciones, de modo que al modificarlas, como se hizo, alteró los indicadores de resultado y evaluación.

 39

Al ponderar las respuestas dadas por BALACUERA en la audiencia sobre la falta de estudios previos del adicional del contrato en plazo y valor, argumentó la Fiscalía, que para ese momento la obra estaba en ejecución con un objeto distinto a la plaza de armas, calificando de irregular que trasladara al contratista la responsabilidad de estructurar el objeto mismo del contrato violando el principio de planeación.

Si bien la administración hizo un ajuste al proyecto de inversión, según el formato único de viabilidad y elegibilidad No. 1304 del 30 de noviembre de 2006 para construir la plaza de armas, ese propósito no lo autorizaba para modificar el contrato mediante una adición, lo procedente era contratar una nueva obra. Insiste en afirmar que con ello modificó el objeto del contrato, la cual requirió la elaboración de los diseños necesarios como lo aseveró GIOVANNI ZORRO.

Considera que el aludido formato evidencia que la orden impartida por el procesado el 20 de octubre de 2006 se cumplió, ya que 20 días después se hizo la actualización para disponer de mayores recursos de inversión modificando el contrato que se venía ejecutando para la fase 1, decisión que fue utilizada no solo para desplazar obras inicialmente previstas, sino para comprometer más dineros.

Frente a este panorama, consideró como inocuo que la defensa se duela por no haber contado con los documentos del anexo 8 A ya que con base en ellos no se hizo ninguna petición probatoria, ni en el desarrollo de la actividad controversial en el juicio los reclamó o extrañó, pero sobre

Raúl 40

todo por tratarse de prueba analizada por ella en la acusación y desvirtuada como referente de exculpación, al corresponder a los diseños no utilizados en la ejecución del contrato.

Pero además de la falta de diseños, aseveró, tampoco contaba con la licencia y el plan de manejo ambiental, necesarios desde la elaboración y viabilidad del proyecto de acuerdo a como se inscribió en la ficha básica de inversión EBI, cuya información es el producto de los procesos de identificación, preparación, evaluación y programación realizados a través de la metodología general ajustada, prevista por la Dirección Nacional de Planeación para la formulación de proyectos de inversión.

Información imprescindible para identificar los principales aspectos del proyecto de inversión que deben quedar consignados en el DOPIN. De manera que su viabilidad y elegibilidad depende de la formulación del proyecto cumpliendo esa metodología, garantizando la debida inversión de los recursos.

En este caso, añade la Fiscalía, el desdén con el que la administración asumió el deber de concordar la ejecución del proyecto a su formulación, lo consideró demostrado con las manifestaciones hechas por BALAGUERA BALAGUERA, referentes a que no todos los requisitos registrados en la ficha EBI eran obligatorias porque si legalmente no se necesitaban no constituían soporte para elegir o no el proyecto, no obstante éste fue formulado, inscrito y viabilizado, requiriendo licencia ambiental, la cual había sido aprobada

Raúl

según la aludida ficha EBI, requisito que el proceso demostró no fue cumplido.

Le cuestiona al inculcado que el plan de manejo ambiental hubiese sido presentado después de firmar el contrato, ignorando que el proyecto inscrito exigía la consecución de licencia ambiental, y de acuerdo con la certificación expedida por CORPORINOQUIA el 9 de febrero de 2006, debía obtener los permisos necesarios para el uso y aprovechamiento de recursos naturales.

Contrario al decir del acusado, estimó la Fiscalía, no era deber del contratista sino de la administración tener definido el manejo ambiental a partir de la obtención de la licencia ambiental como lo precisó el proyecto, o al menos de los permisos exigidos por esa Corporación.

En esos términos, aduce, carece de relevancia la discusión propuesta por la defensa sobre la obtención de la licencia ambiental o de permisos de esa misma índole, pues lo probado es que en uno u otro caso era una obligación de la administración que incumplió.

Más reprochable aún, considera, es que después de firmado el contrato, iniciadas las obras y suspendidas por falta de permisos ambientales, la administración remitiera a CORPORINOQUIA el plan de manejo ambiental para la construcción de la primera etapa del proyecto, como consta en la Resolución de 7 de septiembre de 2006 que le otorgó los



permisos y autorizaciones para el uso y aprovechamiento de los recursos ambientales.

Sostener que lo requerido no era la licencia sino los permisos ambientales a cargo del contratista, como lo hace la defensa, es desconocer los términos de la formalización y viabilidad del proyecto. Y, que se haya concedido la posibilidad de intervenir los recursos naturales a partir de permisos ambientales, solo puede valorarse como el mecanismo utilizado ex post para solucionar los inconvenientes surgidos en la ejecución por inobservar un requisito previo de planeación.

Frente a este contexto fáctico y probatorio, es evidente, reitera la Fiscalía, la vulneración de los principios de planeación, economía, responsabilidad, y de estricta legalidad pues siendo una obligación elaborar los estudios y diseños aludidos, no se hizo. El hecho de celebrar el contrato de consultoría con esos propósitos no bastaba, era necesaria la real y efectiva definición de los diseños de la obra.

En cuanto al principio de planeación que exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación, afirma, estos aspectos fueron omitidos ya que los diseños tenidos en cuenta para el trámite y celebración eran incompletos, y después fueron desechados y reformados por el gobernador cuando decidió cambiar la obra contratada, dando lugar a la suscripción de un adicional por valor equivalente al 39% del precio inicial que implicó la

modificación del presupuesto, sin contar con estudio de necesidad y conveniencia, sino basado en su discrecionalidad.

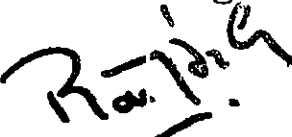
No contar con los diseños que finalmente fueron utilizados por el contratista para adelantar la obra, considera la Fiscalía, trasgrede el principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80, en armonía con el 8 del Decreto 2170 de 2002.

En cuanto al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80, el procesado debe responder por abrir la licitación sin haberse elaborado previamente los estudios, planos y evaluaciones necesarias, como quiera que se probó que los diseños contratados fueron entregados incompletos en diciembre de 2005 por faltarle el levantamiento topográfico.

Con base en los argumentos precedentes, la Fiscalía reiteró la solicitud de proferir sentencia condenatoria en contra de JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en relación con el contrato No. 069 de 2006, y su adición en valor y plazo suscrita el 13 de diciembre de 2006.

Sobre el delito de peculado por apropiación.

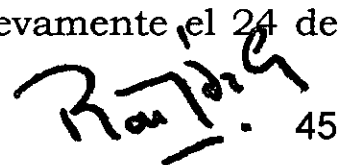
Con arreglo a lo previsto por el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, asevera el Fiscal Delegado, la actividad contractual era responsabilidad del procesado como ordenador del gasto.

 44

En la instrucción se acreditó que los recursos correspondientes al rubro de “actualización, construcción parque los libertadores patrimonio histórico, municipio de Tame”, provenían de regalías, por tal razón el control de su ejecución era riguroso con arreglo a la Ley 756 de 2002. Sin embargo, no contó con la interventoría desde la celebración del contrato, por lo menos desde el inicio de las obras como lo declaró TATIANA GIL, al afirmar que signó el contrato de interventoría el 12 de septiembre de 2006, transcurridos 4 meses de firmada el acta de inicio de obras, así consta en la resolución 039 de 2010, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra, de cuyo contenido deduce que la ejecución de los recursos fue dejada a la liberalidad del contratista sin que el gobernador ejerciera control alguno, no podía ser de otra manera ya que ni siquiera agotó un proceso de planeación, toda vez que el objeto no estaba claramente definido.

Además, como se estableció en la instrucción, fueron varios los momentos en que se suspendió la obra sin control de los recursos entregados al contratista, o requerimiento del supervisor sobre la forma como se venía ejecutando la obra. Veamos, dijo la Fiscalía:

El contrato se firmó el 25 de abril de 2006 para ser ejecutado en 8 meses, el acta de inicio es de 22 de mayo siguiente, 20 días después se suspendió por primera vez hasta el 11 de septiembre, para ese momento no se contaba con interventoría, la obra se suspendió nuevamente el 24 de

 45

octubre y continuó el 8 de noviembre, y pese a los inconvenientes que hasta entonces se habían presentado el 13 de diciembre se adicionó el valor en \$1.499.999.093,03, debido a lo decidido por el gobernador en el comité de obra del 20 de octubre de 2006.

De acuerdo con el material probatorio y en particular con la resolución 039 de 2010 que liquidó unilateralmente el contrato, la obra fue suspendida en 5 oportunidades, 2 en 2006 y 2 en 2007. Además, de no haberse ejercido la interventoría oportunamente, ésta evidenció que una vez fue contratada entre julio de 2007 y febrero de 2008 fueron múltiples las comunicaciones que remitió solicitando la imposición de multas, sin recibir respuesta de la administración.

Comunicaciones concretadas en la Resolución 039 de 2010 de cuyo contenido, destaca, que a folio 10 advirtió que la sanción impuesta por incumplimiento en la entrega de rediseños no se hizo efectiva por razones de procedimiento, y las comunicaciones que se surtieron por la administración a través del supervisor del contrato tuvieron lugar en el año 2008, en la administración siguiente.

En orden a las cifras contenidas en el acta de liquidación el monto total de obra recibida ascendió a \$2.463.967.137,70, equivalente al 46.43% del total del contrato, además definió como total de la obligación pendiente de pago por el contratista la suma de \$1.288.103.628,50 centavos, discriminados de la siguiente manera: 1) Recursos entregados

Raúl 46

en calidad de anticipos que no fueron amortizados \$864.019.838,37, 2) Multas impuestas por incumplimiento de obligaciones contractuales \$120.521.250,36. 3) Multa impuesta por el incumplimiento definitivo en la obligación de ejecutar el objeto del contrato dentro de plazo previsto, lo que generó la caducidad por la suma de \$284.316.998,03, 4) Deuda por saldo de pago de parafiscales \$12.084.950,74. 5), y rendimientos financieros en la cuenta de manejo de los recursos girados para la ejecución de la obra que debieron consignar en la tesorería \$7.160.591, es decir, un detrimento al erario de \$1.288.103.628,50 centavos, en favor de la empresa contratista. Con base en ello la Fiscalía solicitó se condené al acusado a título de autor responsable de delito de peculado por apropiación, groso modo, por las siguientes razones:

Como ordenador del gasto tenía la disponibilidad sobre los recursos del departamento y a través del contrato 069 y su adicional No. 1 los apropió en las condiciones ya mencionadas, con lo cual dio lugar a que los recursos entraran al patrimonio de un tercero, el contratista.

La administración departamental en cabeza del sindicado no se ocupó de la correcta ejecución del dinero, además, quedó claro que las suspensiones y dificultades en los trabajos obedecieron a la forma en que la gobernación celebró el contrato, sin diseños y plan de manejo ambiental, modificando las obras cuando el contrato estaba en ejecución. También recuerda que el contrato fue objeto de adición por voluntad del gobernador al modificar el diseño inicial,

Rafael
47

circunstancias demostradas en el proceso con las declaraciones del supervisor JAIME DIAZ y LILIANA VIVAS PARADA, sobre el trámite de las sanciones, y con el recuento de las actividades realizadas contenido en el acta de liquidación del contrato.

Se trató de una obra ejecutada por el contratista en poco más del 40% que permaneció inconclusa y abandonada.

La construcción estuvo paralizada y abandonada hasta cuando se suscribió el acuerdo de transacción entre la administración y la aseguradora Cóndor, quien asumió como garante. Así lo expresó OLGA PATRICIA SIERRA, representante de la aseguradora, afirmando que la compañía tuvo que asumir la terminación del contrato para amparar los riesgos del anticipo y el cumplimiento del contrato, cuando la obra estaba en malas condiciones por abandono y vandalismo, además que debieron asumir la carencia de plan de manejo ambiental.

Por ello, contrario a lo planteado por la defensa, la intervención de un tercero por virtud de un contrato de seguros no conlleva la inexistencia del injusto y por ende la irresponsabilidad de ACOSTA BERNAL.

En ese contexto, resalta la Fiscalía, la conducta de peculado no se desdibuja o se torna atípica por la intervención posterior y necesaria de la compañía aseguradora como consecuencia de la verificación de un siniestro, pues se verificó la lesiva apropiación de los recursos

públicos por el contratista a propósito de la irregular gestión de la administración en cabeza de ACOSTA BERNAL.

Insiste en que la participación de la aseguradora con ocasión del siniestro no desnaturaliza el peculado en favor de particulares, ni traslada la responsabilidad al contratista, ni constituye una causal de ausencia de responsabilidad para quien incumplió los requisitos esenciales en el trámite y celebración del contrato.

No considera trascendente la información aportada por la gobernación a la Contraloría en su oficio de 6 de mayo de 2014, por aludir a las condiciones en que se cumplió el acuerdo de transacción y no a los hechos objeto del proceso anterior a la suscripción del acuerdo.

Con base en lo anterior, reiteró la solicitud de condena como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo con el delito de peculado por apropiación.

Intervención de la parte civil reconocida:

La representante judicial de la Contraloría General de la República, reconocida como parte civil en el proceso, apoyada en los argumentos de la resolución de acusación, solicitó a la Corte condenar al procesado por encontrar probado en grado de certeza su responsabilidad en los dos delitos atribuidos, y al pago de los perjuicios en favor del Departamento de Arauca.

Raúl

Intervención del Ministerio Público:

Solicitó la absolución del procesado, tras responder los siguientes interrogantes:

¿El contrato No. 069 del 25 de abril de 2005, suscrito por JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL como Gobernador de Arauca con el Consorcio ECO-PARK, para la "Construcción de la primera etapa del Parque Histórico y Ecoturístico los Libertadores en el municipio De Tame, Departamento de Arauca", se celebró sin la observancia de los requisitos legales?

¿Se encuentra objetivamente acreditado en las sumarias la apropiación de dineros por el Consorcio ECO-PARK, de manera que se configure el delito de peculado por apropiación en la persona de JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL?

Sobre la primera pregunta y sin perder de vista la acusación, estima que el principio de planeación fue cabalmente observado por la administración. Así, el proyecto fue inscrito en el banco de viabilidad y elegibilidad, siendo incluido en el plan de desarrollo 2004-2007 "Vamos Arauca por el cambio radical", con el formato único de viabilidad N°395 de abril de 2005 de la Secretaría de Educación Departamental, fue radicado en la Secretaría de Planeación adscrita al Banco de Programas y Proyectos de la Gobernación.

Rafael
50

El proyecto fue actualizado mediante viabilidad 1054 de 26 de octubre de 2005 incluyendo los presupuestos, las actividades por adelantar en la primera etapa de la construcción, y se certificó con el oficio GA-SPD-1401 de noviembre 25 de 2005".¹

Se registró la elaboración de la ficha de estadística básica de inversión (EBI), hecha por la Secretaría de Educación y Dirección de Cultura y Bellas Artes, el 26 de octubre de 2005 fue presentada su actualización por la misma secretaría, y certificada por la de Planeación.

Los estudios preliminares, diseños y formulación del plan maestro, en su sentir fueron cumplidos, según lo demuestran las siguientes pruebas:

La Administración Departamental suscribió el contrato de consultoría No. 313 de 2005 con el grupo de Estudio Urbanos Ltda., y DIANA WIESNER CEBALLOS, cuyo objeto fue la realización de los estudios preliminares, diseños y formulación del plan maestro². El 3 de octubre de 2005 el consorcio entregó las cantidades de obra y los costos para desarrollar la primera etapa del proyecto, el 13 de diciembre los diseños y el 14 los expusieron a la comunidad.

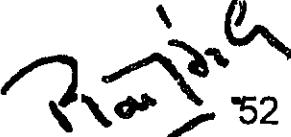
¹Folio 1-2 Cuaderno Anexo Original. 9

²Folio 65-96 C.A.O 2

El estudio de impacto ambiental corrió a cargo de la ingeniera MARÍA ELENA ORTEGA, el cual realizó en noviembre de 2005.

La obtención de los permisos ambientales de CORPORINOQUIA, la dio por acreditada con el aval No. 003 de 9 de febrero de 2006, con el que el Director General certificó: *"que el Proyecto Parque Los Libertadores inscrito en el banco de proyectos con el N 1.81794-035-05, es ambientalmente viable, y conforme al Concepto Técnico de la Subdirección de Control y Calidad Ambiental de 8 de febrero de 2006, para su ejecución no necesita Licencia Ambiental, como lo contempla el Decreto 1220 de 2005. No obstante, la Gobernación de Arauca deberá tramitar y obtener los permisos a que haya lugar por el uso y aprovechamiento de los recursos naturales como son: permiso de aprovechamiento forestal (remitido por la Administración a CORPORINOQUÍA el 28 agosto de 2006), y ocupación del cauce, plan de compensación ambiental (remitido por la administración a CORPORINOQUÍA el 28 agosto de 2006), precisó la Procuraduría.*

El 17 de julio de 2006, con oficio No. 592827, la administración entregó a CORPORINOQUIA el plan de manejo ambiental, el 6 de septiembre siguiente ésta emitió el concepto No. 550.9-0866 evaluando como procedente conceder permiso de vertimiento y de aprovechamiento forestal, autorización de manejo de residuos sólidos, de sobrantes de excavación y demoliciones, además de


52

establecer la compensación ecológica para aplicar en el proyecto.

Para dar por demostrado el cumplimiento del requisito ambiental, la Procuraduría determinó los conceptos de licencia y permiso ambiental, así:

La Ley 99 de 1993, definió la licencia ambiental como la autorización que otorga la autoridad competente para la ejecución de un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables, que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad.

Los permisos ambientales, por su parte, rempazan la licencia ambiental cuando ésta no es necesaria y su expedición es previa al desarrollo del proyecto, obra u actividad, cuya finalidad es la misma: prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzca la labor.

El requisito de la licencia ambiental, precisa el Procurador, solo vino a ser incluido por la modificación que hiciera a la Ley 80 de 1993 la Ley 1474 de 2011, es decir, 5 años después de la celebración del contrato de obra investigado, por lo tanto, no se podía exigir su obtención.

Con fundamento en estos argumentos, considera, demuestra que la Fiscalía injustificadamente aduce la transgresión de los requisitos legales de contratación, exigiendo la obtención de licencia ambiental cuando la Ley 80 de 1993 no la requería.

Además, también considera cumplidos los principios de transparencia y selección objetiva, teniendo en cuenta el trámite impartido al proceso contractual: con Resolución N° 1346 de 14 de diciembre de 2005 la administración departamental dio apertura a la licitación pública, la cual publicó en la página web el 14 de diciembre siguiente, seleccionó al Consorcio ECO- PARK 2006 y le adjudicó el contrato el 25 de abril de 2006 con Resolución No. 089, acometiéndose los trabajos el 22 de mayo siguiente.

Dio por desvirtuado el peculado por apropiación, aduciendo que el proyecto fue una propuesta del plan de gobierno del procesado incluida en el plan de desarrollo Departamental "Vamos Arauca por el Cambio Radical" una vez el procesado fue elegido, y financiada con recursos provenientes de regalías, en particular, del 30% de libre inversión en proyectos adscritos al Plan de Desarrollo,

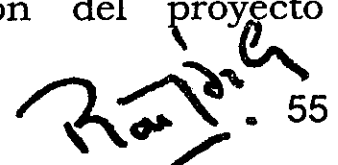
Rafael 54

contando para el efecto con la autorización de planeación, es decir, afirma la Procuraduría, los recursos fueron invertidos acorde a la ley, como lo refirió BALAGUERA BALAGUERA en su declaración.

En oposición a lo aseverado por la Fiscalía, referente a la supuesta violación del principio de responsabilidad por el procesado al no hacer nada para garantizar la entrega de las obras, dar por terminado el contrato o declarar su caducidad; aduce que con la Resolución No. 2099 de 13 noviembre 2007 impuso multa al contratista por incumplimiento parcial del contrato, la cual fue confirmada el 13 febrero 2008 por su sucesor FREDDY FORERO RAQUINIVA. Proceder con el que, estima, degrada la presumida infracción a este principio, por haber adelantado el procesado las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubo lugar en ejercicio de sus deberes.

Además, con ocasión del incumplimiento del contratista la administración departamental declaró la caducidad del contrato, el 14 de enero de 2010 lo liquidó unilateralmente, y celebró el acuerdo de transacción No. 08-01-2011 con la Compañía de SEGUROS CÓNDOR S.A a objeto de culminar los trabajos, quien ejecutó la totalidad de los recursos según el acta de liquidación de 14 de mayo de 2015.

Sobre la adición del contrato surgida con ocasión de la reunión del 20 de octubre de 2006, de la que junto con el contenido del acta de suspensión No. 01 de 11 de junio de 2006, la Fiscalía dedujo la indefinición del proyecto

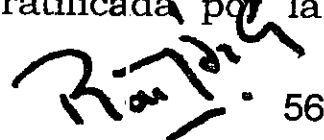
 55

contratado; asegura, el Ministerio Público, que el material probatorio demostró que el proyecto fue concebido por etapas correspondiendo el contrato investigado a la primera de ellas que incluía la plaza de armas, como lo averó BALAGUERA BALAGUERA en su testimonio, afirmando que para su construcción se decidió complementar el diseño inicial que contenía una plaza ceremonial, es decir, con el contrato adicional se incluyeron los componentes históricos y por cuestiones de presupuesto se posibilitó su terminación, precisando que la reestructuración de los diseños se convirtió en un complemento.

Atestaciones a las que la Procuraduría da credibilidad por encontrarlas corroboradas con los documentos entregados al proceso por este testigo, en especial, por los planos que contienen en el numeral 17 la plaza ceremonial.

Para refutar el cargo alusivo a que la adición se hizo sin estudios previos de necesidad, ni diseño de las nuevas obras, asevera la Procuraduría que el procesado observó el trámite legal correspondiente toda vez que la adición la hizo por el 40% del total de la obra, contando con la petición del contratista y la autorización de la auditoría externa, y sin alterar la esencia del contrato.

Piensa que en este caso se presentó una adición y no un contrato adicional, la cual no implicó variación del objeto sino una mayor obra, por lo tanto, considera el Procurador, no era necesario adelantar el trámite echado de menos por la Fiscalía. Valoración que en su sentir es ratificada por la

 56

certificación expedida el 6 de mayo de 2014 por el Secretario de Infraestructura y por la interventoría externa, en lo referente a que los diseños utilizados en el acuerdo de transacción No. 08-01-2011 corresponden a los aportados por la administración departamental, y que el mismo se realizó sin ningún tipo de reajuste con los precios del contrato original y su adicional en valor.

En apoyo a su tesis el Procurador Delegado transcribió decisión del Consejo de Estado, en cuanto a que:

.....si de lo que se trata es de la realización de "mayor cantidad de obra" de la presupuestada precisamente para no modificar el objeto del contrato no se requiere ni cabe el "contrato adicional" basta la autorización del respectivo interventor o del funcionario que el mismo contrato haya previsto" ³

Respecto del peculado por apropiación y al detrimento patrimonial.

Consideró que tampoco se demostró su ocurrencia, teniendo en cuenta los términos del acuerdo de transacción a que llegaron la gobernación de Arauca y la Aseguradora CÓNDOR SA para culminar la obra que faltaba por ejecutar, en el plazo determinado por el departamento y bajo los parámetros técnicos contractuales, por el valor de \$2.843.169,980.33, quedando constancia de la existencia de los recursos para atender los compromisos derivados de dicho acuerdo, manteniendo los precios contractuales; y que el 6 de diciembre de 2013 fue recibida la obra a satisfacción

³Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Contrato estatal de obra, aumento del valor final que no implica adición. Concepto 1439 de julio 18 de 2002.

Raúl 57

con acta final signada por las partes, en la que consta que el contratista ejecutó las actividades subrogadas y/o contempladas en el contrato de obra, en el plazo establecido por el departamento.

En la misma acta de recibo, destacó, quedó constancia que los valores pendientes fueron saldados, subsistiendo un saldo a favor del departamento de \$3.665.99.

Estribado en este balance, concluyó el Procurador Delegado, que las conductas no configuran el delito de peculado por apropiación a favor de terceros, ya que en relación con la ejecución de las obras se terminaron los valores establecidos en el contrato inicial, restando un saldo a favor de la administración.

Atendiendo estas precisiones y la valoración de los medios de prueba que denotan la correcta actuación del procesado en la celebración del contrato cuestionado, asevera el Procurador Delegado, no hay evidencias de irregularidades en el proceso contractual que conllevasen al desconocimiento de los principios contenidos en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes.

De igual forma, aduce, no concurren elementos demostrativos de que el acusado, ni un tercero, se hubiesen apropiado de recursos provenientes del erario como producto de la celebración y ejecución del contrato 069 de 2006. Por ello, considera, no se materializan los delitos de contrato sin

Ramírez 58

cumplimiento de requisitos legales ni el peculado por apropiación imputado.

Insiste, finalmente, en su demanda de que se profiera sentencia absolutoria en favor de ACOSTA BERNAL, por los delitos que se le enrostran.

Intervención del procesado:

Asegura que en la celebración del contrato de obra se observó el principio de planeación por parte de la Secretaría de Planeación del Departamento, así: inscripción del proyecto en el banco de la Secretaría de Educación, expedición del certificado de planeación departamental, estudios de conveniencia y oportunidad, concurso público para la formulación del plan maestro y diseños, acta de evaluación de 20 de agosto del 2005, entrega de presupuesto, actualización e inscripción del proyecto en el banco de la Secretaría de Planeación, entrega de especificaciones de la obra necesarias para adelantar la primera etapa del proyecto por la firma consultora, documentación de los trámites previos a la licitación que dio origen al contrato 069, actualización de la inscripción del proyecto, certificado de elegibilidad y ficha EBI del proyecto, y estudio de impacto ambiental realizado por la Ingeniera MARÍA ELENA ORTEGA AMAYA.

En cuanto a los pasos previos a la celebración del contrato de obra 069 de 2006 los concreta en: publicación de los pre-pliegos, aviso de prensa, presentación de los diseños

Raúl
59

por parte de la UT Grupo y Estudios Limitada & DIANA WIESNER CEBALLOS el 13 de diciembre de 2005, y resolución de apertura de la licitación de 14 de diciembre de 2005, publicación de los pliegos definitivos, resolución de adjudicación de la licitación, planos y diseños.

Dice que lo siguen acusando de que no habían planos y diseños, pese a que estos fueron entregados por ellos y encontrados en el centro de fotocopiado de la Fiscalía, los cuales contienen los arquitectónicos de todo el parque, entre ellos, los de la plaza ceremonial, entregados por DIANA WIESNER.

En el anteproyecto arquitectónico, también dice obra la plaza ceremonial o de armas, quiere ello decir que dicha plaza está desde el comienzo de los planos entregados por la empresa consultora.

Teniendo como base los cargos hechos en la resolución de acusación los califica de imprecisos e inveraces, por cuanto nunca entregó al contratista 3.261 millones de pesos sino 1.500 millones por concepto de anticipo equivalente al 40%, y por el adicional de 1 de diciembre de 2006 por 1.499 millones de pesos el gobernador encargado autorizó la entrega de \$581 millones por anticipo, que equivale al 40% del adicional, es decir, en total \$2.082 millones.

No es cierto que no había planos cuando firmó el contrato de obra, porque el contratista al signar la minuta bajo juramento aceptó conocer el lugar en donde realizaría las

Rafael 60

obras, las especificaciones técnicas, planos y demás circunstancias, así lo admitieron los 5 participantes del consorcio que firmaron.

De otro lado, asegura, que el contratista en su declaración aceptó ser el responsable de las licencias ambientales, por tener un costo que no se pueden pagar con recursos de las regalías que tienen destinación específica señalada por la ley, sin embargo, en este caso, como demostrará más adelante no se requería cumplir este requisito.

Ningún gobernador maneja los anticipos, afirma, esto lo hace el contratista como quedó consignado en el contrato en una cuenta de ahorros de una entidad bancaria o corporación de ahorros conjuntamente con el interventor y el funcionario autorizado con ese fin, de modo que los retiros estén firmados por los tres.

No fue él quien suspendió las obras pues había una junta técnica encargada de ello, el contratista las pedía y ella las estudiaba y decidía, eso ocurrió en este caso, se trató de problemas de reajustes, diseños y topografía normales en una finca de 416 hectáreas. Él, insiste, no las suspendió fue el invierno y las cuestiones técnicas ordinarias que se presentan en todo contrato.

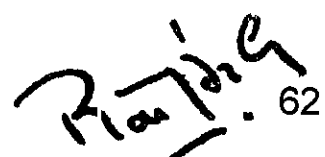
Leyendo las cláusulas del contrato, asegura, hubo discrepancias entre el contratista y la interventoría, el primero reclamaba 1.200 millones de pesos y la interventoría decía

Rafael 61

que eran 900 millones, motivo por el cual el primero suspendió la obra por un tiempo. En cuanto a los planos el clausulado reza que son documentos anexos, entre otros, los términos de referencia, la propuesta y los planos, es decir, que cuando fue firmado se contaba con ellos.

Es mendaz que no haya estudios de conveniencia y oportunidad, y en relación con el adicional, asegura, se le reprocha haberlo firmado cuando él no lo hizo sino el gobernador encargado; además, la interventoría la aprobó teniendo en cuenta que los ítems nuevos no alteraban la esencia del contrato, por el contrario, complementaba el objeto contractual, adicionando dos meses más de plazo para llevar a cabo los objetivos propuestos, y el Secretario de Infraestructura Física y el supervisor del contrato bajo su responsabilidad solicitaron a jurídica la elaboración del adicional, teniendo en cuenta que estaban dadas todas las condiciones técnicas y presupuestales para su elaboración. Fue la Secretaría de Infraestructura la responsable de que se hiciera el contrato.

Es falsa la acusación relativa a que se violó el principio de planeación porque no habían licencias ambientales, estudios de impacto ambiental y planos arquitectónicos, porque no se necesitaba de licencia ambiental como lo expresó el Procurador Delegado, existe el aval 03 de 9 de febrero de 2006 de CORPORINOQUIA aclarando que no necesita de licencia ambiental, y que los demás permisos ambientales se tramitaron y fueron aprobados por esa corporación, de acuerdo con las necesidades.

 62

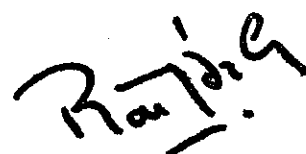
Argumenta que el "Decreto 1220", señala los proyectos, obras y actividades sujetos a licencia ambiental, específicamente los que se encuentren relacionados en los artículos 8 y 9 del mismo decreto, y CORPORINOQUIA certificó que el proyecto no requería de ella, por lo tanto, la Fiscalía no puede pedir el cumplimiento de ese requisito; además, sacaron los permisos ambientales en desarrollo del contrato.

Se le acusa porque no existen estudios de impactos ambientales y sí están en el proceso en copias.

Para refutar la acusación relativa a la ausencia de planos arquitectónicos, asevera el procesado, que obra en el expediente el contrato 313 de 20 de septiembre de 2005 celebrado con DIANA WIESNER para hacer el plan maestro, empresa que entregó los planos y diseños en la Secretaría de Infraestructura en marzo de 2006 luego de corregir algunos detalles, entre ellos los correspondientes a la plaza ceremonial, de la cual aparecen sus cortes, arborización, todo lo que tenían que hacer.

Con el adicional del contrato se quería que el parque funcionara, produjera algo, que no quedara como una obra ahí puesta porque iba por etapas.

Considera que la segunda etapa, de la cual hacía parte la plaza ceremonial, sí se podía tocar, porque el parque era un todo pero se vieron obligados a dividirlo porque no contaban

 63

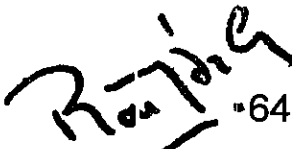
con los recursos necesarios, en la medida que los obtenían iban contratando, todo valía alrededor de \$11.000 millones.

Además, precisa, el peritaje ordenado por la Fiscalía fue realizado y presentado por MIGUEL VEGA RODRÍGUEZ el 9 de febrero de 2009 en 3 tomos y un juego de planos del proyecto, no entiende entonces por qué la Fiscalía afirma que no había planos.

En relación con el contenido del acta de 20 de octubre de 2006, expone que la Fiscalía puso en su boca afirmaciones que no hizo, pues lo que se planteó fue colocar unos monumentos en la plaza para hacerla atractiva para los turistas, y a la parte técnica le dijo que estudiara la posibilidad de hacerlo y de conseguirse el dinero para materializarla por ser parte integral del proyecto. Nunca afirmó que quitaran obras porque es consciente que eso no se podía hacer pues si es una adición son obras nuevas. De otro lado, aclaró que no firmó el acta.

Asegura que ante el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales no hay lugar a equívocos simplemente los estudios, los diseños, las licencias ambientales y el plan de manejo ambiental, se tienen o no se tienen, y en este caso como están todos los requisitos, la acusación es falsa, afirma.

Sobre el peculado por apropiación, sin perder de vista los argumentos de la acusación, asegura no ha existido, por las siguientes razones:


"64

La Fiscalía no demuestra el mal manejo del anticipo, ya que fue utilizado correctamente por las personas autorizadas por la ley, el contratista, el interventor, el supervisor y la Secretaría de Obras, por él no. Si el contratista no legalizó todas las actas, afirma, no fue porque no hiciera las obras o los materiales no existieran en el sitio de trabajo, sino debido a que hubo desacuerdos en algunas cantidades de obra entre la interventoría y el contratista, lo cual no significa que se hayan robado los recursos o invertido mal.

Es erróneo afirmar, como hace la Fiscalía, que el proyecto no se podía realizar con recursos de regalías porque el artículo 361 Superior y la Ley 756 del 2002 no lo permitían, ya que esta ley en el artículo 13 que modifica el 14 de la Ley 141 del 94, prescribe que el 90% se destinará a inversión en proyectos prioritarios contemplados en el plan general de desarrollo y que mientras no se alcancen las coberturas mínimas en educación, salud, y saneamiento básico, se destinarán el 20% para educación, el 20% para salud y el 20% para saneamiento básico, es decir, el 60% de estos recursos son de obligatorio cumplimiento de inversión para estos rubros, quedando un 30% para invertir en proyectos prioritarios que estén en el plan de desarrollo, el 5% se destinará a interventorías y el restante 5% para el desarrollo de proyectos.

En este caso, el parque histórico estaba contemplado en el plan de desarrollo de 2004-2007, su financiación se hizo con recursos de regalías con una parte del 30% de libre destinación, el proyecto fue revisado por planeación nacional

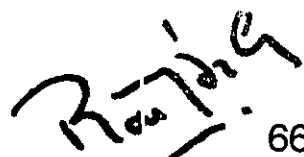
Rafael
65

sección de regalías, quien es la facultada para decir en qué se invierten estos valores, sin ser objetado, por lo tanto, afirma, es falso que no se cumplió la Ley 756 de 2002, como afirma la Fiscalía.

En el año 2006, precisó, recibieron por regalías \$157.000 millones, de los cuales sacaron el 60% eran para salud educación y saneamiento básico equivalente a \$94.000, millones, el 30% para proyectos de libre inversión que ascendía a \$47.000 millones, el 5% por \$7.000 millones y el otro 5% por valor similar. Los recursos para el parque por valor total de \$5.307 millones los sacaron del 30% de libre inversión, como correspondía, por cumplir los requisitos legales.

No es cierto que con su comportamiento hubiese violado el artículo 361 de la Carta Política, el cual, considera, no aplica en este caso porque los recursos que llegaban al departamento provenían de las regalías de la Ley 756 de 2002 y no por el fondo previsto en la norma superior, siendo esta una muestra más que la Fiscalía lo acusó sin fundamento.

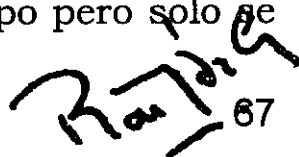
Aunque el proyecto tuvo algunos retrasos debido a ajustes técnicos, replanteamientos normales e inclemencias del tiempo, reacomodo de diseño y falta de cumplimiento de algunas responsabilidades del contratista pero no en su gobierno, porque para el 31 de diciembre de 2007 el contrato quedó en ejecución.



El gobierno era ajeno a las amenazas de grupos terroristas, uno de los problemas para la ejecución del contrato. La guerrilla no quería que se hiciera el proyecto porque traería seguridad a la región por eso amenazaron al contratista y a los ingenieros, les dijeron que si denunciaba los mataban junto con su familia. Hasta ahora ellos se enteraron de las razones porque no se cumplió con el contrato.

Además, argumenta, su administración empleó los correctivos necesarios como llamadas de atención e imposición de multas, empero como su gobierno terminó el 31 de diciembre de 2007 no aplicó la liquidación bilateral del contrato por no concurrir motivo hasta ese momento, ya que todas las sanciones tenían un debido proceso que exige tiempos y procedimientos para evitar demandas posteriores, eso fue lo que la administración evitó, no anuló, suspendió o liquidó, ya que no había motivos porque el contratista no había incumplido.

Dice, que el informe determinó, a partir de las actas finales de interventoría, que lo ejecutado ascendió a \$2.378 millones, equivalente al 40% de obras, porcentaje compatible con el dictamen pericial realizado por VEGA RODRÍGUEZ que concluyó que el constructor realizó un 44% de los trabajos quedando el 56%, es decir, hizo 4 puntos más del valor entregado, sin embargo, la Fiscalía quiere hacer ver como si la administración hubiese pagado el 100% de los recursos y se estuvieran robando el 56%, ello no es así, el contrato permitía transferir al contratista hasta el 50% en anticipo pero solo se

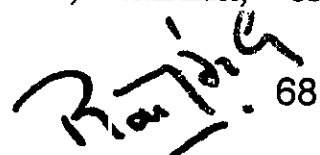

67

autorizó el 40%, denotando con ello que el contratista ejecutó más de lo percibido, sin tener en cuenta los materiales que conservaba en la obra no contabilizados.

Lo anterior quiere decir que se cumplió con la obligación de invertir el anticipo en la compra de materiales, equipos, herramientas, manos de obra y todos los costos destinados a la ejecución del contrato, cuentas revisadas por la interventoría y avaladas por los contadores públicos ROGER VERGARA LÓPEZ y CAROLINA MURILLO, documentos aportados por el perito VEGA RODRÍGUEZ como soporte de su análisis.

Reitera que en el sitio de trabajo se encontró material listo para su instalación, materia prima para la elaboración de concretos, ladrillos, adoquín para pisos, formaletas metálicas, los cuales no han sido cuantificados por la interventoría, atendiendo a que su pago se hace una vez instalados. El perito, dice, hizo un balance y concluyó que el contratista no ha legalizado 994.000 millones de pesos, lo que no significa que no hubiese hecho la obra. No se pusieron de acuerdo el contratista y la interventoría, el primero decía que era \$1.200 millones y la interventoría \$800 millones.

Concluye el procesado que el peritaje realizado por la Fiscalía dice que los recursos se invirtieron bien, cuando él terminó el período, el 31 de diciembre de 2007, el contrato quedó en ejecución y no tenía problemas económicos para culminar las obras, luego no ve cuál es el daño patrimonial imputado. Con los gobernadores siguientes, afirma, el

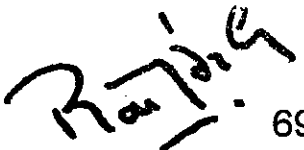
 68

contratista no tuvo problemas hasta que uno de ellos liquidó bilateralmente el contrato, el contratista no estuvo de acuerdo motivo por el cual presentó demanda en contra de la gobernación por una cuantiosa suma.

El contratista, afirma el acusado, durante su gobierno no incumplió, porque cuando solicitó los aplazamientos estos fueron autorizados por quienes estaban facultados para ello y por motivos justificados. Él le impuso una multa pero no por incumplimiento sino porque fue a visitar la obra y no encontró el ingeniero residente, pero resulta que éste no había ido porque la guerrilla lo había amenazado, la cual ratificó después su sucesor.

Ahora, el gobernador que lo reemplazó pagó otra acta parcial por \$700 millones pero él cómo hace para responder por lo que hizo el otro gobernador después de él terminar el mandato, con ello demuestra que el contrato continuó su ejecución.

Añade que la aseguradora retomó el contrato y cumplió en seis meses todas las obligaciones pendientes del contratista, es decir, efectuó el objeto contractual con los mismos planos y diseños, idénticos permisos ambientales aunque algunos le tocó actualizarlos, con los mismos recursos y sin reajustes, luego, concluye, no se perdió un solo peso porque la obra se terminó satisfactoriamente, así se demuestra con los siguientes documentos:


69

No es verdad que al contratista se le hubiesen entregado \$ 5.000 millones de pesos y apropiado \$3.000 millones, en la liquidación hecha por la gobernación dice que el saldo por amortizar del anticipo fue de \$864 millones, y no \$1.888 millones que es la suma atribuida por la Fiscalía como supuestamente apropiada.

Critica a la Fiscalía por aludir a un auto de imputación fiscal en su contra proferido por la Contraloría General de la República con motivo del mismo contrato, pero no decir que esa entidad no pudo demostrar en 10 años que el departamento de Arauca hubiese sufrido detrimento patrimonial. Una cosa es imputar responsabilidad fiscal y otra es demostrar que hubo detrimento patrimonial con un fallo debidamente ejecutoriado, el cual no se produjo toda vez que el proceso terminó en una prescripción, por lo tanto no puede tomarse en su contra los señalamientos de la Contraloría en esa decisión.

Por otra parte, recuerda, la Contraloría en el fallo de primera instancia 017 de 18 de enero de 2013, afirma que si el daño se resarce completamente o la obra se termina de acuerdo al contrato no hay daño patrimonial.

Como puede verse, en más o menos 10 años la Contraloría no pudo demostrarle que cometió detrimento patrimonial, para que la parte civil sin ningún argumento ahora pida a la Corte lo condene, desconociendo las obras que obran en este proceso.

R. J. J. J.
70

Además, dice, la Procuraduría pidió su absolución por el delito de peculado por apropiación por no encontrar certeza acerca de la apropiación de los recursos por parte del contratista, y por él mucho menos.

Reitera que no se le puede acusar por peculado por apropiación cuando se demostró que el parque fue incluido en el plan de desarrollo de su gobierno, los recursos apropiados en orden a lo previsto por la "Ley 756", y si las obras de la primera etapa tuvieron algunos retrasos que impidieron su terminación dentro de su gobierno, estos estaban justificados y él no tuvo nada que ver en ellos; sin embargo, actualmente están como lo corrobora las actas de recibo final de diciembre de 2013 y la de liquidación de 14 de mayo de 2015.

Quiere dejar en claro que la Aseguradora Cóndor S.A., no tuvo que invertir un solo peso de su patrimonio para terminar el contrato, lo hizo con los recursos restantes del contrato que eran más o menos \$3.325 millones (el 66%) por cuanto al contratista, repite, se le entregó como anticipo el 40% \$2.082 millones, y ejecutó el 46% de los trabajos.

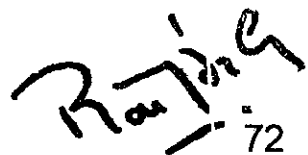
Luego reflexiona, ¿cómo puede existir peculado por apropiación si no se ha perdido un peso, cómo alguien se puede apropiar de recursos cuando no hay faltantes? Está demostrado, insiste, que habiéndose entregado el 40% del contrato inicial y un porcentaje similar por el adicional, y que el contratista ejecutó el 46% de los trabajos sin sumar los materiales que tenía en el lugar, por lo tanto, no se perdió un peso.

Rafael
71

Retomando la acusación relativa a que el proyecto no corresponde a la destinación señalada por el artículo 361 de la Carta Política y la Ley "756" para ese rubro, la califica como completamente falsa porque la norma superior mencionada no aplica a este caso, la cual dispone que con los ingresos provenientes de regalías no asignados a los departamentos y municipios se creará un el fondo nacional de regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos señalados por la ley, es decir, para la promoción de la minería, la prevención del ambiente y para financiar proyectos regionales.

En tanto que los dineros utilizados para financiar el parque son asignados directamente por los municipios al Departamento de Arauca, en otras palabras, son distintos a los del fondo de regalías y que es evocado por la Fiscalía para sustentar falsamente la acusación, en su sentir el proyecto cumple a cabalidad los mandatos de la Ley 756.

Reprocha a la Fiscalía atribuirle haber decidido modificar los diseños, aseverando que la defensa no puede dar por cumplido el requisito previo de elaboración de un proyecto cuando estando en ejecución decide cambiarlo vulnerando el principio de planeación; afirmando que nada de eso ocurrió en este caso, porque uno planea una cosa y en su desarrollo cambian las circunstancias, para esos eventos está la ley permitiendo que unos aspectos sean reajustados.


72

Él jamás modificó los diseños pues carecía de facultades para ello, el proyecto se realizó con los elaborados con base en el contrato de consultoría 313 de 2005, de modo que en su sentir la Fiscalía confunde el ajuste de diseños con su cambio, los primeros los hacen las personas autorizadas por la ley y es normal que ocurra, además la Ley 80 de 1993 permite la adición de los contratos.

Se pregunta, ¿qué Fiscal puede decir que modificar los planos y los diseños es ilegal?, si la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional la permiten como también la adición. En este caso no se dio la modificación porque la plaza de armas estaba en el diseño inicial.

Insiste en que la Fiscalía al sostener que no solamente se adicionó la construcción de la plaza de armas sino que se modificaron los diseños iniciales que no la incluía, está faltando a la verdad porque en su sentir el contrato de obra cumplió con todos los requisitos legales, la plaza de armas o plaza ceremonial estaba diseñada en el contrato de consultoría entregados en noviembre de 2005 y ratificados en marzo de 2006, como lo evidencia los planos existentes. Los utilizados fueron los contratados, el equipo técnico, repite, hizo algunos ajustes que son legales y normales al iniciar los trabajos sobre el terreno.

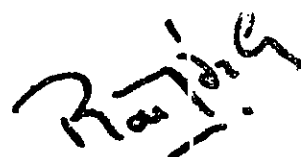
El Consejo de Estado y la Corte Constitucional, precisa, han dicho en múltiples fallos que los diseños se pueden modificar y adicionar hasta en un 50%, asevera el procesado.

Rafael

Considera que no ha vulnerado el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que ordena elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia antes de la selección o la firma del contrato, porque ha demostrado que para ese momento sí contaba con los estudios, diseños y pliegos de condiciones.

Igual, piensa, que la Fiscalía incurre en un error grave al cuestionar que hubiese modificado el contrato, cuando el artículo 40-2 de la Ley 80/93 permitía adicionarlo hasta en un 50 % más del valor del contrato. Como soporte alude a las decisiones del Consejo de Estado de 18 de julio de 2002, radicado No. 1433, en la cual precisó que hay una verdadera adición al contrato cuando se agrega al alcance inicial físico algo nuevo, es decir, en los eventos en que existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y de septiembre de 2005, radicado No. 1920, en la que destaca como diferente a la figura anterior el hecho que por razón de la obra contratada surja la necesidad de modificar el objeto contractual en el sentido de añadir o agregar una obra nueva, es decir, adicionar el contrato.

Además, evoca que con la sentencia C-949 de 2001 de la Corte Constitucional expresó que las prórrogas de los contratos como especie de modificación pueden ser instrumentos útiles para alcanzar los fines de la contratación estatal.



De acuerdo con lo anterior, colige, es legal modificar o variar el objeto de un contrato mediante un contrato adicional, si se varía se tendrá que transformar los diseños iniciales, como lo confirma el Consejo de Estado en el concepto No. 1439 de 18 de julio de 2002, al expresar que la necesidad de adecuación de los diseños para satisfacer los requerimientos del servicio público, hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos para la ejecución de una obra pública.

Reitera que en los diseños originales estaba incluida la plaza ceremonial, lo que se hizo fue agrandar el área pasando de 2000 a 25000 metros, sembrarle árboles alrededor y hacerle unas entradas. Pese a que el contrato adicional fue firmado por el gobernador encargado, precisa, son responsables el secretario de obras y el equipo técnico quienes lo autorizaron bajo su absoluta responsabilidad. Además, la firma que aparece en el adicional, dice, no es la de él.

Evoca que en su declaración OLGA PATRICIA SIERRA aseveró que las obras fueron terminadas en su totalidad con los mismos diseños, y que el incumplimiento del contratista se presentó después de él terminar el mandato.

Lo mismo dice del supervisor del contrato, quien afirmó que él (el procesado) no tuvo nada que ver en los trámites por no corresponderle esas funciones. En eso orden la Jefe de la Oficina Jurídica, LILIANA VIVAS, afirmó que el contrato

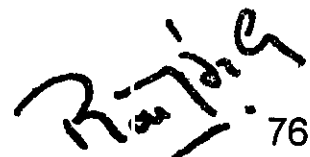


observó todas las exigencias legales y que en las suspensiones no tuvo nada que ver por tratarse de atribuciones técnicas. En jurídica le daban el visto bueno a todos los contratos, y si decían que cumplían los requerimientos legales el gobernador tenía que firmar. En ese sentido la interventora TATIANA GIL, sostuvo que todo se había hecho correctamente, acorde con la ley.

Controvierte el testimonio de GIOVANNY ZORRO en punto a que los diseños estaban incompletos pero ellos demostraron lo contrario, que no le habían entregado la licencia ambiental pero acorde con el texto del contrato ese era un requisito que debía obtener él, ello sin tener en cuenta que era un requisito no exigido en este evento.

Destaca una certificación expedida por el Secretario de Obras Públicas en donde dice que los diseños utilizados en el acuerdo de transacción N°08-01-2011 corresponden a los aportados por la administración departamental, el cual se ejecutó sin ningún tipo de reajuste y con los mismos precios del contrato inicial, cumpliéndose con el valor total del contrato de obra y su adicional.

Otros problemas presentados en el cumplimiento de las obras, fueron las peleas internas entre los socios del consorcio contratista, se embargaron unos con otros las cuentas porque no se repartían las ganancias, además los continuos desacuerdos entre la interventoría y el contratista para legalizar las actas de obra, uno decía que era más dinero y los otros que menos.


76

En cuanto a que el contrato no contaba con interventoría aclaró que la Secretaría de Obras, el 15 de mayo de 2006, nombró como supervisor del contrato a JAIME DÍAZ y le adicionó funciones de interventoría porque el contrato de esa especie se demoró en ser legalizado.

En cuanto a la suspensión No. 1, precisa, el equipo técnico de la Secretaría de Obras, el interventor y el supervisor estudiaron la solicitud presentada por el contratista concluyendo que el plan de inversión estaba correcto y correspondía al proyecto planteado por el diseñador, que si se hacían ajustes era legal.

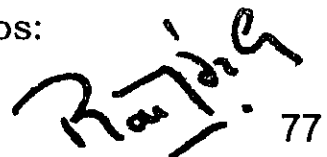
La secretaria de obras dio inicio al contrato actuando como interventor el supervisor, porque no era indispensable la interventoría contratada por cuanto se realizaban las labores de revisión de diseños, localización y replanteo, y materialización del proyecto, con ello se le ahorró al departamento unos recursos importantes.

Intervención del Defensor:

Giró en torno a dos aspectos, solicitud de nulidad y la imposibilidad de condenar por los delitos atribuidos.

1. De la nulidad.

La sustenta en los siguientes argumentos:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rafael', is written over the page number.

Una vez ejecutoriada la resolución de acusación la Fiscalía remitió a la Corte solo una parte del expediente. No entregó la prueba de la defensa que se oponía a las pretensiones de la acusación, solo lo hizo pasados varios años aduciendo haberla encontrado en un cuarto de fotocopiado, razón por la cual la audiencia preparatoria no debió iniciarse porque la Sala no conocía la totalidad del proceso, vulnerando, así, involuntariamente, el principio de valoración conjunta del material probatorio previsto en el artículo 238 del Código Procesal Penal al resolver la solicitudes elevadas en el traslado el artículo 400 ibídem, puntualmente la nulidad por vulneración de las formas propias del juicio en virtud a las falencias formales que presentaba la resolución de acusación, causal insubsanable que conduce faltamente a rehacer lo actuado.

Determinó los hechos que supuestamente generaron la causal de nulidad, así:

El día 19 de febrero de 2014, la Fiscalía 10° Delegada ante la Corte remitió el expediente sin el anexo 8 que contiene la información entregada por LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA al momento de rendir su declaración ante esa entidad.

El 3 de junio de 2014, 2 meses y 20 días después de vencer el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, la Fiscalía remitió un cd contentivo de los anexos del dictamen pericial rendido por el ingeniero JOSÉ MIGUEL VEGA

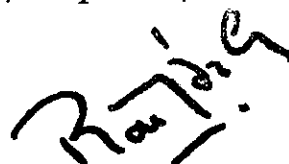
Raúl 78

RODRÍGUEZ, (los planos y documentos relativos a la etapa precontractual, y otros pertenecientes al contratista que comprueban el destino dado a los dineros del contrato), prueba que el Ministerio Público no conoció.

Gran parte de la prueba de descargos fue remitida tan solo 2 años, 3 meses y 5 días después del arribo del expediente, afirma, y las aportadas por el defensor con los alegatos previos al calificadorio desaparecieron en la Fiscalía. Atestación que pretende demostrar comparando la firma que obra en el recibido de los alegatos con otras que figuran en el expediente, además, informó, cursa una investigación disciplinaria y otra penal, ya que los documentos fueron entregados por su antecesor.

Estos hechos, estima, generan un vicio procesal insalvable desde el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, ya que la Corte y el Ministerio Público no tuvieron a disposición todo el expediente, no pudieron conocer ni usar las pruebas relacionadas con la controversia planteada por la defensa a la acusación.

En efecto, asevera, las pruebas entregadas por BALAGUERA BALAGUERA, demuestran justamente la existencia de estudios previos, certificados ambientales y planos, y la acusación alude específicamente a ese tema, además, en los alegatos, en la sustentación del recurso de reposición interpuesto contra la acusación y en la solicitud de nulidad propuesta por estos hechos, el defensor se ocupó específicamente de ellos. En consecuencia, expresa, no era

 79

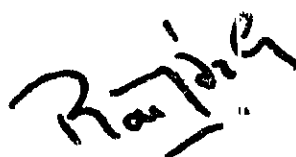
cualquier prueba sino aquella con la cual la defensa contestaba la acusación.

Ahora, el cd contiene los anexos del dictamen pericial del Ingeniero JOSÉ MIGEL VEGA y la acusación por peculado por apropiación se refiere directamente a él, el cual arribó incompleto a la Sala. Si se hubiesen estudiado estos anexos arribados después del traslado, se habría probado que no existió detrimento patrimonial.

Frente a esta situación, estima, era imposible realizar la audiencia preparatoria con el expediente incompleto porque frustraba sus objetivos, demostrando con ello la trascendencia de la nulidad pues se inició el juicio cuando no se debía, ocasionando perjuicio a las garantías procesales de las partes.

Se afectó sensiblemente el derecho del procesado a que su juez natural conociera todas las pruebas, tanto la favorable como la desfavorable. El conocimiento actual de ella es insuficiente, porque no se tuvieron en cuenta para los testimonios y la mayoría de pruebas decretadas en el juicio.

No existe otro remedio distinto a la nulidad para corregir la equivocación desde el traslado previsto por el artículo 400 ibídem, pues agotado el debate probatorio la defensa y el Ministerio Público no tuvieron a su alcance los documentos que motivaron la solicitud de esas pruebas, afectando el principio de contradicción.

 80

En particular, recuerda que se solicitó el testimonio del Ingeniero LIBARDO BALAGUERA, quien ante la Sala hizo referencia a las pruebas que entregó en su primera declaración, sin embargo, ellas no estaban en el expediente, afectando el principio de contradicción.

El Ministerio Público pidió un testimonio para confrontar uno de los documentos mencionados en la acusación como entregados por LIBARDO BALAGUERA sin que estuviera en el expediente. El Procurador Delegado creyó de buena fe que los documentos mencionados en el calificadorio estaban en el proceso, en consecuencia, la finalidad del testimonio de LUIS SEPÚLVEDA no se alcanzó, porque el documento no se le puso de presente.

Tampoco se le exhibió el oficio de 13 de diciembre de 2005 dirigido a la Gobernación de Arauca precisamente por no estar en el proceso, motivo por el cual la Corte remitió al comitente la parte de la acusación en la que transcribió fracciones de su contenido, empero, la lectura o apreciación integral por el testigo, indispensable para alcanzar la finalidad de la prueba, no se pudo llevar a cabo.

Lo mismo, dice, le ocurrió a la defensa técnica con la declaración de BALAGUERA BALAGUERA, pues tuvo que renunciar a formular una pregunta sustentada en el folio 131 de anexo 8, por no integrar el expediente, debiéndose conformar con interrogar de acuerdo a lo consignado en la acusación, omitiendo cualquier cuestionamiento adicional.

Rafael
81

No contar con esos medios de convicción, hizo que no se apreciara en conjunto las pruebas favorables al decidir las postulaciones de la defensa, en particular, la nulidad de la acusación por falta de los requisitos legales, desdibujando los objetivos de la audiencia preparatoria.

Además, la defensa mencionó a la Corte la nulidad pedida a la Fiscalía con base en esos elementos de prueba, por lo que se pregunta ¿cómo podía la Sala fallar, hacer una apreciación conjunta y tomar una decisión objetiva, sin ellos?

La Corte no pudo decretar pruebas de oficio relacionadas con los hechos que estas pruebas documentan, sin que se pueda hablar de prueba sobreviniente porque fueron conocidos inmediatamente los entregó LIBARDO BALAGUERA y controvertidos en la instrucción pero no en el juicio, situación aquí trascendente por ser el investigador el mismo acusador, de modo que era esencial que la Sala, como juez imparcial conociera estas pruebas.

La Sala de haber conocido que la prueba demostraba la existencia de planos, estudio ambiental, y la razón por la cual no existía licencia ambiental, hubiese podido verificar el acierto de las pretensiones de la defensa en relación con la petición de nulidad, y decretar pruebas de oficio.

Así entonces, considera, la prueba echada de menos era indispensable para resolver la solicitud de nulidad soportada en que la resolución de acusación no reunía los requisitos formales, atendiendo a que otros medios de convicción

Raúl 82

acreditaban que la falta de requisitos legales en la contratación y la supuesta apropiación de los recursos públicos, no se dio.

Además, advera, los documentos entregados por BALAGUERA BALAGUERA no ingresaron al expediente por otra vía distinta, pues el informe de policía judicial de 23 de junio de 2013 anexó unos estudios previos sin encontrar sus soportes, ni los de la etapa precontractual, los cuales fueron facilitados por el mencionado testigo.

Considera que en este momento la Sala solo puede valorar esta prueba sin tener en cuenta cuál habría sido su incidencia en el fortalecimiento de la posición defensiva si el Ministerio Público y la Corte hubiesen contado con ella en el trámite probatorio, sin perder de vista que en la acusación se efectuó un análisis probatorio parcializado en contravía de los requisitos legales de este acto procesal, lo que llevó a la defensa a proponer una nulidad que la Corte no resolvió adecuadamente al no poder constatar el alcance de las pruebas conocidas por el ente acusador.

En conclusión, dice, se adoptaron decisiones de fondo, se practicaron pruebas y se tramitó un juicio sin la presencia de las pruebas de la defensa, por lo tanto, el único camino a seguir es decretar la invalidez de lo actuado.

Causal de imposible convalidación porque la Fiscalía entregó las pruebas después de extrañarlas la defensa, de

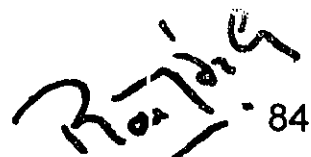
modo que ningún sujeto procesal podrá aceptarlas como incorporadas después del traslado para preparar la audiencia.

La causal que considera concurre es la atinente a la presencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, contemplada en el numeral 2 del artículo 306 del Código Procesal Penal, ya que se llegó a cabo la audiencia pública sin que las partes conocieran las pruebas aportadas por el defensor para enervar los cargos, viciando las estancias procesales evacuadas.

El principio de protección dice también se presenta, por cuanto a la Fiscalía le correspondía remitir el proceso completo, deber que incumplió tratando de convencer a la Corte que el defensor no entregó los documentos, olvidando revisar que en el expediente aparece en otras piezas procesales la misma firma de quien los recibió.

Desecha que hubiese ocasionado la nulidad como apoderado del procesado, por cuanto para esa época se desempeñaba como suplente sin participar en la actuación sino hasta cuando le fue otorgado poder como principal.

Valora que no se puede reprochar a la defensa contribuir a la configuración de la causal de invalidez, porque todos los sujetos procesales amparados en el principio de la buena fe creyeron que los documentos estaban en el legajo específicamente en el anexo 8.

 84

En su opinión esta causal constituye vulneración al debido proceso y al derecho de defensa, por lo tanto de máxima trascendencia. No es viable aducir el supuesto uso de otras pruebas porque el CTI no las encontró, BALAGUERA BALAGUERA tenía las copias, por consiguiente no estuvieron a disposición del procesado.

Reitera en cuando al principio de acreditación que la Sala al tomar las decisiones en la audiencia probatoria no tuvo en su poder la prueba de la defensa, por lo tanto no valoró en conjunto e imparcialmente el material probatorio pues no conoció el cd, los planos del parque entregados por LIBARDO BALAGUERA y los documentos presentados por el defensor con los alegatos de conclusión, orientados a demostrar la atipicidad de la conducta originada en la celebración del contrato.

Al sustentar la nulidad, precisa, el defensor resaltó que la acusación omitió indicar y evaluar las evidencias allegadas por la defensa al aducir que el contrato carecía de diseños, afirmación ésta errada teniendo en cuenta la realidad documental, ya que la formulación del plan maestro arquitectónico y el diseño del plan arquitectónico fueron realizados con el contrato de consultoría No. 313.

Además, el defensor aludió a los diseños presentados por LIBARDO BALAGUERA en procura de demostrar que existían cuando se adjudicó el contrato, confirmando con ello, estima el peticionario, que esta prueba no fue evaluada, y con ello la falta de requisitos formales de la acusación.

 85

Recuerda que la Corte declaró improcedente la nulidad con el argumento que la postura de la defensa correspondía a su personal valoración de las pruebas, propia de los recursos ordinarios pero no constitutiva de irregularidad, máxime que en esta labor la Fiscalía individualizó los medios de prueba en los que se apoyó y entregó los argumentos para enervar los de la defensa; sin embargo, alude el defensor, la Fiscalía, mencionó los documentos pero para la fecha de la decisión de la Sala no los había facilitado, es decir que la Corte no pudo confrontar el sustento de la acusación.

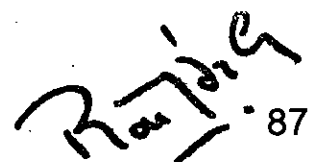
Ahora, de los documentos relativos a la etapa precontractual entregados por BALAGUERA BALAGUERA, asegura, en el resto del expediente sólo se encuentra la ficha del banco de proyectos y el estudio de conveniencia y oportunidad, no obraba el cd con los planos de detalle, la cimentación, los planos arquitectónicos sanitarios, ambientales, los estudios económico, financiero y ambiental, entre otros, es decir, todos los soportes de la acusación.

Dice que la nulidad versó sobre el desprovisto y sesgado análisis probatorio, sin que la Corte pueda aducir que bajo el ropaje de una nulidad pretenda contradecir los argumentos de la acusación por cuanto no está planteando un alegato probatorio, sino aduciendo que se dio un defecto en la acusación por falta de análisis probatorio, situación no resuelta debidamente por la Sala, quien habría arribado a una conclusión distinta de haber contado con las pruebas aportadas por la defensa en los alegatos conclusivos, en

consecuencia, estima necesario reevaluar la nulidad de la acusación teniendo en cuenta ese material probatorio.

Al no tener, la Sala, contacto con la prueba que controvertía el examen probatorio hecho por la Fiscalía sobre la supuesta falta de planeación en la etapa precontractual, socavó las bases fundamentales del artículo 400 de la Ley 600 de 2000 que obligaban al ente fiscal a entregar el expediente completo a la Corte incluyendo la prueba de la defensa, además, afectó el deber del juez de valorar tanto lo favorable como lo desfavorable con arreglo a lo normado por los artículos 20 y 238 ibídem, ya que la Sala involuntariamente se abstuvo de valorar en conjunto la prueba de la defensa, y rompió el principio de comunidad o adquisición de la prueba, ya que estos medios solo vinieron a pertenecer al expediente a partir del año 2016.

Volviendo a la audiencia preparatoria, piensa, se puede enmendar el error cometido por la Sala a quien la falta de la prueba impedía dilucidar si el alegato de la defensa relacionado con las carencias de requisitos de la acusación eran fundados, si las actividades de la Procuraduría de constatación tenían cimiento, y si las declaraciones mostraban situaciones relevantes. En esa labor se limitó a entender que el alegato de la defensa se basaba en la inconformidad con la evaluación probatoria y no como debió ser, verificar que la acusación pasó de largo el examen de las pruebas de la defensa, que desdecían los términos de la acusación.

 87

Reitera, finalmente, se decreta la nulidad de lo actuado desde el auto que resolvió las peticiones de nulidad y pruebas elevadas en el traslado del artículo 400 del Código Procesal Penal, para que la Sala pueda valorar las solicitudes con apoyo en las pruebas que permanecieron extraviadas.

2. Ataque jurídico y argumentativo a la pretensión acusatoria del Fiscal Delegado por el defensor.

Como la acusación tomó como cierto lo manifestado por el informe No. 033 25550 de 15 de febrero de 2008, complementado por el GOPE05436284 de 4 de marzo de 2008, solicita sean tachados de ilegales por constituir un exceso en el ejercicio de las funciones de policía judicial de parte de los funcionarios del DAS, vulnerando el artículo 315 del Código Procesal Penal de 2000 que restringe su actuar por iniciativa propia a la investigación previa en los casos de flagrancia, o cuando por fuerza mayor acreditada la Fiscalía no pueda iniciar por sí misma las indagaciones.

En este caso, en relación con el primer informe los miembros del DAS realizaron toda una investigación previa desde el mes de octubre de 2007, prueba de ello es el oficio que obra a folio 24 del cuaderno original 1, es decir, que le ocultaron a la Fiscalía y al indiciado esas labores por más de 4 meses, proceder que considera ilegal por cuanto los investigadores al conocer los hechos debieron informarlos a la Fiscalía a primera hora hábil del día siguiente, pues no se trataba de una situación de flagrancia, ni la Fiscalía estaba en imposibilidad de iniciar la investigación previa. Este

ocultamiento, asegura, vulneró el principio de intangibilidad de las garantías procesales contenido en el artículo 318 del Estatuto Procesal Penal.

Es de tal magnitud la arbitraria actuación, destaca, que los funcionario del DAS en el oficio enviado a la Gobernación de Arauca para hacer aparecer válido su comportamiento, hacen las advertencias legales expresando como sustento de las peticiones los artículos 250, 360 y 321 del Código de Procedimiento Penal, las que califica como formas de intimidación, ya que no estaban ante un proceso penal iniciado.

Anomalías que tienen explicación, dice, en la denuncia presentada por el acusado en la versión libre, consistente en haber sido objeto de una extorsión por parte de los miembros del DAS, FABIO ANDRÉS BARRERO y el entonces Subdirector Regional YAHIR MORENO IBARRA.

2.1. En relación con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en particular, dice, no se puede atribuir a ACOSTA BERNAL omitir verificar el cumplimiento de los requisitos legales en la etapa precontractual, previo a firmar el contrato por carecer de los conocimientos específicos para ello, además, porque el trámite cursó en las dependencias especializadas de la gobernación sin advertirle irregularidades, ni que él hubiese identificado errores; así lo sostuvo en la versión y lo ratificó ante la Corte, indicó cuál es su formación y aclaró que no era obligación presentarle informes, además, haberse enterado de quejas

[Handwritten signature]

contra el contratista por incumplir el cronograma de actividades pero no de anomalías, y realizado varias visitas a la obra sin notar rarezas pero si atrasos atribuidos al mal clima y a problemas de orden público que perjudicaron a los contratistas, porque uno de ellos no se dejó extorsionar por los grupos armados.

En ese orden, argumenta que el procesado es licenciado de profesión, por lo tanto, radicar en su cabeza el deber de verificar la legalidad del proceso contractual escapa de una imputación acorde con el artículo 9° del Código Penal, con arreglo al cual no es suficiente con la causalidad para atribuir el resultado lesivo, porque además se debe verificar la situación personal del procesado para determinar si actuó dolosamente como lo exige el delito imputado, y lo tiene dicho la Sala.

Enseguida el defensor se ocupó de controvertir los argumentos expuestos por la Fiscalía respecto a la supuesta falta de definición técnica del proyecto, así:

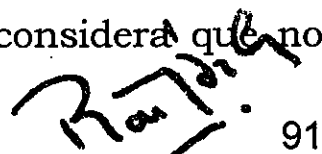
Respecto al motivo de la suspensión No. 1 de 11 de junio de 2006, atinente a que las cantidades de obra del plan de inversión no corresponden al proyecto urbano arquitectónico, asevera que la acusación omitió valorar las explicaciones brindadas por las personas que firmaron el acta, entre ellas, LUIS HUMBERTO DÍAZ ÁLVAREZ, quien manifestó que las discrepancias tenían su origen en la extensión del terreno, más de 400 hectáreas, lo cual es normal, pero sin implicar ello indefinición en el proyecto.

Rafael

En cuanto al oficio de 13 de diciembre de 2006, con el cual la empresa consultora entregó los diseños del parque, de cuyo contenido la Fiscalía infirió que no estaba definido plenamente el presupuesto por rezar que faltaba un ítem por terminar; califica esta tesis como opuesta a la literalidad del oficio y a los documentos obtenidos por la Fiscalía en las inspecciones judiciales, así: en los folios 135 a 137 del anexo 8 aparecen detallados los costos de la plaza mirador y de los senderos, igualmente, asegura, la Fiscalía omitió valorar los folios 67 a 93 del anexo 3, contentivos del presupuesto de obra arquitectónica de la etapa 1 del parque que detalla los senderos general, ecológico y los números 1 y 4.

En el cd entregado por LIBARDO BALAGUERA, dice, existe una carpeta 1, subcarpeta 1.6, estudio de suelos, en donde reposa un informe rendido por el Ingeniero Civil IVÁN ALARCÓN DUARTE de noviembre de 2005, que contiene como punto 6 el estudio de suelos para lozas de contra piso, andenes y pavimentos livianos, corroborando, según su opinión, que el sustento de la acusación se mantenía mientras no aparecieran las pruebas.

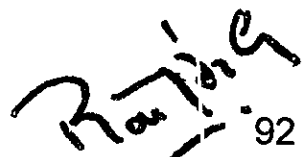
De acuerdo con lo anterior, asevera, no es veraz que el presupuesto no estuviera establecido antes del inicio del proceso de selección, ya que para el 13 de diciembre de 2005 se contaba con el precio de cada ítem a realizar cumpliendo lo exigido por el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, el valor estimado del contrato, es decir, el precio debe ser aproximado pues pueden existir variaciones. El Fiscal considera que no



puede haber ningún viraje en los ítems, que las obras son inmodificables, pese a que la experiencia demuestra cómo la ejecución de las obras tiene variaciones, lo que impide la ley es que esas variaciones sean adiciones que modifiquen el primer proyecto, lo cual no sucedió en este caso.

Lo que sucede, advera, es que el acusador se ciñó a la información brindada por los funcionarios de policía judicial a folio 109 del cuaderno No. 1, según la cual no hallaron los documentos soporte del trámite precontractual, sin considerar los anexos entregados por BALAGUERA BALAGUERA, ni los que soportan el dictamen pericial de MIGUEL VEGA HERNÁNDEZ.

El acta de suspensión de la obra N° 2 de 24 octubre de 2006, afirma, expresa que para esa fecha se habían presentado inconvenientes e inconsistencias de carácter arquitectónico y constructivo estructural en los diseños del parque, afirmación que, según el defensor, no solo verifica la existencia de diseños previos sino que el constructor tenía problemas no atribuibles a los servidores públicos, menos al gobernador de entonces; tampoco, dice, puede aceptar, que los diseños no puedan presentar inconvenientes y sean invariables sobre el terreno por ser esa una eventualidad recurrente en todas las obras públicas sin constituir delito alguno. Lo punible es modificar el proyecto, no haber deliberado de manera lógica esa situación, los cambios mínimos, insiste, no configuran punible, no tienen la antijuridicidad suficiente para que el derecho penal llegue a esa regulación.

 92

De acuerdo con el contrato y con las disposiciones que rigen la contratación pública, la suspensión del contrato le correspondía a la administración a través de la Secretaría de Infraestructura Física y al supervisor del contrato, en tanto que al interventor decidir sobre su procedencia, quienes, asevera, ejercieron su labor encontrando probadas las razones de la suspensión, de modo que no fue un capricho del gobernador, lo que en su sentir demuestran las dos actas de suspensión es que se observó el proceso adecuado y que no se le puede atribuir responsabilidad al acusado por un hecho ajeno a sus funciones, aún a las de supervisión, las cuales sólo podía ejercer con la información entregada por la Secretaría de Infraestructura, pudiendo plenamente aplicar el principio de confianza, no existía razón para no hacerlo.

Lo más importante, estima, es que en la actuación están identificados los estudios, diseños y planos que antecedieron la contratación, contentivos de todos los ítems tratados en la reunión llevada a cabo en el despacho del aforado el 20 de octubre de 2006, de la cual la Fiscalía pretende deducir que esos diseños no fueron los aplicados al contrato.

En efecto, en la documentación entregada por BALAGUERA BALAGUERA, precisa, están los términos del concurso público para la formulación del plan maestro y del diseño del pre proyecto del plan arquitectónico del parque, en el numeral 7.2.3 aparece como uno de los ítems a) proyectar una exposición histórica en donde se dispondrán de unos espacios para que cada país bolivariano lleve a cabo un

Rafael
93

montaje conmemorativo o un monumento de sus respectivas campañas libertadoras, es decir, asevera, desde su concepción el parque tenía presupuestado plazas ceremoniales o de eventos.

Igualmente, asegura, el cd entregado por BALAGUERA BALAGUERA que contiene los planos elaborados por la consultora contratada (fl. 131 anexo 8 A) traspasados el 13 de diciembre de 2005, en la carpeta 1, subcarpeta 1.4 diseños plan maestro, planos, obran al menos dos planos de la plaza ceremonial y una tabla de árboles que rodearía dicha plaza, y en los planos impresos de 26 de febrero de 2006 aparece el plano denominado plan maestro paisajístico, sector 1, en donde está demarcada la plaza ceremonial, evidenciando de esta forma que los planos estuvieron listos antes de la firma del contrato que se produjo el 25 de abril de 2006.

En el plano que ilustra la articulación interna de la planta general de senderos, añade, está determinada la plaza ceremonial y figura el plano completo de ella, con lo anterior, advera, demuestra que las afirmaciones hechas por la Fiscalía son especulativas y no valoraron la integridad de las pruebas, además, no puede deducir de la literalidad de las actas de suspensión 1 y 2 que los diseños estaban incompletos o que eran inexistentes, cuando la presencia de los mismos confirma lo contrario en la parte arquitectónica y paisajística.

Ocupado del acta de la reunión de 20 de octubre de 2006, de cuyo contenido la Fiscalía dedujo que cuando el contrato estaba en plena ejecución el aforado estaba

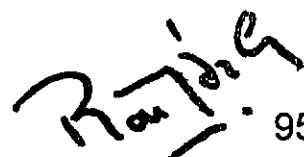
Rafael 94

transmitiendo la idea de lo que quería se hiciera, afirma, el expediente demostró la existencia de una desafortunada redacción, pero si se le quiere dar plena validez a ella, si acaso demostraría la desinformación de la realidad del contrato y de sus estudios por parte del procesado, la cual no constituye delito ni fue objeto de acusación.

Además, aduce, está demostrado que el objetivo del parque estaba identificado desde el concurso público realizado para la formulación del plan maestro y el diseño del anteproyecto arquitectónico, por lo tanto, el concepto histórico expresado en esa acta estaba ideado desde la proyección del parque.

Las obras referidas en la misma acta, una plaza en la que se instalen monumentos ecuestres de Bolívar y Santander que recordaran el histórico encuentro que sostuvieron en Tame, asegura, estaban previstas en el diseño arquitectónico, la batalla y la exposición de 5 países. La plaza ceremonial o de armas, como la entiende el constructor, está determinada desde los estudios proyectados por la firma consultora, como pasa a demostrarlo, así:

En el cd que contiene los planos de la plaza ceremonial, carpeta 1, subcarpeta 4, diseños plan maestro, planos, obran al menos 2 planos de la plaza ceremonial y una tabla de árboles que la rodearían, entregados el 13 de diciembre de 2005, antes de la ejecución del contrato.


95

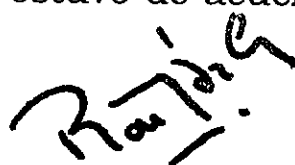
En el presupuesto de obra arquitectónica etapa 2 del parque, marzo 2 de 2006, está el sustento de la exposición histórica, además, contiene la plaza ceremonial determinada, la fecha, las cantidades de obra y el presupuesto, todo está explícito en los anexos que se había perdido.

En los planos impresos figura el denominado plan maestro de paisajismo sector 1, en donde está demarcada la plaza ceremonial con sus plantas y cortes, los cuales entregó BALAGUERA BALAGUERA y hacen parte del anexo 8 A.

Con lo anterior, estima, se demuestra que la plaza de armas o ceremonial estaba diseñada antes de iniciar la ejecución del contrato, y que no fue un capricho del procesado como lo señala la Fiscalía dando credibilidad a la declaración interesada y defensiva del constructor a quien el aforado no solo conminó sino que multó por los atrasos.

Calificó de mentirosa la afirmación de GIOVANNI ZORRO referente a que el inicio de los trabajos se dio sin diseños, fundado no solo en las pruebas analizadas sino en que bajo la gravedad del juramento, cuando firmó el contrato, aceptó conocer el lugar de la obra y los diseños.

Respecto a las adiciones al contrato de obra investigado, de las que la acusación predica se hicieron sin justificación, dice, la Fiscalía olvidó revisar que en el anexo 6 folios 293 y 294 está la comunicación enviada por el ingeniero GILBERTO DIAZ VANEGAS el 7 de noviembre de 2006, exponiendo las razones técnicas y jurídicas por las cuales estuvo de acuerdo

 96

con la adición solicitada para ejecutar la plaza de armas o ceremonial, como también las remitidas por el supervisor de la obra y el Secretario de Infraestructura a la Oficina Jurídica, dando su viabilidad.

Con lo anterior, asevera, muestra los actos de justificación extrañados por la Fiscalía con los cuales enerva el cargo de celebración indebida de contratos, y para que no haya duda de la existencia de diseños previos, insiste, el parque fue creado como una obra a desarrollar en varias etapas, apareciendo la plaza ceremonial en los diseños presentados por la UT Grupo Estudios Urbanos y DIANA WIESNERS, de modo que la Fiscalía se equivocó al hacer esta afirmación.

El proyecto del parque tenía tres etapas, ilustra, dos de las cuales fueron diseñadas desde 2005, hicieron parte del proceso de selección del contratista, quien conocía las circunstancias y características técnicas y financieras, como se deduce del numeral 8 de las consideraciones del contrato, y el objeto de la adicional fue la concreción de los recursos para el desarrollo de la segunda etapa, por lo tanto sí hubo diseños, sí hubo justificación, sí hubo estudios de necesidad y conveniencia para el adicional de 13 de diciembre de 2006.

Si en gracia de discusión se sostuviera la inexistencia de estos requisitos, tampoco sería atribuible a su poderdante, ya que, como obra en el acta de 20 de octubre de 2006, pidió estudiar la posibilidad de la adición, no la ordenó, ello no es delito, ni una celebración indebida de contratos.

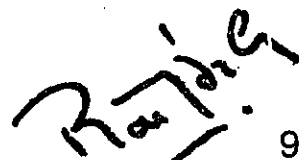
-97

Los ítems de la primera etapa, asegura, están determinados en el presupuesto de obra arquitectónica, etapa 1 de los diseños entregados por la consultora, y en el presupuesto definitivo, pese a que los diseños contienen la plaza ceremonial, estaba proyectada para la etapa 2, eso fue lo que se adicionó en recursos y plazo.

Tampoco encuentra acertada la afirmación de la Fiscalía según la cual el otrosí el 13 de diciembre de 2006 partió de lo sucedido en la reunión del 20 de octubre de 2006, aduciendo que de lo manifestado por el procesado hubo una arbitraria adición del contrato y modificación de los diseños, aduciendo que como ya se probó, los diseños contenían la plaza ceremonial y la solicitud de monumentos recogen el motivo central del parque, que no es otro que ser que un testigo de la memoria histórica de lo sucedido en ese lugar.

Por ello, la convocatoria pública para el diseño del parque habla del contenido histórico de la prueba, e incluye factores museológicos y proyecta una zona para que cada país erija un monumento, afirma el defensor.

Para refutar la acusación relativa a la supuesta falta de plan de manejo ambiental en el momento de la adjudicación del contrato, y de la solicitud hecha cuando ya estaba en ejecución; asevera, que fue la autoridad ambiental competente quien en febrero de 2006 certificó que el proyecto no requería de licencia ambiental de modo que no entiende por qué la Fiscalía la exige.



De acuerdo con el Decreto 1220 de 2005, aplicable a los hechos, definió qué se entiende por plan de manejo ambiental, coligiendo que es la consecuencia de una evaluación ambiental que en este caso desarrolló la Subdirección de control y calidad ambiental de CORPORINOQUIA con número 5509048 de 8 de febrero de 2006, estableciendo que no se requería licencia ambiental y, por tanto, tampoco plan de manejo ambiental.

Además, asegura, el estudio de impactos ambientales realizado por la Ingeniera Ambiental MARÍA ELENA ORTEGA AMAYA, en noviembre del año 2005, demuestra el desacierto de la acusación en punto a que no existía plan de manejo ambiental, pues éste ya se había hecho y CORPORINOQUIA determinado que no requería licencia ni plan de manejo ambiental.

Considera que la Fiscalía está exigiendo un requisito que la ley aplicable no establecía; para el otorgamiento de licencias ambientales regía la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994, los cuales disponen que el estudio de impacto ambiental se exigirá en los casos que se requiera licencia ambiental de acuerdo con la ley y los reglamentos, y en este la autoridad competente afirmó que no se requería de ella, no obstante ello, se hizo estudio de impacto de esa índole, el cual reposa en el anexo 8.

Como la Fiscalía en la audiencia adicionó un elemento no contenido en la acusación, la falta de interventoría en un

Rafael

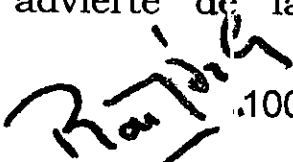
período, pide no sea tenido en cuenta pese a que el procesado demostró que sí había interventoría en cabeza de funcionarios de la gobernación.

Como en sentir del defensor, la Fiscalía no cumplió con la carga de derruir la presunción de inocencia, ya que la única certeza existente es que las afirmaciones hechas por ella fueron totalmente erradas, solicita se profiera sentencia absolutoria por este delito.

2.2. Del peculado por apropiación.

Precisa que el artículo 14 de la Ley 756 de 2002, modificada por la Ley 141 de 2004, establece la forma como se deben destinar los recursos de regalías en rubros específicos, y en los departamentos era necesario que figurara en el plan general de desarrollo. Es este caso, asegura, el proyecto estaba justificado, constaba en el plan general de desarrollo del departamento y los valores fueron invertidos en uno de los rubros autorizados, como lo explicó el acusado en su intervención.

En cuanto a la acusación relativa a que el aforado no realizó actuaciones para asegurar el buen manejo del anticipo, acusación derivada de las comunicaciones de la interventoría hechas el 20 de febrero de 2007 manifestando al supervisor los inconvenientes presentados respecto del porcentaje de ejecución de la obra de cara a lo recibido del anticipo; advera, la Fiscalía omitió verificar la página 2 de esa comunicación, en donde la interventoría advierte de la



100

reunión de 9 de octubre de 2006 en la que el inculpatado requirió al contratista por el poco avance de la obra conminándolo para su ejecución, igualmente, valorar que le impuso una multa por \$50.000.000.

Lo que no podía hacer la administración era vulnerar el debido proceso en la imposición de la multa, por esa razón obra en el expediente las comunicaciones enviadas a la interventoría y a la asesora jurídica del departamento, exhortándolas para que se observara el procedimiento establecido en la Resolución 561 del 31 de julio del 2002, es decir, infiere, no se trató de inactividad sino del tiempo requerido por los trámites.

No está de acuerdo con la Fiscalía en que asuma que la actuación de la administración departamental debió llegar hasta la liquidación unilateral del contrato porque era más oneroso, dispendioso y vulnerador de los principios de la administración pública, ya que hay una acción de repetición contra los funcionarios y una administrativa en disfavor del departamento, lo importante, a su juicio, era hacer cumplir las obras, prueba de ello, es la conclusión del ingeniero JOSÉ MIGUEL VEGA RODRÍGUEZ en el informe pericial, referente a que el dinero del anticipo se invirtió en la obra y que el gastado fue mayor al entregado por anticipo, de donde colige el defensor, no hubo peculado.

Las suspensiones del contrato autorizadas durante el período de ACOSTA BERNAL, asegura, fueron sustentadas y

 101

avaladas no sólo por la interventoría sino por el aludido dictamen.

En cuanto a la suspensión N°1, obra la justificación del acta, y amén que era del resorte de algunas dependencias de la gobernación, por lo tanto, no atribuibles al procesado. La interventoría admitió que se dispuso la suspensión porque hubo una causa justificada, las discrepancias entre lo contratado y los diseños, sin que de allí se pueda deducir que el contrato estaba sin diseños, afirma el defensor, existían diferencias pero podían ser superadas. De haberse acreditado la concurrencia de irregularidades, añade, no podían ser imputadas a su poderdante por rebasar su órbita funcional.

Las 4 suspensiones otorgadas durante el período del acusado la interventoría las dio por justificadas en el informe final que rindió en diciembre de 2008, por consiguiente, no puede la Fiscalía por vía de interpretación darles un contenido distinto para sustentar la acusación, ya que las pruebas indican que fueron determinadas y sustentadas por hechos ciertos y con vocación de ser razón jurídica y lógica para que se diera el acto.

Considera no acertada la afirmación de la Fiscalía, referente a que el gobernador aprobó la suspensión del contrato por largos periodos de tiempo ya que ello nunca sucedió, se dieron principalmente por factores climáticos y constructivos que se presentan en la ejecución de las obras, jamás por capricho o razones sin sustento.

 102

Tampoco es correcta la aserción según la cual el aforado autorizó suspensiones por 255 días, toda vez que las aprobadas en su administración sumaron 205 días, de los cuales 100 días y algo más se debió a factores climáticos, no a conductas achacables a él.

Valora el análisis financiero hecho por la acusación como contrario a los informes No. 638740 de octubre de 2011 y al rendido por el Ingeniero Civil JOSÉ MIGUEL VEGA, que aduce que el porcentaje de obra realizado por el constructor fue del 44%, lo que no tuvo en cuenta la acusación es que durante el período del procesado se entregó el 40% de los recursos como anticipo al contratista, y de acuerdo al dictamen del Ingeniero VEGA y al informe de interventoría, el anticipo se invirtió en la construcción de la obra.

El interventor sobre este tópico, recuerda la defensa, manifestó que para octubre de 2007 el contratista había gastado en la obra más de lo recibido por anticipo, además el aludido Ingeniero Civil lo corroboró afirmando que lo invertido en la primera parte de la obra superó lo entregado por anticipo, por lo tanto, colige, se demuestra que los dineros traspasados por el acusado al constructor fueron gastados totalmente en los trabajos, es tan cierto ello, asegura, que en el 2008 el gobernador entrante pagó las actas de obra, si ello no hubiera sido, no las hubiera cancelado.

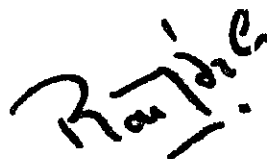
También destaca como desacertada la conclusión de la acusación relativa a que el monto del peculado ascendió al menos al saldo por liberar del departamento, por no

compadecerse con lo manifestado por el Ingeniero Civil quien hizo la salvedad que el valor por liberarse estaba en la Tesorería de la gobernación, en consecuencia, jamás puede existir peculado sobre ese monto.

Si se aceptara en gracia de discusión que estas actuaciones contienen una irregularidad, aduce, al gobernador lo cobija la causal de ausencia de responsabilidad del artículo 32-10 del Código Penal, el error de tipo, que se presenta cuando el sujeto activo de la acción ignora que su comportamiento se adecúa a un tipo penal, excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo incidiendo en la responsabilidad.

En este caso, estima, las actuaciones de ACOSTA BERNAL se enmarcan en este error, porque dentro del tiempo de su mandato no contaba con la formación académica ni experiencia profesional en contratación estatal, lo cual lleva a inferir que desconocía la trascendencia de la contratación pública como medio para concretar los fines del Estado, como también procedimientos que correspondían a determinadas dependencias.

Apoyado en decisión de la Corte de 22 de junio de 2011, adoptada en el radicado No. 35953, en donde alude a los elementos de la culpabilidad y dice que sí pudo o no recibir la información adecuada quien está siendo acusado, en este caso, considera, puede predicarse que no se configura culpabilidad alguna de ACOSTA BERNAL en relación con estos punibles, ya que ni actuando de la forma más diligente,

 104

como lo hizo durante todo el periodo, pudo llegar a otra conclusión, toda vez que no tenía la información ni las condiciones académicas para ello, esto se puede corroborar en su hoja de vida.

Finalmente destaca como error cometidos por la resolución de acusación, los siguientes: sustenta un delito de acción en un actuar omisivo, por lo tanto no hay congruencia jurídica ni lógica entre lo que quiere la imputación jurídica y el devenir fáctico, dice que cometió el de peculado con una acción positiva pero al tiempo afirma que no hizo lo posible para mantener el recaudo de los dineros de la gobernación de Arauca, hay un sinsentido desde el punto de vista lógico y jurídico.

La Fiscalía jamás pudo probar el detrimento patrimonial del presupuestado peculado, porque lo acreditado es que no lo hubo, recuerda la conclusión de MIGUEL VEGA, en cuanto a que hubo más gastos en la primera parte del proyecto que lo dado por anticipo.

Luego destaca del fallo de la Contraloría 017 de 18 de enero de 2013, la parte en la cual asevera que si el daño se ha resarcido o la obra culminado de acuerdo al contrato no existe deterioro patrimonial, evocando en favor del procesado que el dictamen rendido en el proceso concluyó que el dinero fue invertido en la obra, y que el acta de terminación de las obras, dice: 1) que culminó la obra, 2) con los diseños y la proyección hecha en el año 2005 y 2006 y 3) y, que la

aseguradora no utilizó un peso distinto a los ya aplicados, de donde infiere el defensor, que no hubo ninguna irregularidad.

Aduce, que la Fiscalía imputó al procesado el valor de la totalidad del contrato sin tener en cuenta que el anticipo que entregó fue del 40% y en el adicional otro 40%, de ahí deduce que no pudo determinar el detrimento patrimonial porque no existe.

Por último pide a la Sala revise los folios que contienen la actuación realizada por la administración para obligar al contratista a cumplir; lo más sano para el departamento, estima, era que la obra se terminara.

Con fundamento en estos argumentos reitera su petición de absolución en favor del inculcado, también por razón de este delito.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia:

Como lo viene reiterando la Sala en el juicio, no obstante que el acusado JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL ya no ocupa el cargo de Gobernador del Departamento de Arauca, la Sala es competente para conocer de esta causa, en razón a que las conductas por las cuales fue acusado por la Fiscalía General de la Nación guardan relación con las funciones que para la época de los hechos desempeñaba, de conformidad

Rafael
106

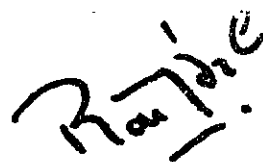
con lo dispuesto por los artículos 235-4 Superior y su parágrafo, y 75-6 de la Ley 600 de 2000.

2. Solicitud de nulidad invocada por el defensor del procesado en las alegaciones finales.

Afincado en la causal 2 del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, pide se anule lo actuado a partir de la audiencia preparatoria en cuyo desarrollo la Sala denegó la nulidad pedida por la defensa técnica, resolvió y decretó las pruebas demandadas por la Fiscalía, el Ministerio Público y el defensor del acusado; aduciendo que para adoptar estas decisiones no contó con los documentos incorporados al proceso por el testigo LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA en la declaración que rindió ante la Fiscalía, los cuales fueron remitidos estando en curso la audiencia de juzgamiento, ni con los incorporados por la defensa técnica junto con los alegatos de conclusión, vulnerando, además el principio de valoración conjunta de las pruebas.

No obstante que los documentos anexados por BALAGUERA BALAGUERA en su testimonio fueron enviados por la Fiscalía mucho tiempo después de ser realizada la audiencia preparatoria, dicha irregularidad no afectó la estructura básica del proceso, ni los derechos fundamentales del procesado, es decir, es intrascendente.

Ciertamente, las etapas que caracterizan el proceso penal, y en particular el juicio fueron observados a cabalidad. Arribado el expediente procedente de la Fiscalía con la

 107

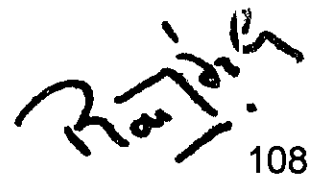
resolución de acusación ejecutoriada; la Secretaría corrió el traslado dispuesto por el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 para que las partes presentaran sus peticiones de nulidad y práctica de pruebas.

La Sala realizó la audiencia preparatoria en la cual negó la nulidad propuesta por el defensor del procesado, ordenó las pruebas instadas por los sujetos procesales, y negó la reposición interpuesta por el defensor contractual contra la determinación de no invalidar la actuación.

Tras sortear varias incidencias practicó la audiencia pública con arreglo a los trámites previstos en la Ley Procesal Penal, escuchó al acusado sobre los datos personales y los hechos, recibió los testimonios ordenados con participación de los sujetos procesales, y finalmente las partes presentaron sus alegaciones.

Ninguna irregularidad se presentó durante todo este trámite, tampoco en las formas previstas por el artículo 401 del Código Procesal Penal para la realización de la audiencia preparatoria, en su desarrollo participaron los sujetos procesales con observancia a plenitud de las garantías procesales.

Además, con las decisiones adoptadas por la Sala, hacia donde apunta los argumentos de la defensa, tampoco se vulneraron los derechos fundamentales del procesado, como pasa a demostrarse.



Al tenor de lo normado por el artículo 401 del Estatuto Procesal aplicado, la audiencia preparatoria tiene como propósito verificar si el funcionario judicial es el competente para cursar el juicio, resolver las nulidades propuestas por las partes o decretar las que de oficio el funcionario judicial considere concurren, y pronunciarse sobre las pruebas demandadas o decretar de oficio las que considere procedentes.

En este caso, la Sala rechazó la nulidad formulada por el defensor del procesado, y ordenó la práctica de las pruebas pedidas por éste sujeto procesal de orden documental y testimonial, por el Procurador Tercero Delegado para la Investigación y el Juzgamiento Penal, y por el Fiscal 10 Delegado ante la Corte de carácter testimonial; decisiones cuyo sentido no habría sido distinto de haber contado con los documentos presentados por BALAGUERA BALAGUERA, que integran el anexo 8 A.

En efecto, entre las varias nulidades propuestas por el defensor contractual anterior, está la supuesta comisión de irregularidades sustanciales en la resolución de acusación que habrían afectado el debido proceso por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 398 de la Ley 600 de 2000, en virtud a que el Fiscal Delegado negó que el contrato No. 069 de 2006 tuviese diseños, imputación que la defensa estima errada ante la realidad documental, por cuanto con la formulación del plan maestro y el diseño del proyecto arquitectónico del parque realizado con el contrato de consultoría No. 313 de 2005 la defensa demostró lo contrario,

pruebas que fueron aportadas al proceso por EALAGUERA BALAGUERA, y no fueron valoradas por la Fiscalía.

El Fiscal no se apoyó en un ningún perito experto que confirmara esa apreciación, recordó la Sala sostuvo la defensa, con la que por demás estaría sosteniendo que los actos administrativos de licitación y adjudicación de los contratos de consultoría y de obra son ilegales, lo cual no podía hacer sino hasta que un juez así lo decretara, además, no valoró las pruebas allegadas, todas son apreciaciones subjetivas sin sustento, ni consideró que la obra se hizo.

Además, evocó la Sala, el defensor adicionalmente censuró a la Fiscalía, que ninguno de los numerales 1,2,3 y 4 del artículo 398 desarrolló a cabalidad, por cuanto las conclusiones están basadas en sus valoraciones más no en las pruebas allegadas y en apreciaciones subjetivas que hace de las actas de suspensión del contrato sin fundamento en el artículo 228 Superior, da la impresión, dice, que el Fiscal tuviese conocimientos amplios en ingeniería o en arquitectura o fuese experto en materia de obra civil, porque se extraña un dictamen pericial que conforme a su valoración técnica las apoye.

Adicionalmente, la defensa allegó toda la documentación que demuestra la legalidad de la adjudicación del contrato y la existencia de los diseños de las obras, sin embargo, el Fiscal no la evaluó correctamente con apoyo en expertos técnicos en la materia, complementariamente el proceso demostró el avance de las obras en más de un 40% desde la

suspensión del contrato, en consecuencia se pregunta, si se ejecutó a ciegas? si iniciaron las labores de excavación, adecuación, construcción, implantación de maquinaria, personal técnico, etc., sin saber lo que se iba a hacer?, circunstancias que en su sentir confirman que la Fiscalía al dictar la resolución de acusación no valoró la prueba técnica que obra en el expediente, por lo tanto, carece de los requisitos formales.

Petición y argumentos desechados por la Corte en la audiencia preparatoria negando la nulidad. Encontró, opuesto al defensor que la resolución de acusación reúne a cabalidad las exigencias del artículo 398 de la Ley 600 de 2000, esto es, la síntesis de los hechos que originaron la investigación, la identificación del procesado, el resumen de la actuación procesal, la relación sucinta de las conductas investigadas con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que las especifican, la indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación, la calificación jurídica provisional de las mismas, y las razones por las cuales no compartió el criterio de la defensa.

Con fundamento en ellos, adujo la Sala, la Fiscalía razonó acreditada en grado de probabilidad la tipicidad de las conductas por concurrir los elementos estructurales de los dos delitos endilgados; en cuando al contrato sin cumplir los requisitos legales, dio por evidenciado que al celebrar el contrato no verificó el cumplimiento de los requisitos legales del trámite previo.

Concluyó, que celebró el contrato sin diseños, análisis arquitectónico y manejo ambiental tras ponderar el caudal probatorio, particularizando los medios de prueba en los que se apoyó, y ofreció las razones por las cuales rechazó los argumentos tanto de la defensa material como técnica.

Irregularidades con las cuales, estimó la Fiscalía, vulneró los principios no sólo de la contratación estatal sino de la función pública en general, en particular los de planeación, economía y responsabilidad, pues no verificó previo a asignar el contrato, la observancia de los requisitos legales esenciales.

Igual proceder encontró la Corte cumplió la Fiscalía respecto al delito de peculado por apropiación, al efectuar la ponderación de los medios de prueba concluyendo que convergían los elementos del tipo en grado de probabilidad. En dicho ejercicio también dio respuesta a los argumentos del defensor y de los expuestos por el acusado a lo largo de la investigación.

En particular, dio por comprobado el mal manejo de los recursos del anticipo, el cual fue hecho saber al procesado por la interventoría, quien no obstante autorizó la adición.

Argumentó que la suspensión del contrato en 5 ocasiones debido a los defectos presentados en la fase precontractual, contribuyó con la defraudación del patrimonio público, y la actitud asumida por el aforado de no adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del

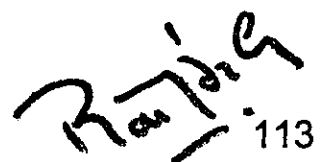
contrato, permitió inferir a la Fiscalía que la acción estaba orientada a la apropiación de los recursos en favor del contratista.

Debido a que no sancionó la inactividad ni dispuso de mecanismos para superar el incumplimiento y por contraste aprobó la suspensión por varios períodos de tiempo, dedujo su responsabilidad en este delito.

Al hallar la Corte en la resolución de acusación que confluyen los requisitos del artículo 398 de la Ley 600 de 2000, dio por evidenciada la ausencia de la nulidad invocada por la defensa.

Respecto a los ataques hechos por el defensor a la apreciación probatoria realizada por la Fiscalía por no soportarla en una prueba técnica, la Sala no las acogió por corresponder a la personal ponderación propia de los recursos ordinarios pero no constitutivas de irregularidades, máxime que en su labor el ente acusador individualizó los medios de prueba de apoyo y entregó los argumentos para enervar los de la defensa.

Adicionalmente, argumentó, que no estaba facultada para decidir si la apreciación probatoria fue acertada o no, pues de hacerlo estaría usurpando la función básica de la Fiscalía de investigar y acusar, deferida por la Constitución y la Ley.

 113

Frente a este panorama para la Sala es incontrovertible, reitera, que de haber contado para ese momento con los documentos aportados por BALAGUERA BALAGUERA, la decisión habría sido la misma, de modo que su incorporación tardía al proceso no causó ningún daño a la defensa, ni decretar la nulidad y rehacer la actuación le ocasionaría ningún beneficio.

Es claro que el defensor pretende revivir inoportunamente la controversia respecto a la petición de nulidad con origen en la instrucción que planteó y fue negada en la audiencia preparatoria, pues con fuente en esa etapa procesal el momento para proponerla y ser resuelta feneció en el traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, sin que pueda presentarla nuevamente con el ropaje de haber tenido su origen en el juicio.

No obstante lo anterior la Sala procederá a responder los argumentos de la defensa, con el propósito de evidenciar que de haber contado con dichas pruebas, las determinaciones adoptadas en la audiencia preparatoria serían las mismas.

Efectivamente, es palmar que la Fiscalía en la resolución de acusación no solo relacionó sino valoró estas pruebas, enervando su poder de convicción al sopesarlas en conjunto con las de cargo, concluyendo que convergían los presupuestos procesales para acusar al aforado. No ignoró su presencia, la valoró, en consecuencia, la supuesta falta de apreciación probatoria aducida por la defensa como falta de requisitos formales de la acusación no se dio. Así entonces, de

haber contado la Corte con ellas al resolver la nulidad planteada habría arribado a la misma conclusión, que los requisitos de forma de la acusación, en concreto, la apreciación probatoria conjunta fue realizada por la Fiscalía. Veamos:

En la síntesis de los alegatos presentados por la defensa, destacó el ente acusador el argumento relativo a que la declaración de LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA y los documentos por él aportados en su declaración demostraban el cumplimiento de los requisitos legales en la celebración del contrato de obra y con ella el principio de planeación, resultando claro para la defensa, que las vicisitudes del contrato 069 de 2006 se originaron por culpa exclusiva y dolosa del contratista, ocasionando la caducidad del contrato, su liquidación unilateral y el acuerdo transaccional con la aseguradora.

En los considerandos, además, al analizar el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, apreció concretamente el testimonio rendido ante la Fiscalía por BALAGUERA BALAGUERA, en particular, en el apartado en el cual concluyó que al celebrar el contrato de obra no contaba con la definición técnica del proyecto, estudio y diseño exigido por la ley en la etapa previa.

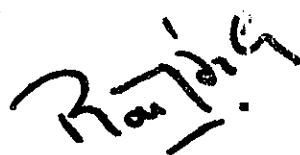
Indefinición cuya demostración soportó, entre otras pruebas, en el contenido del acta de suspensión No. 1 de 11 de junio de 2006 que determinó como motivo de esa decisión, que las cantidades establecidas en el plan de inversión no

correspondían al proyecto urbano arquitectónico planteado por el diseñador, hallando en el proceso un acta de modificación que acondiciona ítems existentes y plantea la incorporación de otros nuevos.

Específicamente enervó las afirmaciones en sentido opuesto hechas por LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA en su testimonio, relativas a que los diseños fueron presentados en diciembre de 2005 antes de cerrarse la licitación, y que las cantidades de obras licitadas correspondían a las entregadas por los diseñadores, con lo cual pretendía probar que sí existían diseños al abrirse la licitación.

Dio por cierto lo alegado por la defensa en cuanto a que dicho declarante aportó documentos relacionados con el proceso de celebración del contrato de consultoría No. 303 de 20 de septiembre de 2005 con la UT de Estudios Urbanos Ltda. DIANA WIESNER, cuyo objeto fue la formulación del plan maestro y el diseño del proyecto arquitectónico del parque, los cuales entregó a la administración el 13 de diciembre de ese mismo año, es decir, antes de la apertura de la licitación que se hizo con resolución del 14 de diciembre del mismo año.

Sin embargo, les restó valor de cara a las pruebas de cargo, ya que según el acta de suspensión No. 1 de 11 de junio de 2006 el proyecto diseñado fue modificado, infiriendo que si bien es cierto existían diseños previos éstos no correspondían al plan de inversión del contrato, es decir, el proyecto no estaba técnicamente definido.



Además, encontró que el oficio aportado por BALAGUERA BALAGUERA de entrega de los productos hecha por la firma consultora un día antes de la apertura de la licitación, evidenció esas falencias en el plan de inversión, al aseverar que el presupuesto se encontraba totalmente definido salvo en la parte correspondiente a la cimentación y estructura de los senderos que cruzaban zonas húmedas y cauces hídricos, porque no había sido posible que el encargado del levantamiento topográfico entregara la información de profundidad de esos sitios, infiriendo de allí que el proyecto no contaba con la definición completa del presupuesto previo al inicio del proceso de selección, requisito trascendente pues concretados los costos de la obra se podía adelantar la selección objetiva del contratista.

Vaguedad en los diseños que además dio por verificada con el acta de suspensión No. 2 de 24 de octubre de 2006, que consignó que se presentaron inconvenientes e inconsistencias de carácter arquitectónico, constructivo y estructural en los actuales diseños del parque, siendo necesario reestructurar el proyecto para ajustarlo a las reales condiciones del terreno y a los requerimientos de tipo ambiental.

Dedujo la Fiscalía, dando respuesta a la defensa, que no bastaba con haber adelantado un proceso de contratación del plan maestro y diseño del proyecto arquitectónico del parque, si los diseños no fueron los que se aplicaron al objeto contratado. Aseveró que fue la misma administración la que

decidió modificar los entregados sin poder aceptar como lo pide a la Fiscalía, dar por cumplido el requisito previo de elaboración técnica del diseño cuando al momento de ejecutarlo el gobernador decidió cambiarlos, vulnerando el principio de planeación.

Adicionalmente, adujo la Fiscalía, del acta de la reunión efectuada el 20 de octubre de 2006, coligió que cuando el proyecto estaba en ejecución ACOSTA BERNAL presentó la idea de lo que pretendía desarrollar con el objeto del contrato, no precisamente los diseños contratados con la firma consultora.

Si bien la idea se presentó como una adición de un contrato que ampliaba su objeto, la misma requería actos de justificación por comprometer mayores recursos del erario, diseños, estudios de necesidad y conveniencia, sin embargo, afirma la Fiscalía, solo contó con la solicitud de adición dirigida por el constructor a la interventoría y el concepto favorable de esta.

Adicionalmente tuvo como prueba de que no solo se trataba de nuevos diseños sino de modificaciones de los ya entregados, el oficio de 22 de noviembre de 2006 enviado por el contratista a la firma interventora expresando que los nuevos desarrollos y modificaciones planteados por la administración departamental, en relación con los diseños entregados en el inicio de actividades del contrato, han obligado a reestructurar y planear un nuevo diseño

arquitectónico y urbano en el cual se construya una plaza de armas de más de 25 mil metros cuadrados.

Argumentó, que el adicional fue suscrito el 13 de diciembre de 2006 con el fin de ampliar el objeto del contrato 069/06 sin cumplir con los estudios previos. Fue por decisión del procesado que se incorporaron modificaciones a los ya previstos. Ese fue el procedimiento observado para definir las obras adicionales sin contar con diseños sobre los nuevos trabajos, sin estudios de necesidad para contratarlas, sin estudios previos para comprometer mayor presupuesto.

Reiteró, la Fiscalía, que no solo se estaba disponiendo la adición del contrato sino la modificación en las obras de su objeto, por ello, contrario a lo dicho por la defensa, la adición no solo constituyó una mayor obra, sino la reforma de las actividades y diseños de la obra contratada.

No aceptó que el procesado se mostrara ajeno a los hechos, aduciendo que fue él mismo quien sugirió los cambios y si bien no suscribió el contrato adicional en su representación lo hizo JOSÉ RAFAEL ZÚÑIGA CASTAÑEDA por delegación conferida por él, debido a un desplazamiento que haría a Bogotá.

En fin, como la Fiscalía relacionó y valoró las pruebas cuestionadas en la acusación en conjunto con las de cargo explicando los motivos por las cuales no les dio valor, es incontrovertible que haber contado la Sala con ellas al adoptar esas decisiones en la audiencia preparatoria, no


-119

variarian su sentido por ser claro que la acusación cumplió con las exigencias formales previstas por el artículo 398 de la Ley 600 de 2000, en particular, la apreciación probatoria ofreciendo las razones por las cuales no compartió los alegatos de la defensa. Así entonces, es palmar que la entrega ulterior de las pruebas no le causó daño a ninguna garantía procesal del acusado.

Es evidente que el propósito perseguido en su momento por la defensa, era provocar que la Sala se pronunciara sobre el acierto o desacierto de la ponderación probatoria, labor que no podía realizar por virtud de la separación de funciones entre la Fiscalía y la Sala, ya que de tomar partido sobre ese tópico usurparía la función básica deferida por la Constitución Política a esa entidad de investigar y acusar, ya que sobre el fondo del proceso y la apreciación del mérito probatorio la Corte solo se puede pronunciar en el fallo, no antes.⁴

Que el defensor discrepara de la apreciación probatoria que hizo la Fiscalía, no implica que haya cometido algún error al realizar esa labor, debido a la libertad relativa de que goza el juzgador para apreciar los medios de prueba y asignarles su mérito persuasivo, limitado solo por las reglas de la sana crítica⁵.

Ante este panorama, ninguna anomalía sustancial que lesione el debido proceso se dio con la realización de la audiencia preparatoria. Sus objetivos fueron alcanzados, se

⁴ CSJ SP. Rad. No. 11923 de 16, mayo, 2002.

⁵ CSJ S.P. Rad. No. 12128 de 14 marzo 2002.

reitera, la competencia de la Corte para cursar el juicio quedó demostrada, la legalidad del trámite verificado, se resolvieron la nulidad y las peticiones de pruebas formuladas por la defensa y demás sujetos procesales. No se causó ningún perjuicio con la anomalía, ni le reportaría beneficio alguno al acusado de decretarse la nulidad pues serían idénticas las decisiones respecto a las peticiones formuladas en el traslado del artículo 400 del Código Procesal Penal, como ya quedó demostrado.

Es cierto que con la irregularidad cometida por la Fiscalía, no se transgredió el principio de investigación integral por la Sala, como lo plantea la defensa, pues para su acreditación se exige que una o varias pruebas no hayan sido practicadas pese a su procedencia, y comprobar que de haberse realizado las conclusiones fácticas y jurídicas de la decisión habrían sido distintas; pues lo aquí censurado no es la ausencia de realización de pruebas a favor del reo sino tomar decisiones en la audiencia preparatoria sin tener a disposición pruebas que favorecían a la defensa.

Ahora, que la Sala no las valorara para adoptar esas decisiones debido a su ausencia, como atrás se vio, no generó ningún error en su valoración justamente por no hacer parte del cartulario para ese instante. Pero lo más importante es que si hubiese hecho parte de él, las determinaciones serían las mismas, es decir, no se causó ningún perjuicio a la estructura del proceso ni a las garantías procesales.



2. El conocimiento de las aludidas pruebas para resolver las peticiones de pruebas en la audiencia preparatoria tampoco tuvo ninguna trascendencia, pues habiendo sido decretadas todas ningún perjuicio en concreto pudo irrogar a la defensa esa decisión, ni le reportaría ventajas el hecho de invalidar la actuación para adoptar la misma determinación.

Tampoco tendría incidencia en la Sala para decretar pruebas de oficio, como lo afirma la defensa, porque al estudiar la acusación con el acervo probatorio más las pruebas pedidas por los sujetos procesales, estimó que contaba con suficiente ilustración para adoptar la decisión que pusiera fin al proceso.

La práctica de las pruebas no se afectó con la ausencia de los documentos, como tampoco el principio de contradicción, pues como lo viene reiterando la Sala éste no se agota con el contrainterrogatorio de los testigos, también se ejerce cuando se pide la prueba, se critican éstas en sí mismas y con relación al resto de material probatorio, se impugnan las decisiones, y se presentan alegatos, etc., y en este caso, la defensa no solo participó en la práctica de las declaraciones en el juicio, sino que interrogó activamente a los testigos de acuerdo con los intereses que representa en la actuación, además de haber soportado en gran medida la solicitud de absolución en dicha prueba, desacreditando con base en ellas la de cargo.⁶

⁶ CSJ. SP. Rad. No. 14252 de 27-II-03.

Como se demostró que la anomalía destacada por la defensa es intrascendente, la Sala no se pronunciará específicamente sobre los otros principios que de las nulidades menciona el defensor.

En cuanto a las pruebas que la defensa viene afirmando fueron presentadas por el anterior apoderado con los alegatos de conclusión, por constituir hechos ajenos al objeto de la investigación la Sala no entró a averiguarlos disponiendo la investigación disciplinaria pertinente. En efecto, con auto de 1º, de agosto de 2016, ordenó:

“Respecto al CD y documentos supuestamente presentados por el anterior defensor junto con los alegatos previos a la calificación del sumario, cuyo aporte la Fiscalía descarta entregando prueba de ello y, la defensa insiste en su presentación adosando fotocopia del recibido en el que obra su recibo; como persisten dudas sobre la verdadera entrega o no de esta documentación y esta situación no puede ser dilucidada en esta actuación por no ser ese su objeto, amen que de acreditase la entrega y desaparición de la documentación se podría configurar una falta disciplinaria por incumplimiento de los deberes de los empleados encargados de esa labor, se dispone expedir las fotocopias pertinentes con destino a la Oficina de Veeduría y Control Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación, para que se adelante la investigación correspondiente, con arreglo a las previsiones hechas por los artículos 2, 23, 34 y 35 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

Como quiera que dicha documentación corresponde y fue entregada por el testigo LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, la cual fue incorporada al proceso recientemente por la Fiscalía, de comprobarse que efectivamente fue aportada a los alegatos su ausencia no afectaría el derecho de defensa, por lo tanto, se dispone su valoración al momento de la Corte entrar a dictar el fallo que en derecho corresponda”.⁷

Ahora, si por vía de hipótesis en realidad las pruebas se hubiesen perdido luego de ser incorporadas al expediente, dicha circunstancia tampoco generaría ninguna irregularidad trascendente que afecte la estructura básica del proceso o

⁷ Fl. 22 c.o. 5 Corte.

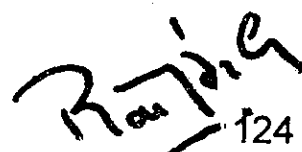
alguna garantía fundamental, en virtud a que como ya se vió corresponde a la misma presentada por BALAGUERA BALAGUERA en su declaración ante la Fiscalía, y de existir alguna diferente no podía ser valorada para adoptar las decisiones en la audiencia preparatoria ni después, por no haber sido incorporadas regularmente al proceso, toda vez que se hizo cuando ya se había clausurado la fase de instrucción, con los alegatos de conclusión.

En fin, se denegará el decreto de la nulidad pedida por la defensa.

3. Requisitos para condenar.

Al tenor de lo normado por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, solo es posible proferir sentencia condenatoria cuando el acopio probatorio transmita al fallador la certeza sobre la conducta punible y la responsabilidad del procesado, presupuestos concurrentes en esta actuación como con acierto lo pregonan el Fiscal Décimo Delegado ante esta Corporación, en oposición al criterio del Procurador Delegado y la defensa, en virtud a que la valoración conjunta de los medios de prueba frente a las reglas de la sana crítica, transmiten a la Sala la certeza de la convergencia de las categorías de las conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos y peculado por apropiación a favor de terceros, y de la responsabilidad del procesado.

3.1. Del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.


124

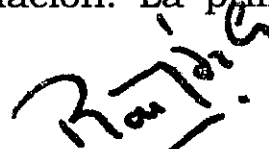
El Fiscal 10 Delegado ante esta Colegiatura acusó al procesado como probable autor responsable de la comisión de este delito, el cual es descrito por el artículo 410 del Código Penal de la siguiente manera:

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, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

El supuesto de hecho descrito encierra el actuar de un servidor público que entre sus atribuciones deba intervenir en el proceso de contratación y haya incumplido los presupuestos sustanciales en su trámite, u omitido verificar su concurrencia en las etapas de trámite, celebración o liquidación.

Encierra dos modalidades alternativas de ejecución: la primera, incumplir los presupuestos legales sustanciales en el trámite, lo que involucra todos los pasos hasta su celebración y, la segunda, omitir la verificación del cumplimiento de los condicionamientos legales para su perfeccionamiento inclusive los atinentes a la fase precontractual, y los relacionados con la liquidación.

De esta forma la ley distinguió la conducta ejecutada por los servidores públicos competentes para tramitar el contrato, de la que cumple el representante legal o el ordenador del gasto en las fases de celebración y liquidación. La primera

 125

modalidad alude al trámite del contrato sin observar los requisitos legales esenciales, en tanto que en la restante el contenido de la prohibición se hace consistir en no comprobar el acatamiento de las exigencias legales esenciales en dichas fases. Distinción fundamentada en la forma desconcentrada como actualmente se cumple la función pública en las entidades estatales.

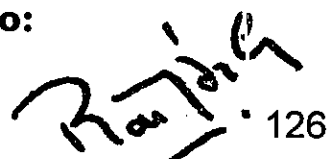
Las etapas previa y de ejecución asignada al personal de nivel ejecutivo y las de celebración y liquidación al ordenador del gasto. Labor que éste ejecuta evidenciando el cumplimiento de las formalidades legales en la etapa previa, por ser el funcionario autorizado por la Carta Política y la ley para disponer, en este caso de los recursos del ente territorial.

Constatación de la convergencia de los elementos del delito.

Tipo objetivo.

La ponderación del caudal probatorio que integra el proceso, transmite a la Sala la certeza de que el procesado celebró el contrato 069 de 2006, sin verificar que en su trámite se incumplieron los requisitos legales esenciales, en concreto, los principios de planeación, economía, legalidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad, ya que para ese instante no contaba con los estudios y diseños completos.

De los estudios y diseños del proyecto:

 126

El principio de planeación constituye un requisito esencial del trámite del contrato público, derivado del de economía previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos necesarios, además de elaborar los pliegos de condiciones, antes de iniciar el procedimiento de selección del contratista o de la firma del contrato⁸.

Artículo 25. Del principio de economía. Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. En virtud de este principio..."

1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para ese propósito se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

"7. La conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contrato o de su firma, según el caso.

"12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o a la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños, y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones o términos de referencia."

La Sala en armonía con el criterio del Consejo de Estado, viene exigiendo que estos estudios, exámenes y diseños sean serios y completos.⁹

"Es oportuno destacar que las entidades oficiales que celebran contratos públicos están obligados a respetar y a cumplir, entre otros principios y deberes, el de planeación, en virtud del cual resulta

⁸ CSJ S.P. Rad. No. 46037 de 23-XI-016.

⁹ CSJ SP., Rad. No. 46037 de 23-XI-016. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, No. 2076367, 19-IV-015. No. 201826, Sección 3, de 13-XI-013. Sección 3 Subsección A, No. 209412468001-23-15-000-1998-01122-01-22947, de 22-VIII-03.

Rafael 127

indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos que permitan a la vez asegurar con una alta probabilidad que el objeto contratado se podrá ejecutar en el término previsto y acordado y según las condiciones óptimas requeridas"

En otra ocasión, expresó¹⁰:

"La planeación, entonces, desempeña un papel de suma importancia en la actividad contractual, pues se trata de una técnica de la administración encaminada a lograr el uso eficiente de los recursos y permite cumplir los fines del Estado de una manera oportuna y adecuada. Es por eso que las entidades públicas, antes de iniciar un proceso de selección o de celebrar un contrato estatal, tiene la obligación de elaborar estudios, diseños, proyectos y pliegos de condiciones que permitan determinar, entre otras cosas, la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la modalidad de selección del contratista, el tipo de contrato y la disponibilidad de recursos. Se evita así la improvisación en la gestión pública, los gastos excesivos y se garantiza que la administración actúe con objetivos claros, cuestiones que a su vez aseguran la prevalencia del interés general (...). La planeación es la conducta siempre esperada en la actividad contractual. Detrás de la elaboración de un contrato de obra, por ejemplo, está el interés general y la necesidad de defender el patrimonio público, que puede verse afectado justamente por falta de planeación.

Estos objetivos tienen como propósito determinar, entre otros aspectos principales, los siguientes:¹¹

La necesidad de la celebración del contrato.

Las opciones existentes para satisfacer dicha necesidad, junto con las razones que justifiquen el tipo de contrato escogido.

Las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, incluyendo la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, No. 2020872 de 21-VIII-014.

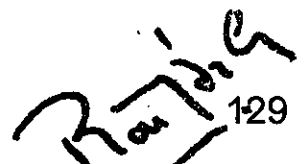
¹¹ CSJ SP., Rad. No. 23-XI-06.

Los costos, valores y alternativas que a precios de mercados reales, podría demandar la elaboración y ejecución de esta clase de contrato, consultando las especificaciones, cantidades de bienes, obra, servicios; etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opción escogida o contratada para el efecto.

La disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago.

Significa lo anterior que la realización de los estudios de conveniencia y oportunidad antes de la escogencia del contratista o de la firma del contrato, según sea el caso, constituye un requerimiento fundamental del trámite para seleccionar el más favorable, derivado de los principios de economía y planeación que articulados con los de legalidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad definidos por los artículos 24, 26 y 29 de la Ley 80 de 1993, procuran evitar que la celebración de los contratos públicos se conviertan en una injusticia, perviertan la legalidad del proceso contractual, y soslayan los objetivos de la función pública.

En conclusión, si un contrato de esta índole es tramitado sin observar esta exigencia, incumple uno de los requisitos principales del proceso contractual tipificando el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a través de alguna de sus modalidades.

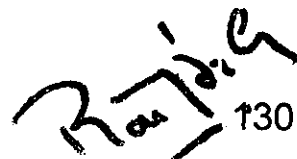

129

La controversia entre la acusación y la defensa respecto a esta exigencia, se reduce a que para la Fiscalía al instante de iniciar el proceso de selección del contratista, la administración departamental no contaba con estudios y diseños definidos, ni con plan de manejo ambiental, en tanto que para la defensa no solamente existían, sino que, además, los diseños y planos contenían la plaza de armas cuya construcción fue adicionada sino que fueron aplicados con algunos ajustes en la ejecución del contrato, igual que contaron con el plan de manejo ambiental pese a que no era un requisito legal la obtención de licencia ambiental, en tanto que los permisos ambientales fueron obtenidos en la fase de ejecución como corresponde por la naturaleza del contrato.

La apreciación del material probatorio transmite a la Corte la convicción que antes de dar inicio al trámite para escoger al contratista, la administración del Departamento de Arauca contaba con los estudios, diseños y planos de la construcción de la primera etapa del parque Eco Turístico Los Libertadores de Tame pero incompletos, poniendo en riesgo que el objeto contractual pudiera ser ejecutado en el término previsto y en las condiciones óptimas requerida. Veamos:

1. De la existencia de estudios y diseños antes de iniciar el trámite de selección del contratista.

1.1. De los estudios y diseños.


130

Es evidente que la falta de planeación en los contratos públicos incide en la etapa precontractual pero principalmente en la de ejecución, dentro de la cual la ausencia de estudios y diseños definitivos ocasionan graves consecuencias que llevan a modificar las cantidades de obra y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, con el correlativo aumento en los costos del proyecto y en el más grave de los casos, la paralización de las obras¹².

En este evento, la investigación comprobó, como con acierto la predican el Ministerio Público y la defensa, que para la apertura del trámite de selección del contratista ocurrido el 14 de diciembre de 2005, el procesado en calidad de Gobernador del Departamento de Arauca dio inicio formal al proceso licitatorio No. LI-SO-071 de 2005, contando con estudios y diseños del proyecto correspondiente a la construcción de la primera etapa del parque.

Así lo demuestran las siguientes pruebas:

Desde la versión preliminar el procesado ha insistido en que para la etapa precontractual existían los diseños y planos del proyecto, que fueron contratados y entregados a la gobernación el 13 de diciembre de 2005 por la Unión Temporal Grupo y Estudios Ltda., y DIANA WIESNER, un día antes de la apertura de la licitación para escoger al contratista.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, No. 2001602 52001-23-31-000-2002-01023-02.

Afirmaciones corroboradas por el Secretario de Infraestructura Física del Departamento de ese entonces, LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, ratificando que a mediados de 2005 se cerró el concurso y escogencia del consultor encargado de elaborar el plan maestro y los diseños del proyecto, productos entregados a la gobernación en diciembre de ese año.

En la audiencia pública con mayor detalle describió toda la etapa precontractual de la consultoría, y enfatizó en la existencia de planeación para la apertura de la licitación en cuanto a la concurrencia de los diseños arquitectónicos, planos y presupuesto se refiere, teniendo en cuenta que debido a la envergadura del proyecto era necesario para configurar el presupuesto contar con diseños y un soporte suficientemente amplio para discriminar las partidas a incluir al instante de la licitación.

Además, en que la Secretaría de Planeación solo podía expedir el aval contando con la ficha de viabilidad y con los planos y documentos requeridos para la constitución de un proyecto viable y elegible, en consecuencia, con cargo al contrato de consultoría No. 303 de 2005, la Unión Temporal contratada elaboró los diseños y se dispuso del dinero para construir la primera etapa.

Los estudios realizados, explicó, contenían además de la parte teórica, la integrada por los diseños y los planos en autocar y físico que permitían adelantar el proyecto conforme

a la ley, pues de no existir estos los interesados no tendrían soporte para elaborar las propuestas que presentaron.

Así también lo confirmó el supervisor del contrato designado por la Secretaría de Infraestructura Física, JAIME HUMBERTO DÍAZ ÁLVAREZ, admitiendo que en los diseños existían algunas inconsistencias que se querían aclarar mientras se ajustaban en el sitio, teniendo en cuenta que se estaba interviniendo un área de aproximadamente 400 hectáreas. Destacó en su relato que en la minuta el contratista aceptó conocer todos los diseños, planos y especificaciones de la obra, firmando el contrato sin ningún reparo.

El representante legal de la empresa contratista, GIOVANNI ZORRO LÓPEZ, aseveró en ese mismo sentido que al abrirse la licitación les exigieron para participar hacer una visita al lugar en donde se realizarían las obras en donde les presentaron los diseños de lo que se iba a hacer, contando con los ítems cotizaron y presentaron la oferta.

Si bien en alguno de los apartes de su declaración asevera que al iniciar las obras el 22 de mayo de 2006 no le entregaron los diseños por tenerlos la consultora en corrección, ello no significa que al iniciar el proceso de escogencia del contratista no existieran, como finalmente lo admitió.

Por su parte el ingeniero LUIS EDUARDO SEPÚLVEDA, quien se encargó de realizar la ecografía de los diseños

iniciales para la consultora, verificó que hizo la topografía, además, que los diseños fueron entregados completos por la empresa a la gobernación antes de iniciar la licitación, existiendo un acta en la que así consta. Supo de esta circunstancia, asevera, por haber participado en la licitación del contrato de obra sin éxito, habiendo conocido de antemano los diseños con el propósito de elaborar la propuesta que presentaron, a los cuales, se enteró posteriormente, se le hicieron modificaciones. Una vez entregados los diseños, concretó, el departamento abrió el proceso licitatorio.

Testimonios que debido a su coherencia frente al trámite legal previsto para este tipo de contratos son creíbles para la Sala, además por cuanto son revalidados por la prueba documental incorporada al proceso.

El propio texto del contrato de obra 069 de 2006 firmado el 25 de abril de 2006, enseña que el contratista al suscribirlo aceptó bajo la gravedad del juramento conocer el lugar en donde se desarrollarían las obras, así como las especificaciones técnicas, y demás circunstancias de la obra a contratar. Es obvio que esta persona debió estar al tanto de los diseños, planos y descripciones técnicas y económicas para poder elaborar la propuesta que finalmente fue la seleccionada.

La inspección realizada a la Gobernación constató que la Secretaría de Infraestructura Física, a cargo de LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, elaboró los pliegos de condiciones

Handwritten signature
134

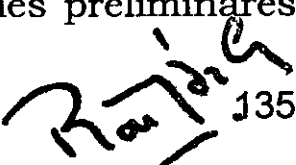
que puso a consideración del gobernador a través de la resolución que ordenó la apertura a pliegos definitivos, aseverando que los precios fueron tasados de acuerdo con los estudios realizados por la UT Grupo de Estudios Urbanos Ltda., y DIANA WIESNER CEBALLOS.

Adicionalmente, los documentos presentados al proceso por BALAGUERA BALAGUERA en la declaración rendida ante la Fiscalía, así los corrobora:

Con la fotocopia del contrato de consultoría No. 313 de 20 de septiembre de 2005, celebrado por la Gobernación de Arauca con la UT Grupo de Estudios Urbanos Ltda., y DIANA WIESNER, se prueba que su objeto fue justamente la formulación del plan maestro y el diseño del proyecto arquitectónico del Parque Ecoturístico los Libertadores de Tame.

Con el oficio de 3 de octubre del mismo año 2005, se evidencia que la empresa consultora envió a la supervisora del departamento de Planeación de la aludida Gobernación, el estimado presupuestal para la inversión de la primera etapa del proyecto de construcción del parque por valor de \$3.500 millones de pesos, para que la Secretaría de Hacienda pudiera inscribir el proyecto en la Cámara de Comercio.

Así mismo, en el mes de noviembre siguiente, le remitió, a instancia de la Gobernación y con el propósito de elaborar los pre pliegos de la licitación de la construcción de la primera etapa del parque, las especificaciones generales preliminares


135

del proyecto, concentrándose en la infraestructura básica para que el parque pudiera entrar en funcionamiento, en particular determinaba: la red matriz de acueducto, un mirador y centro de servicio informativo y de promoción, el acceso general vehicular y un estacionamiento para 30 vehículos, los senderos peatonales que incluían puentes sobre áreas inundables y humedales, la ciclo ruta y la equino vía, la adecuación de las construcciones existentes, la finca y los corrales para ir desarrollando la infraestructura representativa de la hacienda, y la siembra de especies de árboles.

Finalmente, la empresa consultora, con oficio de 13 de diciembre de 2005, un día antes de ser abierta la licitación, remitió a la misma supervisora del contrato los siguientes productos:

Presentación en power point del marco conceptual general del plan maestro, de los diseños arquitectónicos, y de mobiliario externo, la propuesta museográfica, el plan de sostenibilidad y perspectivas.

El presupuesto ajustado de la primera etapa, aclaró que el proyecto se encontraba totalmente definido, salvo en la parte correspondiente a la cimentación y estructura de los senderos que cruzan zonas húmedas y cauces hídricos “ya que no ha sido posible que el encargado del levantamiento topográfico nos entregue la información de profundidad de esos sitios...tan pronto el ingeniero nos entregue la

documentación faltante estaremos complementando el presupuesto de la primera etapa”.

Planos del plan maestro complementarios: Cinco planos, dos del plan maestro, uno de perfiles viales y dos de detalles de senderos.

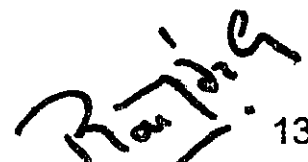
Anteproyecto arquitectónico complementario. Cinco planos, uno de zona de servicios de camping, uno de la administración, dos del hato y uno de detalles.

Documento de estudio de sostenibilidad del parque.

Proyecto estructural. Son nueve planos que contienen el anteproyecto completo de estructuras en madera.

Documentos de los anteproyectos eléctricos con planos de la primera etapa, e instalación hidro sanitaria.

El 14 de diciembre de 2005, el Gobernador del Arauca, JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, con la Resolución No. 1346, ordenó la apertura de la Licitación pública nacional LI-SO-071-2005 e invitar por medio de la publicación en la página web..., a las personas naturales y/o jurídicas que desearan presentar oferta para participar en la contratación cuyo objeto fue: la “CONSTRUCCIÓN PRIMERA ETAPA DEL PARQUE HISTÓRICO Y ECOTURÍSTICO LOS LIBERTADORES EN EL MUNICIPIO DE TAME, DEPARTAMENTO DE ARAUCA”.



Segundo. Señalar el día 1 de diciembre de 2005 para llevar a cabo la apertura formal del proceso licitatorio.

Certificación del Despacho del Gobernador del Departamento de Arauca, relativa a que el 14 de diciembre de 2005, se publicó en la página web de ese ente territorial, los pliegos definitivos del proceso de licitación pública LI-SO-071-2005.

De la ponderación conjunta de estos medios de prueba, la Sala colige sin lugar a dudas, que la apertura de la licitación se produjo el día siguiente de la entrega de los productos contratados con la unión temporal ccnsultora, es decir, que para la expedición de ese acto, el acusado tenía a su disposición el estudio y los diseños de la construcción de la primera etapa del parque, pero no definitivos como se verá enseguida.

1.2. De los diseños incompletos:

En la falta de estudios, diseños y planos completos previos a la iniciación de la licitación se ha centrado la controversia entre la Fiscalía y la defensa, requisito cuyo cumplimiento no habría verificado el procesado al momento de suscribir el contrato. Para la primera no estaban terminados, acusación que soporta en la apreciación de la prueba documental y testimonial acopiada en el proceso, en tanto que para la segunda estaban concluidos y los cambios sufridos en la ejecución del contrato provenían del ajuste normal que en este tipo de contratos se presenta al

Rafael 138

materializarlos en el terreno por el surgimiento de imprevistos a solucionar sobre la marcha, debido a la naturaleza del contrato y a la dimensión del terreno, 400 hectáreas, aproximadamente.

Para la Sala la Fiscalía logró demostrar en grado de certeza que para el inicio del proceso de selección del contratista la gobernación no contaba con los estudios, diseños y planos terminados, es decir, el proyecto no estaba definido técnica ni presupuestalmente vulnerando los principios de planeación, economía, legalidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad. Transgresión que no impidió que el procesado firmara el contrato, porque no verificó previamente que el trámite cumpliera con los requisitos legales esenciales.

Para evidenciar lo anterior, la Sala procederá a determinar la diferencia existente entre la adición de un contrato público y un contrato adicional de esa misma especie, la cual es necesaria para definir este punto, compartiendo para el efecto el criterio esbozado de antaño por el Consejo de Estado y acogido por la Corte Constitucional. Luego entrará a demostrar el incumplimiento de este requisito en la fase precontractual.

Si bien es cierto que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 omite definir la adición de los contratos estatales si los autorizó hasta el 50% del valor inicial, siempre y cuando, obviamente, respete los principios de planeación y economía. Es decir, procede cuando en desarrollo de la ejecución del

Rafael
139

contrato surjan circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y en los estudios técnicos iniciales, sin que con ello se autorice hacer nugatorio el proceso licitatorio establecido por la ley.¹³

La adición del contrato representa una verdadera ampliación del objeto contractual. Ocurre cuando al alcance físico del contrato se agrega algo nuevo sin variar su esencia, y la ampliación se produce debido a la deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto contractual¹⁴.

Su diferencia con el contrato adicional se fundamenta en el principio de autonomía o independencia de cara al contrato principal, ya que mientras las modificaciones simples o de forma son meras adiciones accesorias de éste, el contrato adicional encierra una modificación de fondo, es decir, un cambio sustancial del objeto convenido.¹⁵

La ejecución de las obras adicionales o complementarias (en el contrato adicional) no hacen parte del objeto principal, son una variación del mismo, se trata de obras nuevas, diferentes de las contratadas, o de ítems o actividades no contempladas o previstas inicialmente, pero cuya ejecución en determinadas circunstancias resultan necesarias. Para su

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. 20001602 52001-23-31-000-2002-01023-02-0506-08.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. No. 2081733 25000-23-26-000-2002-000372-01 29201, de 29-IV-015.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Rad. No. 2027402, de 30-X-03.

reconocimiento es imprescindible la suscripción de un contrato adicional.¹⁶

“...la realización de obras adicionales, supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo, se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el contrato, su reclamo resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa.”¹⁷

Sobre estas diferencias el Consejo de Estado, en concreto expresó:

*“Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacionales consideran que las nociones de contrato adicional y de adición de un contrato no corresponden a la misma figura jurídica. Así, mientras que por el primero (contrato adicional) se entiende aquél contrato que implica una modificación **fundamental** del convenio inicial, la segunda (adición del contrato) se refiere a una mera reforma del contrato que no implica una modificación de su objeto (...)*

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la cual abandonó el concepto de adición, señalando solamente un límite en el valor de esa figura, en cuanto el párrafo de su artículo 40 determinó que la misma no podía superar más del 50% del valor inicial del contrato. De otra parte, la Ley 80 de 1993 mantuvo el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios, para lo cual señaló trámites diferentes.... En otras palabras, solamente habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial del contrato, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste al valor o del plazo inicial del contrato (...). De lo expuesto se colige, entonces, que son diferentes el contrato adicional y la adición del contrato. Aquél es un nuevo contrato, mientras que ésta es una modificación de un contrato en ejecución, siendo nota diferencial en el primero la afectación del contrato.”¹⁸

Interpretación acogida por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, tras recopilar varias decisiones en ese sentido proferidas por el Consejo de Estado:

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, No. 2034904 de 18-IV-02, y Rad. No. 20074009 de 31-VIII-011.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección 3, No. 2034904 de 18-VII-02.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, No. 219906 15001-23-31-000-2003-02985-02 3761, de 26-II-06.

Rafael 141

“Por último, es preciso resaltar que la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato. En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el plazo es un elemento accidental del contrato no de su esencia ni de su naturaleza, y ello puede ser materia de modificaciones. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de agosto de 2005 afirmó...:

Respecto al objeto, existe un amplio debate jurisprudencial...

En efecto, con fundamento en el artículo 58 del Decreto 222 de 1983 que disponía: “En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviese vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas”, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 15 de marzo de 1990 antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, sostuvo:

“De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adiciones a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estos son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato.

Solo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, por ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a la reforma del contrato. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato, como por ejemplo, cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse, ese cambio obviamente redundaría en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional.

Posteriormente, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia de 24 de agosto de 2005, indicó:

“Además en dicha disposición (artículo 40 de la Ley 80) se estableció claramente que cualquier estipulación de las partes contractuales, que tenga relación directa con el objeto del contrato estatal, debe llevarse a cabo a través de la firma de un nuevo contrato, lo cual se deduce de dicha formulación normativa, donde la adición del contrato, que es distinta del contrato adicional, se admite expresamente para

adicionar su valor no más allá del 50% del valor inicial del contrato, no para modificar su objeto, puesto que este elemento esencial de los contratos tan solo puede sufrir mutaciones por vía del contrato adicional. Esto se deduce de lo normado en las siguientes disposiciones de la Ley 80 de 1993 (artículos 16 y 41...).

Sin duda, las modificaciones del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional y prueba de ello es que se entiende perfeccionado un contrato cuando existe acuerdo respecto del objeto y del precio y dicho acuerdo se eleva a escrito. No desconoce la Sala que la adición del contrato por modificación del objeto puede conllevar al incremento del valor del precio inicialmente pactado, pero no es a esa modalidad del valor a la que se refiere el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, pues tal interpretación llevaría al enfrentamiento de la disposición analizada, lo que en aplicación del principio del efecto útil de las normas conduce a colegir que la reforma de precios aludida en ese párrafo es aquella surgida de mayor cantidades de obra ya ejecutada o cuando de imprevistos en la ejecución del contrato se trata.

Tan cierto resulta que la modificación del objeto del contrato debe surtirse por vía de un contrato adicional, que por estar en presencia de un nuevo objeto, (como puede ser el mismo objeto aquél que ha sido modificado por adición), debe existir un nuevo acuerdo de voluntades que lo determine y que de paso fije el precio que por el mismo cancelará la administración, además, por tratarse de un objeto adicionado, en el que la prestación debida ya no es la misma por haber sido ampliada, es claro que las garantías constituidas por el contratista para el contrato inicial no cubre ese nuevo objeto, respecto del cual no puede llamarse a responder al garante, siendo necesario que sobre dicho objeto adicional se constituya las garantías previstas en la ley....”

Compartiendo estos argumentos, la Corte Constitucional concluyó, en la misma sentencia:

“... la reforma del objeto del contrato, en tanto elemento de su esencia, debe tener lugar en un nuevo contrato, permitir lo contrario conllevaría a autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. Esto no significa que el objeto no pueda ser complementado, siempre y cuando se trate de la adición de actividades necesarias para su adecuada realización. En este sentido debe entenderse el citado concepto de 18 de julio de 2002 sobre el contrato de obra. Ciertamente, en el caso de un contrato en particular, es posible la inclusión de mayores cantidades de obra sin que ello siempre signifique la transformación del objeto. Esto lleva a la Corte a recordar que el objeto de un contrato debe analizarse en cada caso, a la luz de la normatividad que rige cada tipo de negocio y de las cláusulas pactadas y los demás documentos que hacen parte del contrato.

En cuanto a los contratos de obra a precio unitario, en particular, entendido éste como el que pacta el precio por unidades o cantidades de obra, siendo su valor total el resultado de sumar los productos resultantes de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas con los precios de cada una de ellas dentro de los límites fijados por el convenio; no se puede confundir la adición del contrato a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, con las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios, las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasa los cálculos efectuados inicialmente, durante la ejecución del contrato¹⁹.

En relación con estos contratos el Consejo de Estado, ha distinguido dos situaciones que suelen presentarse: la mayor cantidad de obra, entendida como contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, sin que ello implique modificación del objeto contratado; y el contrato adicional, aquél en donde las obras a realizar envuelven la variación del objeto de contrato principal, son obras nuevas distintas de las contratadas, o de ítems no previstos pero que su ejecución en determinadas circunstancias resultan necesarias.²⁰

Frente a este marco jurídico conceptual, la Sala pasa a exponer las razones por las cuales considera que la Fiscalía logró comprobar el incumplimiento de este requisito, y que el procesado al celebrar el contrato no verificó si se había

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, No. 2060 106 de 15-VII-04.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, No. 224367 de 22-V-04.

observado o no, en oposición al criterio expuesto por la defensa y el Procurador Delegado. Veamos:

La presencia de los estudios, diseños y planos incompletos en la apertura de la licitación, es demostrada por las siguientes pruebas que valoradas en conjunto transmiten a la Corte la certeza que el proyecto no estaba definido técnica ni presupuestalmente, y que lo reinante en la etapa precontractual fue la improvisación, la falta de estudios y previsiones suficientes, que en últimas condujo al incumplimiento de contratista y a la apropiación de parte de los recursos del anticipo.

El representante legal de la firma contratista, GIOVANNY ZORRO LÓPEZ, en su declaración aseveró que para el 22 de mayo de 2006, fecha del acta de inicio de las obras, no les entregaron los diseños porque la consultora los tenía en proceso de corrección. Una vez en su poder los confrontaron con lo contratado, descubriendo que eran distintos a los exhibidos a ellos en el terreno para elaborar la propuesta. Momento en el cual le mostraron lo que debían construir, ítems con los cuales confeccionaron la oferta con la convicción que esos eran los diseños definitivos y no un borrador como se enteró y corroboró después.

A modo de ejemplo, advera, del edificio administrativo les entregaron unos ítems, la cubierta, la mampostería estructural, los pisos, una fuente, las especificaciones de las puertas y las ventanas, sin embargo, encontraron que varias cosas de estas no fueron contratadas, por ese motivo no

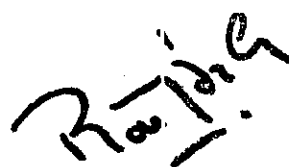
podían realizarlas. Preciso que los ítems modificados ascendieron aproximadamente al 60% de lo contratado.

Adicionalmente, indicó, el diseñador tenía especificado un mirador, un hato ganadero, un vivero, una heladería, un hotel, una serie de senderos y ellos no sabían en qué sitio exacto los iban a construir, teniendo en cuenta que el proyecto en general contenía como 10 componentes y ellos solo iban a ejecutar una parte en un terreno de aproximadamente 400 hectáreas. Se dieron cuenta que estaban localizadas en zonas inundables, concluyeron que el terreno en verano era uno y en invierno otro, habían nacederos de agua.

Concretó que la primera modificación de los diseños la realizó la firma consultora al arrancar el proyecto cambiando unas especificaciones por otras, por no estar terminados.

Respecto a las actas de suspensión números: 01 de 11 y 22 de junio y de 16 de octubre de 2006, que fijaron como motivo de la toma de esas decisiones las inconsistencias halladas de carácter arquitectónico, constructivo y estructural presentadas; reiteró que al evaluar los diseños una vez los obtuvieron con lo contratado notaron que habían cambiado muchas cosas, situación que condujo a adoptar esa determinación conjuntamente con la administración y la interventoría.

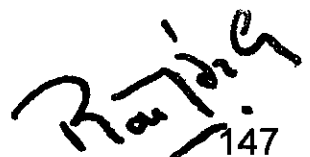
En cuanto a que era necesario reestructurar el proyecto para ajustarlo a las reales condiciones del terreno y

 146

requerimientos de tipo ambiental como una de las causas de la suspensión, respondió que en aras de mantener los diseños iniciales, en los cuales se plantearon unos senderos y unas especificaciones de senderos, la idea era cambiar ciertos componentes que hizo el consultor, modificar lo que estaba mal pero dejar los senderos. A ellos les tocó buscar el trazado y por donde ir con el sendero, ello implicaba la necesidad de reajustar más de una vez hasta cinco o seis veces, porque una cosa es el terreno en verano y otro en invierno.

De lo dicho por este testigo se infiere la ocurrencia de dos hechos. El primero, que los diseños entregados al contratista para elaborar la propuesta fueron provisionales y no definitivos, los cuales recibió corregidos después de iniciadas las obras, por lo tanto, con diferencias, motivo por el cual la administración suspendió el contrato a petición del consorcio y con el aval de la interventoría. El segundo, alude a que por virtud de la naturaleza del contrato y la extensión del terreno, los diseños definitivos tuvieron que ser ajustados en la ejecución del contrato a las condiciones del terreno.

El primer hecho otorga a la Sala la certidumbre de la violación del principio de planeación, mientras los segundos son irrelevantes para el derecho penal por ser permitidos por el estatuto de la contratación pública y que pueden dar origen a la adición de los contratos o a los ajustes necesarios cuyo pago puede realizar la administración sin tramitar adiciones.


147

El relato del contratista es creíble para la Sala en cuanto a la vulneración de dicho requisito legal por encontrar confirmación en el proceso, como pasa a demostrarse, sin que se ocupe en particular de los ajustes por no ser relevantes, frente a los hechos atribuidos.

El oficio de 13 de diciembre de 2005 por medio del cual la firma consultora entregó el plan maestro, los diseños y planos a la gobernación, ratifica que para la apertura de la licitación ocurrida al día siguiente estos productos no eran definitivos, eran provisionales como lo predica el contratista.

Ciertamente, advirtió en ese documento la empresa consultora que el presupuesto estaba definido salvo la parte de cimentación y estructura de los senderos que cruzaban zonas húmedas y cauces hídricos, por no haber sido posible que el encargado del levantamiento topográfico entregara la información de profundidad de estos sitios, es decir, estaban incompletos, pese a ello el procesado dio apertura al proceso licitatorio.

El contenido de las actas de suspensión No. 1 del 11 y 22 de junio de 2006, también lo certifican.

La primera, determina como motivo de la suspensión que:²¹

"1.Las cantidades actuales establecidas en el plan de inversión del contrato no corresponden al proyecto urbano-arquitectónico planteado por el diseñador, se encuentra en proceso un acta de modificación que acondiciona ítems existentes y plantea la incorporación de ítems nuevos."

²¹ Fl.131 c.o.1.

Y, la de 22 de junio de 2006²², en que:

“3. Las cantidades actuales establecidas en el plan de inversión del contrato no corresponden al proyecto urbano-arquitectónico que se debe realizar, es por eso que en reunión técnica celebrada el día 21 se determinó que es necesario tramitar un acta modificatoria de los ítems del contrato e incluir la red de alcantarillado, acueducto y red eléctrica en su totalidad con la incorporación de ítems nuevos, además de esto cuantificar los ítems existentes de acuerdo a los planos del diseñador, para presentar esta documentación se dio un margen de plazo al contratista hasta el 4 de julio de 2006”.

Previo a la adopción de esta decisión, el 22 de junio de 2006 el contratista había remitido al Supervisor de la Secretaría de Infraestructura Departamental “SIFD”, JAIME HUMBERTO DIAZ, la solicitud de suspensión del contrato fundamentado entre otras, en las siguientes causas:

“3. La documentación que se nos entregó en calidad de préstamo y que contenía la implantación urbana del parque, los planos arquitectónicos (planta, fachada, cortes, cubiertas) de las edificaciones a construir, se encuentran incompletas faltando determinar y analizar.

Planos constructivos.

Cuadro de áreas.

Planos estructurales.

Memoria de cantidades de obras.

Especificaciones técnicas.

Detalles constructivos...

5. Las cantidades actuales establecidas en el plan de inversión del contrato no corresponden al proyecto urbano-arquitectónico que se debe realizar, es por eso que en reunión técnica celebrada el día 21 de junio entre el Secretario de Infraestructura Física Departamental; Ing. Libardo Balaguera, el Supervisor de la SIFD Ing. Jaime Humberto Díaz y nosotros como contratistas se llegó a la conclusión de modificar los ítems del contrato e incluir la red de alcantarillado, acueducto y red eléctrica en su totalidad con la incorporación de ítems nuevos, además de esto cuantificar los ítems existentes de acuerdo a los planos del diseñador, para presentar esta documentación se dio un margen de plazo al contratista hasta el “día de julio de 2006”.

²² Fl. 21 anexo 2.

Raúl
149

Con oficio de 28 de septiembre de 2006, el contratista reiteró las inconsistencias presentadas entre los diseños y las obras contratadas, a la interventoría externa, así:²³

"6. En relación a los planos, memorias de cálculo y demás documentos que ustedes solicitan se hace entrega de un CD con la información que tenemos y que fue suministrada directamente por el consultor que diseñó el proyecto. Es importante hacer aclaración sobre los diseños bases para la construcción del parque:

Los capítulos establecidos en el contrato no corresponden con las actividades y edificaciones planteadas en el proyecto.

Los ítems determinados para cada uno de los capítulos se encuentran inconclusos faltando por cuantificar ítems que son determinantes para la construcción...

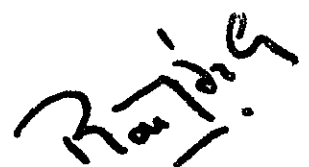
En suma, las obras contratadas no eran iguales, como debía ser, a las contenidas en los estudios y diseños presentados definitivamente por la firma constructora después de celebrado el contrato, sin que ello obedeciera a que en el proceso de ejecución se presentaran circunstancias excepcionales imposibles de prever en el proyecto y estudios técnicos iniciales que condujeran a reajustar, adicionar, ampliar o cambiar el objeto del contrato, como lo plantea la defensa; sino a que los trámites de selección del contratista y celebración del contrato se adelantaron con estudios incompletos, los que se tornaron en definitivos después de ser reformados y entregados por la consultora al contratista tras iniciar las obras, de ahí las discrepancias encontradas y que condujeron a la administración departamental a suspender el contrato.

²³ Fl.288 anexo 6

Distinto es que la administración departamental hubiese contado con los estudios y diseños definitivos para iniciar el proceso de selección y suscribiera en esas condiciones el contrato, presentándose en su ejecución hechos excepcionales imposibles de prever en la etapa precontractual que hubiesen forzado la realización de obras que ampliaran su objeto, caso en el que procedía la adición del contrato, o que surgiera la necesidad de ajustarlo a las condiciones del terreno, hipótesis permitida por la ley y que es la planteada por la defensa, pero que no ocurrió en este caso.

Como si lo anterior no fuera suficiente el procesado en la audiencia de juzgamiento aceptó que los productos contratados con la firma consultora fueron entregados a la administración definitivamente en marzo de 2006 porque se encontraban en corrección. Afirmación con la que reconoce tácitamente que los diseños tenidos en cuenta para abrir el proceso licitatorio fueron provisionales.

De cara a estas explicaciones, no se acogen los argumentos de la defensa técnica, en cuanto a que la Fiscalía no tuvo en cuenta que en el anexo 8 se encuentran los costos de la plaza mirador y de los senderos, para refutar que los estudios y diseños no estaban terminados; pues lo acreditado es que los estudios y diseños no estaban completos para la apertura de la licitación incluyendo obviamente el presupuesto, los cuales fueron entregados definitivamente en el año 2006, como ya se vio.



No hay duda, pues, que los estudios, diseños y planos con base en los cuales la administración departamental dio inicio al trámite de selección del contratista estaban incompletos, es decir, sin terminar, no eran definitivos.

Del adicional No. 1 de valor y plazo suscrito el 13 de diciembre de 2006.

Que los estudios previos estaban incompletos al iniciar el proceso licitatorio lo comprueba, además, la construcción de la plaza de armas durante su ejecución sin estar prevista en los estudios y diseños iniciales, suscribiéndose de manera irregular para darle visos de legalidad, ya que sin hacer parte del objeto contratado debió tramitarse y suscribirse un contrato adicional.

Al examinar el plan de inversión del contrato original observa la Corte que con la construcción de la plaza de armas no hubo una mayor cantidad de obra, entendida ésta como contratada pero que en la ejecución desbordó la estimación inicial sin modificar el objeto del contrato. Lo que se infiere es que no se contrató por no estar comprendida en los estudios y diseños de la primera etapa del parque y que, por lo tanto, no hacía parte de su objeto impidiendo adicionarla al contrato inicial. Con mayor razón si no se acreditó que la necesidad de su realización derivara de la insuficiente valoración por parte de la administración en la etapa precontractual de las cantidades de obra requeridas para lograr la cabal ejecución del contrato.

Rafael

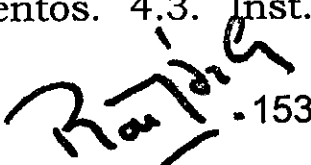
En efecto, el objeto del contrato de obra 069 de 2006 se restringió a la construcción de la primera etapa del parque Histórico y Ecoturístico Los Libertadores del Municipio de Tame, el cual quedó delimitado en los estudios previos, diseños, planos, pliegos de condiciones, etc., en consecuencia, su modificación se presentaría si se desbordaba esos límites.

Frente a este marco es evidente que con la construcción de la plaza de armas la administración transformó sustancialmente el objeto del contrato investigado, constituyendo frente a él unas obras nuevas distintas a las contratadas.

Ciertamente, al comparar el plan de inversión del contrato de obra con su adición en valor y plazo 01 de 2006, se colige que la construcción de la plaza de armas no hizo parte de sus estudios y diseños previos, es decir, no hacía parte del objeto y, por lo tanto, no fue contratada.

El presupuesto definitivo de la construcción de esa primera etapa contiene las siguientes obras principales: 1. Preliminares. 2. Edificio administrativo. 3. Zona camping. 4. Plaza mirador. 5. Sendero General. 6. Sendero ecológico. 7. Alameda. 8. Finca ganadera. 9. Parqueadero. 10. Red acueducto. 11. Cultivos productivos. 12. Ganadería. Para un total de presupuesto de \$3.837.862.067,10.

La plaza mirador aparece integrada por los ítems: 4.1. Preliminares (adecuación y replanteo: 408.7 m², descapote a máquina c/botada: 408.7 m².) 4.2. Cimientos. 4.3. Inst.

 .153

subterráneas y desagües. 4.4. "Mampostería". 4.5. Pañetes. 4.6. Estructuras. 4.7 "Mampostería". 4.6. Estructura. 4.7. Cubiertas. 4.8. Cielorrasos. 4.9. Pisos. 4.15 (sic). Carpintería metálica.

De otro lado, el presupuesto de obra de la construcción de la segunda etapa del parque presentado por la firma consultora a la gobernación entre otras obras descritas con su precio, contempla la plaza ceremonial con los ítems: "4.3.1. Preliminares, compuesto por la adecuación y replanteo de 21.789.44 m², descapote a máquina c/botada de 6.806.6 m²., 4.3.2. Estructuras en concreto (.3.2.1. Gradas, excavación manual 109,03 m³, base recebo 109 m³, y piso en piedra bola 363.42 m³), 4.3.2.2. Muro contención (excavación mecánica: 56.25 m³, base concreto pobre E: 0.05: 22.50 m², concreto 2:2:3 (en sitio) 3.000 psi: 65.03 m³. 4.2.3. Plaza central (excavación mecánica: 56.15 m³, base recebo: 56.15 m³, piso en piedra bola (del sitio) 57.80 m², piso B. Royal Veta: 129.54 m²). 4.3.2.4. Lago. 4.3.2.5. Sendero elevado. 4.3.2.6., 4.3.3. Iluminación. 4.3.4. Ornamentación. Y 4.3.5. Complementarias".

Al cotejar estos documentos, deduce la Sala, que dentro de las obras previstas a construir en la primera etapa del parque no estaba la plaza de armas, y no es imposible asemejarla a la plaza mirador por ser obras distintas, el área de ésta es infinitamente inferior a aquella. Además, cuando se adicionó la de armas no desapareció la del mirador, lo que ratifica que eran obras diferentes.


154

Así lo confirma el formato FF.01, contentivo de la programación financiera de las obras del contrato luego de la aludida adición, el que además de contemplar la plaza mirador ya incluye la plaza de armas en el ítems 14, con los nuevos componentes:

- "14.1. Actividades preliminares.*
 - 14.1.1. Adecuación y replanteo: 8.100 m2.*
 - 14.1.2. Descapote a máquina c/botada: 8.100 m2.*
- 14.2. Movimiento de tierras.*
 - 14.2.1. Terraplén con material seleccionado: 3.240 m3.*
- 14.3. Estructuras en concreto.*
 - 14.3.1. Placa base de concreto 3000 psi e:0.15 mt.: 4.728,71 m2.*
- 14.4. Mobiliario urbano.*
 - 14.4.1. Suministro e instalación de Monumento (Tipo A) en bronce*
(2).
 - 14.4.2. Suministro e instalación de monumento (tipo B) (15).²⁴*
 - 14.4.3. Suministro e instalación de monumento (tipo c) (12).*
 - 14.4.4. Suministro e instalación de monumento (tipo D) (12)."*

Obras ratificadas por el informe final de la interventoría externa aseverando que el propósito inicial del contrato contemplaba actividades destinadas a la construcción de un edificio administrativo, una zona de camping, una plaza mirador, senderos peatonales, senderos ecológicos, una finca ganadera, un parqueadero, la red de acueducto, la demolición de una casa existente, la adecuación de un área para cultivos productivos y la implementación de un hato ganadero, sin hacer mención a la plaza de armas.

Como también al indicar que para que los recursos destinados a la primera etapa alcanzaran para realizar la plaza de armas no incluida en el objeto de este contrato, la administración decidió suprimir la edificación de varias obras que hacían parte de él. Supresión contenida en el acta de

²⁴ Fl. 33 a.4.

Rafael
155

comité de 28 de mayo de 2007 con participación del acusado,²⁵ que aprobó, entre otras cosas, para cubrir los costos de las obras de la plaza de armas, eliminar las cantidades pactadas en el contrato original no necesarias, disponiendo, excluir los capítulos y trabajos relacionados con la zona de camping, la plaza mirador, la finca ganadera, el parqueadero, los senderos ecológicos, los cultivos y la ganadería productiva.

También comprueba que la plaza de armas no fue contratada para la primera etapa del proyecto, la solicitud de adición elevada por el contratista a la interventoría con ocasión de su construcción, al expresar:²⁶

"Teniendo en cuenta los nuevos desarrollos y modificaciones planteadas por la administración departamental, con respecto a los diseños entregados en el inicio de actividades del contrato en referencia y partiendo como punto inicial (sic) la construcción de una plazoleta de armas, que evoca el ámbito histórico en el que se desarrolló el municipio de Tame, durante la campaña libertadora. Ha obligado a reestructurar y plantear un nuevo diseño arquitectónico y urbano en el cual se construya una plaza de armas de más de 25000 metros cuadrados el cual evoque el recorrido de la campaña libertadora y sea ambientada con réplicas en bronce de los personajes que hicieron parte del desarrollo histórico en ese momento.

Como es de su conocimiento, la construcción de la plaza de armas no se encuentra contemplada en el plan de inversión del contrato, por lo que solicita para su construcción e inicio en la mayor brevedad de \$1.499.999.096,00..., con las siguientes actividades, cantidades y precios unitarios del siguiente plan de inversión:

Incluye la plaza de armas: Item: 14.1. Actividades preliminares. 14.1.1. Adecuación y replanteo, 14.1.2. Descapote y máquina, 14.2. Movimiento de tierras, 14.2.1. Terraplén con material seleccionado. 14.3. Estructuras en concreto. 14.3.1. Placa base de concreto 30000 psi e:0.15 mt. 1.4. Mobiliario urbano. 14.4.1. Suministro e instalación de monumento (tipo A). 14.4.2. Suministro e instalación de monumento (tipo B). 14.4.3. Suministro e instalación de monumento (tipo D). 14.4.4. Suministro e instalación de monumento (tipo D).

²⁵ Fl. 50 anexo 7.

²⁶ Fl. 86 anexo 4.

Los ítems que se relacionan a continuación son los únicos que son nuevos y deben ser aprobados por ustedes; estos se encuentran calculados bajo la cotización No. 0140, remitida al señor gobernador el día 07 de noviembre de 2006 y la cual hace parte anexa de la presente solicitud:

14.4. Mobiliario urbano.

14.4.1. Suministro e instalación de monumento (tipo A) en bronce (1 Modelo Simón Bolívar y otro modelo de Francisco de Paula Santander, personalizados y montados a caballo, escala 1:5).

14.4.2. Suministro e instalación de monumento (tipo B) en bronce (modelos tomados de los 14 lanceros Juan José Rondón, montados a caballo, Escala 1.5).

14.4.3. Suministro e instalación de monumento (tipo C) en bronce (modelos de oficiales personalizados, de pie, escala 1.5).

14.4. Suministro e instalación de monumento (tipo D) en bronce (modelos de lanceros llaneros personalizados, a pie, escala 1:5).

Los ítems de actividades preliminares, movimiento de tierra y estructuras en concreto son ítems existentes de plan de inversión del contrato original.

Una vez expuesto los motivos y antecedentes que han motivado la solicitud y anexado el presupuesto de obra solicitamos a usted en calidad de interventora del contrato un adicional de valor por la suma de 1.499.999-096,00.

Es diáfano, entonces, que la edificación de la plaza de armas no fue prevista en los estudios, diseños y planos que delimitaron el objeto del contrato 069 de 2006, la construcción de la primera etapa del parque, confirmando que su adición en la ejecución ocasionó modificaciones substanciales al objeto contractual.

Para que procediera la adición, se reitera, debió ampliarse o incrementarse el objeto del contrato original, lo que implicaba que la plaza hubiese sido contratada, pero como ello no ocurrió, era un imperativo legal celebrar un contrato adicional.

No es cierto que la plaza de armas sea la misma que en los estudios previos generales del proyecto figura como plaza

Rafael
157

ceremonial, como lo afirma la prueba de la defensa y el procurador judicial del aforado. Basta comparar los documentos anteriores para llegar a la conclusión que son distintas. Sin entrar en honduras es notoria la diferencia de extensiones, el tipo de obras, en especial, el emplazamiento de múltiples estatuas en bronce alusivas a los protagonistas de la campaña libertadora no previstas en la plaza ceremonial.

Pero más importante aún es que si a guisa de hipótesis se aceptara que era la misma plaza ceremonial con algunos complementos, ésta hacía parte del objeto del contrato que se celebraría posteriormente para construir la segunda etapa del parque, de modo que si se quería anticipar su construcción a la primera fase debía celebrarse un contrato adicional.

Ante estos argumentos, pierde toda relevancia que en los términos del concurso para la formulación del plan maestro y del diseño del pre proyecto arquitectónico aparezca como uno de los ítems de la plaza ceremonial, proyectar una exposición histórica en donde se dispusieran unos espacios para que cada país bolivariano llevara a cabo un montaje conmemorativo o un monumento de sus respectivas campañas libertadoras, como lo reiteran el acusado y BALAGUERA BALAGUERA; pues la plaza de armas no era la misma ceremonial, y si lo fuera, no se podía adelantar su ejecución a la primera etapa del proyecto con un adicional sino por medio de un contrato adicional.

Estos argumentos desechan la tesis defensiva relativa a que por existir en los estudios previos generales del proyecto

ese componente histórico permitía construir la plaza de armas de manera legítima, pues lo aquí censurado es que su inclusión revela que los diseños y planos utilizados para abrir la licitación estaban incompletos por no contener esas obras.

El hecho que la construcción del parque se decidiera en dos etapas, no significa que las obras requeridas para ello se pudieran realizar indiscriminadamente en una y otra. Para el efecto se debían tramitar y celebrar sendos contratos con arreglo a la ley de contratación pública, con objetos debidamente delimitados por las obras contenidas en los estudios y diseños de cada uno de ellos y, como ya se demostró, la plaza ceremonial hacía parte de la segunda fase y la de armas de ninguna de las dos.

Es incuestionable entonces la falta de razón de la defensa y el Ministerio Público, fundados en las declaraciones rendidas por las personas que de una manera u otra tuvieron participación en el trámite y ejecución del contrato como: TATIANA GIL, LIBARDO BALAGUERA, JAIME HUMBERTO DIAZ, y LILIANA VIVES, al calificar de modificaciones formales las obras de la plaza de armas, pretendiendo exhibirlas, sin éxito, como extensiones o ampliaciones del objeto contractual, cuando es palmar que no hacía parte de él.

No hay duda, pues, sobre la demostración de la violación de este requisito legal durante el trámite precontractual, en relación con este tipo de estudios.

Del plan de manejo ambiental.

La ausencia de plan de manejo ambiental como parte de los estudios previos de factibilidad antes de la apertura del trámite de selección del contratista, fue atribuida por la Fiscalía como un hecho adicional con el cual el procesado habría desconocido el principio de planeación en la etapa precontractual, por no verificar su incumplimiento al signar el contrato.

Aspecto en torno del cual se ha trenzado la controversia entre la parte acusadora y la defensa, ésta última apoyada por el Ministerio Público, quienes controvierten la imputación aduciendo que CORPORINOQUIA, en el mes de febrero de 2006, certificó que el proyecto de construcción de la primera etapa del parque no requería la obtención de licencia ambiental, por lo que la Fiscalía no puede exigir el cumplimiento de una obligación no requerida por la ley, en tanto que la Fiscalía insiste en que solo en desarrollo de la ejecución del contrato fue que la gobernación obtuvo los permisos ambientales.

La investigación concede la razón a la Fiscalía, por cuanto al sopesar los medios de prueba de cara a la normatividad aplicable, evidencia que en particular la gobernación no solicitó a CORPORINOQUIA la expedición de la licencia ambiental sino el aval del proyecto, el 10 de enero de 2006, el cual le fue concedido el 9 de febrero por considerarlo ambientalmente viable, desechando la necesidad de licencia ambiental, pero requiriendo la obtención de los

permisos de uso, aprovechamiento y/o afectación de recursos naturales, para lo cual debía presentar el plan de manejo ambiental.

Postulación que la gobernación presentó el 17 de julio de 2006 y generó el inicio del trámite que precedió las decisiones de 7 de septiembre y 16 de noviembre del mismo año, a través de las cuales CORPORINOQUIA otorgó algunos permisos y autorizaciones ambientales y negó otros. Es claro, entonces, que las solicitudes fueron hechas varios meses después de abrirse el trámite de selección del contratista, vulnerando con ello el principio de planeación. Veamos:

Al tenor del artículo 58 de la Ley 99 de 1993, el interesado debía presentar a la autoridad competente la solicitud de licencia ambiental acompañada del estudio de impacto ambiental, definido por el artículo 20 del Decreto 1220 de 2005 como el conjunto detallado de actividades que producto de una evaluación ambiental estuvieran orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales que se causaran por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad.

La licencia ambiental a la luz del artículo 3 del Decreto 1220 de 2005, es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para ejecutar un proyecto, obra o actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, la cual sujeta al beneficiario de ésta al

cumplimiento de los requisitos, términos, condiciones y obligaciones que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.

De acuerdo con el texto de esa misma norma, la licencia lleva implícitos los permisos, autorizaciones y/o concesiones para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales renovables que sean necesarios para el desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad. Se deberá conseguir antes de iniciar el proyecto, obra o actividad, en orden a lo dispuesto por los artículos 9 del Decreto 1220/05 y 59 de la Ley 99/93.

Ahora, como la ley de contratación pública dispone que una vez celebrado el contrato se debe iniciar su ejecución, forzoso es concluir que la licencia ambiental ha de obtenerse antes de iniciar el trámite de selección del contratista, lo cual es natural si se tiene en cuenta la importancia cardinal que ostenta para los interesados en contratar conocer los compromisos que las licencias y permisos ambientales imponen al contratista para elaborar las propuestas, y poder cumplir con ellas en la ejecución del contrato.

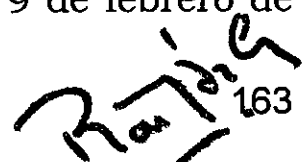
En consecuencia, infringe el principio de planeación la adjudicación y celebración del contrato sin contar con la licencia ambiental cuando haya lugar a ella o los permisos ambientales, en virtud a las consecuencias que acarrearía su ausencia. La indefinición de estos estudios ambientales, se

reitera, ocasionan demoras en la ejecución del contrato, incumplimientos provisionales y/o definitivos, y el aumento de los precios contratados, poniendo en riesgo los recursos públicos y la materialización de los fines superiores perseguidos con la contratación estatal.

Concebido el principio de planeación como el grupo de gestiones a desarrollar por la administración con antelación a la apertura de la selección del contratista, entre ellas los estudios previos que, entre otros, comprenden el análisis de conveniencia y oportunidad del objeto a contratar y entre ellos los de tipo ambiental, se tornan imprescindibles cuando el proyecto de obra o actividad inciden en aspectos ambientales, con los cuales se pretende evitar y proteger la vulneración de derechos de ese tipo. Con ese propósito se pide la presentación de un plan de manejo ambiental a objeto de obtener la licencia o los permisos ambientales.

En fin, para esa época, contrario al criterio del Ministerio Público y de la defensa, la expedición de la licencia y/o los permisos ambientales se debía pedir ante la autoridad competente previo a la apertura de la licitación, acompañada del estudio de impacto ambiental que involucraba el plan de manejo ambiental.

De cara a este marco legal y con arreglo al material probatorio, la Sala encuentra demostrado que la licencia ambiental no fue pedida por la Gobernación de Arauca de manera específica sino el aval después de abierta la licitación, resultando expedido por CORPORINOQUIA el 9 de febrero de

 163

2006, aclaró con esa decisión que el proyecto no requería licencia pero si de los permisos para el uso, aprovechamiento y/o afectación de recursos naturales, los que el departamento pidió el 17 de julio del mismo año y obtuvo el 7 de septiembre²⁷ y el 15 de noviembre del mismo año.

Así la ley no exigiera en este caso licencia la administración departamental debió realizar los estudios ambientales previo a la apertura de la licitación, sin embargo, no lo hizo, solo demandó a CORPORINOQUÍA el aval el 10 de enero de 2006 aportando para el efecto la ficha de inversión y el plano de localización del proyecto, sin presentar estudio de impacto ambiental ni plan de manejo ambiental exigidos para obtener la licencia y/o los permisos ambientales.

El plan de manejo ambiental lo vino a presentar con la petición de permisos presentada a CORPORINOQUÍA el 17 de julio de 2006 por el Secretario de Desarrollo Agropecuario y Sostenible, y no antes como la afirma la defensa.²⁸

Es cierto que en la documentación entregada a la Fiscalía por BALAGUERA BALAGUERA está relacionado el plan de manejo ambiental, sin embargo, obra únicamente la carátula y la tabla de contenido, nada más, y los otros documentos desechan su presencia. En efecto, en la petición del aval del proyecto solicitado a CORPORINOQUÍA no fue aportado, la información que obra en la ficha EBI referente a que el proyecto requería licencia ambiental y ésta ya estaba aprobada, es inveraz, por cuanto elaborado el documento en

²⁷ Fl. 95 anexo 9.

²⁸ Fl. 95 anexo 9.

la etapa pre contractual se probó a través de la inspección practicada a CORPORINOQUIA que después de iniciada la licitación lo pedido y obtenido fue el aval.

Así se aceptara por vía de hipótesis que se hubiera elaborado antes de iniciar el trámite de selección del contratista, con ello no cumpliría el requisito de los estudios previos para verificar la factibilidad ambiental del proyecto, pues para ello era imprescindible presentarlos ante la autoridad competente y obtener los permisos requeridos en procura de proteger el medio ambiente y los recursos naturales, sumergiendo de esa manera en total improvisación el trámite y ejecución del contrato.

El oficio de 12 de mayo de 2006 por medio del cual la firma interventora del contrato de consultoría, después de informar a CORPORINOQUIA que dentro de los documentos presentados por el contratista no estaba el plan de manejo ambiental, necesario, según ella, por la amplia intervención biótica y antrópica, pidió le informara cuál era el soporte legal para exigir ese requisito, también confirma su ausencia.

Estas pruebas reafirman el dicho de GIOVANNI ZORRO LÓPEZ, en cuanto a que iniciadas las obras notaron que no había licencia ni permisos ambientales, falencia que originó la suspensión de las obras. Así lo corrobora el acta de suspensión de las obras por 60 días No. 01 de 22 de junio de 2006, fijando como una de las causas de esa decisión no haberse aprobado el plan de manejo ambiental, indispensable para adelantar los trabajos.

 165


"A la fecha CORPORINOQUIA no ha aprobado el plan de manejo ambiental elaborado por la Gobernación de Arauca, siendo este un documento indispensable para poder dar ejecución a los trabajos contractuales.

La administración departamental debe llevar a cabo una serie de trámites necesarios para diligenciar la aprobación del plan de manejo ambiental por parte de CORPORINOQUIA...."

Y, desvirtúan la postura defensiva material con apoyo en BALAGUERA BALAGUERA, referente a que los permisos debían ser obtenidos por el contratista según los términos del contrato, y que el plan de manejo ambiental fue entregado por la consultora en noviembre de 2005 porque de haber sido ello cierto reposarían en el expediente, lo único que aparece, se repite, es la carátula y la tabla de contenido pero no el estudio, además, estarían adosados a la solicitud de aval a CORPORINOQUIA, cosa que no ocurrió, mientras que para la postulación de los permisos ambientales elevada en el mes de julio de 2006 si se entregó.

Ahora, la normatividad aplicable, como ya se vio, exige el cumplimiento de estas exigencias a la administración y no al contratista como lo asegura BALAGUERA BALAGUERA y el procesado, de modo que cualquier constancia en el contrato en sentido opuesto carece de validez, además, los trámites adelantados por CORPORINOQUIA debido a las solicitudes del aval y luego los permisos ambientales, así lo ratifican.

Efectivamente, fue la gobernación por medio de la Secretaría de Desarrollo Agropecuario la que elevó dichas peticiones sin participación del contratista, y el aval 03

 166

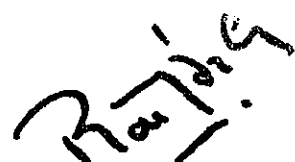
expedido por CORPORINOQUIA expresamente impuso a la administración la obligación de pedir los permisos.

Reglamentación lógica si se tiene en consideración que los recursos a comprometer con el contrato son públicos, por lo tanto, concierne a la administración realizar los estudios previos, entre ellos los ambientales, en procura de asegurar su buen uso y que las obras se ejecuten de acuerdo a los términos iniciales cumpliendo el principio de planeación.

Es tan cierto lo anterior que por no tramitarse oportunamente los permisos ambientales durante la ejecución del contrato, hubo necesidad de suspender la realización de las obras mientras se tramitaban. El inicio de obras data del 22 de mayo de 2006, sin embargo, la postulación de los permisos fue hecha el 17 de julio, los primeros fueron concedidos el 7 de septiembre y el último el 16 de noviembre del mismo año.

No es lógico, por ende, que todos los permisos se pidieran en la medida que se iban presentando con la ejecución de las obras, debía definirse con antelación a la apertura la licitación las necesidades ambientales por parte de la autoridad competente, para ser incluidas en los pliegos de condiciones que hacen parte del contrato.

Es más, los preceptos legales aplicables, como ya se vió, consagraban la licencia ambiental como única, es decir, contentiva de los permisos para usar los recursos naturales, la que se debía obtener ante la autoridad ambiental antes de



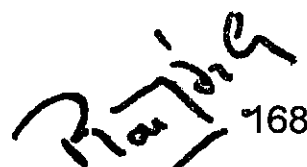
abrir la licitación, para ser conocidos por los aspirantes a contratar y los consideraran en las propuestas.

De otro lado, el artículo 10 del Decreto 1180 de 2002, prescribe que los proyectos, obras o actividades allí relacionadas, no requerían licencia ambiental siempre y cuando existiera un plan de ordenamiento territorial, esquema de ordenamiento territorial o plan básico de ordenamiento expedido de conformidad con la reglamentación vigente en la materia que compatibilice con los usos del suelo asignados, entre ellos, parques ecológicos y/o recreacionales.

El párrafo 1, estipula que los anteriores proyectos, obras o actividades debían tramitar y obtener los permisos, concesiones y autorizaciones ambientales a que hubiese lugar por el aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables.

En particular preveía que los proyectos alusivos a parques ecológicos y/o recreacionales requerían de la presentación y aprobación previa de un plan de manejo, siempre y cuando estos se pretendieran desarrollar en zonas de humedales o zonas de riesgo geológicos, los cuales serán determinados por la autoridad competente.

Es decir, que también por esta vía, si bien el proyecto no requería licencia ambiental sí necesitaba la obtención de permisos ambientales, obviamente previo a la apertura de la licitación con base en los argumentos ya expuestos.


168

En fin, para la Sala es incontrovertible que en la fase precontractual también se vulneró el principio de planeación por no estar definido el proyecto en su aspecto ambiental, dado que no se solicitó y obtuvo antes de la apertura de la licitación los permisos ambientales requeridos legalmente, por consiguiente, el procesado al celebrar el contrato sin verificar que este requisito estuviera cumplido, conjuntamente con el relativo a los diseños y planos analizados, realizó el supuesto de hecho previsto en este tipo penal.

A continuación la Sala se ocupará de analizar si el procesado consciente y voluntariamente al firmar el contrato, ejecutó el tipo objetivo.

El tipo subjetivo.

Sobre este ingrediente también existe controversia por cuanto para la Fiscalía el procesado actúo dolosamente, mientras para la defensa lo hizo ignorando que al abstenerse de verificar si en la etapa preliminar se cumplieron los requisitos legales al momento de firmar el contrato, con su comportamiento materializaba los elementos constitutivos del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales.

La postura de la Fiscalía sale avante ya que la valoración del material probatorio transmite a la Corte la convicción que el acusado al suscribir el contrato, a sabiendas que debía constatar la presencia de los requisitos legales esenciales en

el trámite pre contractual, se abstuvo de hacerlo voluntariamente.

Es más, le demuestra que a sabiendas que los estudios, diseños y planos entregados no estaban terminados, y que no se habían solicitado los permisos ambientales a la autoridad competente antes de abrir el proceso de selección del contratista, firmó el contrato en esas condiciones. Veamos:

En cuanto al contenido y alcance de la función de contratar deferida por la Constitución y la ley a los gobernadores de los departamentos, y a la forma como se debe cumplir, ha dicho la Corte:²⁹

El representante legal del ente territorial es el que debe apersonarse de la actividad contractual y velar porque el trámite se cumpla con absoluta observancia de lo previsto en la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios, sin que las equivocaciones o errores de buena o mala fe de sus subalternos lo releven de responsabilidad en tales eventos.

Se pierde de vista que el proceso administrativo de contratación es complejo y requiere la intervención de diversos servidores públicos, y que toda la actuación no puede estar a cargo del representante legal de la entidad.

Para dilucidar lo planteado sobre la delegación debe acudirse al estatuto de la contratación pública, artículo 12, entre otros, que establece que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia, para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñan cargos de nivel directivo o sus equivalentes.

El precepto hace referencia a dos fenómenos distintos. La delegación de competencia para celebrar convenios y la descentralización de licitaciones o concursos, su manejo, desarrollo y evaluación, o sea, su radicación en otras dependencias, de la entidad, sin perjuicio de las directrices que corresponde trazar al representante legal para que la actuación de los subalternos se sujete al interés general.

El numeral 10 ejusdem establece que los jefes o representantes de las entidades podrán delegar para celebrar contratos, en los términos

²⁹ CSJ SP. Rad. No. 13681 de 10-VII-01.

Rafael
170

previstos en el artículo 12 de dicha ley, mientras que el inciso 2 del artículo 7 del Decreto 679 de 1994, señala que la desconcentración implica la atribución de competencias para la expedición de actos en los procedimientos contractuales de licitaciones o concursos, pero no incluye la adjudicación o celebración del contrato.

De tal manera, que el representante legal puede delegar la competencia para contratar sin que la intervención de diferentes servidores en otras fases requiera de delegación, como en los casos de desconcentración o participación de miembros o unidades asesoras o ejecutoras que actúan por mandato legal, o empleados que deban hacerlo dentro de la distribución de funciones, según lo reglamentado en la entidad.

En lo concerniente a un departamento, sin perjuicio de la intervención obligatoria que normalmente corresponda a los respectivos secretarios, el gobernador, representante legal per se, está facultado por la ley para delegar la celebración de contratos, en estos casos, la responsabilidad penal solo puede corresponder a quien las realiza y no se puede transferir a una persona ajena al acto doloso y exenta de culpa, ello compaginado con el artículo 211 de la Constitución Política en cuanto a que la delegación exime de responsabilidad al delegatorio, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquél, reasumiendo la responsabilidad consiguiente, que no ha de ser la penal, en cuanto esta atañe exclusivamente al sujeto activo correspondiente.

Lo aclarado tampoco se opone a lo dispuesto en el ordinal 1 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, en cuanto al jefe de la entidad le corresponda **ordenar y dirigir** la celebración de licitaciones y concursos y escoger contratistas, pues generalmente tiene la dirección de la actuación contractual, en razón de la estructura piramidal de la administración pública, y los subalternos deben someterse a los parámetros que él trace, también en materia de contratación."

Pues bien, el procesado tiene un grado de escolaridad superior, es licenciado en educación, además, presenta una amplia trayectoria en el sector público puesto que ocupó los cargos de secretario de gobierno en un ente territorial de nivel departamental, alcalde municipal durante un período, diputado, cónsul de Colombia en el exterior por varios años, representante a la Cámara de Representantes y gobernador del departamento de Arauca.

Del desempeño de estas actividades por cerca de 20 años en especial las de secretario de gobierno, alcalde municipal y

Rafael

gobernador, se colige, no solo que estaba familiarizado sino suficientemente instruido sobre los contenidos de la contratación pública y, por ende, que como ordenador del gasto le asistía la titularidad de la función contractual y la potestad de disponer y dirigir todo el proceso contractual, es decir, que sobre sus hombros recaía la responsabilidad de velar porque se adelantara con arreglo a la ley.

Es elemental, entonces, inferir que comprendía que en desarrollo de la función de control y vigilancia lo acompañaba el deber de verificar, al celebrar el contrato, el cumplimiento de los requisitos legales esenciales dentro de la fase precontractual por parte de las distintas secretarías ejecutoras, máxime si se desempeñó como alcalde de la capital de ese departamento, y que había transcurrido aproximadamente la mitad del período de gobernador, cuando tramitó y suscribió el contrato.

Además, las particularidades del proceso contractual y la participación del procesado en las distintas etapas, llevan a la Sala a inferir que era consciente que los estudios previos en cuanto a los diseños y planos no estaban completos, que los permisos ambientales para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales, como parte de los estudios de esa naturaleza no se habían pedido y menos obtenido, y que para construir la plaza de armas era necesario tramitar y celebrar un contrato adicional; no obstante ello, celebró el contrato sin verificar el cumplimiento de esos requisitos esenciales dentro de la fase precontractual, y posteriormente lo amplió ilegalmente. En efecto:

 172

Amparado en lo preceptuado por el ordinal 1° del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, dio curso al proceso contractual profiriendo varios de los actos administrativos necesarios e impartió las instrucciones a los funcionarios de las secretarías ejecutoras, en las cuales estaba desconcentrado el trámite y ejecución del contrato.

Está acreditado que celebró el contrato No. 313 de 20 de septiembre de 2005 con la Unión Temporal Grupo de Estudios Urbanos Ltda., DIANA WIESNER, cuyo objeto fue la formulación del plan maestro y el diseño del proyecto arquitectónico del Parque Histórico y Ecoturístico Los Libertadores de Tame -Arauca³⁰, y que dirigió y fiscalizó el trámite de la licitación y selección del contratista, en consecuencia, es obvio inferir que conocía que los estudios, diseños y planos entregados por la consultora para abrir la licitación del contrato investigado estaban incompletos, como también que no se habían obtenido los permisos ambientales, y que era necesario el trámite y suscripción de un contrato adicional.

La documentación por medio de la cual la firma consultora hizo entrega de los productos convenidos, ratifica ese hecho.

El 3 de octubre de 2005 a solicitud de la administración departamental, el representante legal de la consultora remitió al supervisor del contrato designado por el Departamento de

³⁰ Fl. 59 anexo 8 A.

Planeación, ARGELY BLANCO ROMERO, el estimativo presupuestal para la inversión de la primera etapa del proyecto, para que la Secretaría de Hacienda pudiera inscribir el proyecto en la Cámara de Comercio, de acuerdo a lo solicitado a ellos.³¹

El 1 de noviembre siguiente, le remitió las especificaciones generales *preliminares* del proyecto del plan maestro y el diseño arquitectónico del parque, aclarando que fueron elaborados sobre supuestos de lo que iba a ser el proyecto definitivo, ya que hasta esa semana estarían realizando el replanteo del proyecto en el sitio con base en el levantamiento topográfico que les entregarían ese día; y el presupuesto también *preliminar* porque estaba iniciando el estudio de suelos.³²

El 13 de diciembre de ese mismo año de 2005, presentó al departamento el plan maestro y los diseños contratados contentivos del: marco conceptual general, el plan maestro, los diseños arquitectónicos, el diseño de mobiliario externo, la propuesta museográfica, el plan de sostenibilidad y las perspectivas, advirtiéndole que el presupuesto ajustado de la primera etapa estaba totalmente definido, *salvo* en la parte correspondiente a la cimentación y estructura de los senderos que cruzaban zonas húmedas y cauces hídricos, por cuanto no había sido posible que el encargado del levantamiento topográfico entregara la información de profundidad de esos sitios, anunciando que tan pronto el ingeniero entregara la

³¹ Fl. 88 anexo 8 A.

³² Fl. 105 anexo 8 A.

documentación faltante, complementarían el presupuesto de la primera etapa del proyecto.

Del contenido de estos documentos se deduce que el aforado, actuando como administrador del proceso contractual estuvo al tanto de sus incidencias, entre ellas que los estudios y diseños eran provisionales, como lo ratificó el contratista y terminó admitiendo el acusado.

Adicionalmente, de la demostración hecha en la actuación de la participación del acusado en todo el proceso del contrato investigado, también se deduce que tenía conocimiento de esos hechos.

Tras cursar el trámite previo con la Resolución No. 089 del 25 de abril de 2006 celebró el contrato con el Consorcio ECO PARK 2006, representado por GIOVANNI ZORRO LÓPEZ, el cual tuvo como objeto la construcción de la primera etapa del parque Histórico y Ecoturístico los Libertadores en el Municipio de Tame, departamento de Arauca³³.

Signó el modificadorio No. 2 del contrato (no es visible la fecha),³⁴ fundado en el acta de ítems, precios nuevos y revisión de valores iniciales, suscrita por el contratista, la interventoría externa y la unidad ejecutora; el acta de comité de 28 de marzo del mismo año en la que consta la aprobación de las modificaciones; dio el visto bueno a la pre-acta de obras No. 01 del período comprendido entre el 22 de mayo de 2006 a 11 de junio de 2007, y asistió a la reunión efectuada

³³ Fl. 181 c.o.1 Fiscalla.

³⁴ Fl. 259 c.o.1 Fiscalla.

el 9 de octubre de 2006³⁵, en cuyo desarrollo autorizó expresamente al contratista y a la interventoría para que revisaran el proyecto y sobre el terreno hicieran las correcciones y modificaciones que fueran necesarias:

“Escuchados estos planteamientos el señor Gobernador manifiesta que no se puede esperar a que el consultor expida un visto bueno para cada cambio que deba realizarse al proyecto, que él como representante de la entidad contratante autoriza al contratista y a la interventoría para que de común acuerdo revisen el proyecto y sobre el terreno efectúen las correcciones y modificaciones que sean necesarias, respetando la idea original y la esencia del mismo y sin que se altere el objeto del contrato de obra, teniendo en cuenta que lo que el gobierno quiere es un sitio de esparcimiento, recreación y turismo que conserve las costumbres y tradiciones llaneras”.

De la literalidad de esta acta es incontrovertible colegir que el enjuiciado tenía claro no solamente que era el director del proceso contractual, sino que debía controlarlo emitiendo las órdenes pertinentes para alcanzar los fines de la contratación pública, en este caso en la fase de ejecución.

Así también, haber firmado el adicional de plazo No. 002 de 9 de julio de 2007³⁶, con ocasión de las mayores cantidades de obra a ejecutar y los retrasos en las actividades por la época invernal, y el acta de prórroga de la suspensión No. 4 de diciembre de 2007.

Además, convino con DEMETRIO BONILLA y su hijo, la elaboración y los nuevos diseños que incluyeran la construcción de la plaza de armas y los aprobó tras sugerir algunos reajustes al proyecto, según aseveró GIOVANNI ZORRO.

³⁵ Fl.66 anexo 4.

³⁶ Flo. 257 c.o.1 Fiscalía.

Fue él, en su condición de gobernador, quien el 20 de octubre de 2006 dispuso edificar la mencionada plaza, según relató el mismo testigo, evocando que exclamó necesitarla para resaltar la parte histórica del parque, y ordenó efectuar todas las modificaciones del contrato por ser la cabeza de la administración. Decía cambie esto, cambie lo otro, mientras ellos, como contratistas, la interventoría externa y el supervisor del departamento, ideaban de qué manera hacían las reformas por él ordenadas.

Aseveraciones que por demás, explican la razón por la cual la interventoría, el supervisor JAIME HUMBERTO DIAZ ÁLVAREZ y el Secretario de Infraestructura, LIBARDO BALAGUERA, rindieron concepto favorable a la adición del contrato, pese a ser evidente que para el efecto se requería de un contrato adicional.

En ese mismo sentido TATIANA GIL, lo señaló como la persona que propuso la construcción de la plaza, motivo por el cual la empresa que representaba rindió concepto favorable, atendiendo que la cuantía no superaba el 50% del valor inicial y que estaba dentro del objeto contractual, pidiendo a la administración departamental estudiar esa posibilidad por ser ella la que adoptaba la decisión final como propietaria de los recursos.

Ello significa que para todos los intervinientes era un hecho conocido que al Gobernador concernía la función de liderar la contratación y determinar, finalmente, si se adicionaba o no el contrato.

 177

De otro lado, la Sala desecha el argumento de esta declarante relativo a que estuvo de acuerdo con la adición porque los estudios generales contemplaban como uno de los fines del proyecto construir un parque histórico, y el contrato no contenía ningún ítem relacionado con ese componente; dado que si bien es cierto que esa finalidad hizo parte de los análisis previos no era lo relevante para autorizar la adición, lo trascendente era verificar si la nueva construcción modificaba o no la esencia del objeto contractual.

Así mismo, el referente a que los precios unitarios de las obras ya estaban aprobados en las condiciones iniciales del contrato, ya que como los nuevos trabajos no estaban contenidos en el objeto inicial no era viable su construcción a través de la adición.

Desde esa perspectiva tampoco es sensata la postura asumida por el procesado apoyado por LILIANA VIVAS PARADA, LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA y JAIME HUMBERTO DIAZ, correspondiente a que él cumplía la función de vigilancia firmando el contrato luego de surtir todas las etapas y la elaboración de los documentos por quienes tenían la competencia y experticia verdadera, ya que la ley si bien permite la desconcentración de esas actividades también le imponía el deber de verificar que éstos actuaran de acuerdo con la ley.

Sobre este tópico la Sala viene reiterando³⁷:

³⁷ CSJ SP. Rad. No. 21547 de 9-II-05.

Rafael
178

Es sabido que la celebración de un contrato y su posterior ejecución, conlleva la realización de un sinnúmero de actos que se realizan, normalmente, a través de diversos órganos de la administración, en una relación concatenada de antecedente consecuente, lo cual perfila uno de los procesos administrativos más complejos.

Todo indica que el legislador tuvo en cuenta esa realidad al definir la conducta prohibida, y que quiso cobijar a través de ella tanto a los servidores públicos de rango medio en la organización que por razón de sus funciones intervienen en el trámite de los contratos, como a aquellos que con ocasión del cargo son titulares de la función contractual, últimos a quienes se reserva la facultad de celebrar y liquidar el contrato, en cuanto garante de la legalidad de la actuación, precisamente porque son los únicos que pueden comprometer con su voluntad final los dineros del erario.

Aunque las entidades estatales desarrollan la gestión contractual de manera desconcentrada, a través de los órganos funcionales de la administración que temáticamente se ocupan de ejecutar las políticas trazadas en determinadas materias y de llevar a cabo los planes diseñados a nivel de ellas, desconcentración que se materializa en gran medida mediante el impulso de la gestión precontractual, determinando en primera instancia las necesidades por cubrir conforme a los planes y programa previamente aprobados, verificando su costo y la existencia de recursos para atenderlas, incluso, atendiendo por iniciativa propia la labor de convocatoria pública o privada, recibiendo las ofertas y hasta presentando al ordenador del gasto concepto sobre aquella que se considera la más conveniente, ello de manera alguna coloca a los representantes legales de la entidad en simples "tramitadores" o "avaladores" de las labores desarrolladas por sus subalternos.

Ni la mencionada desconcentración (...) significa..., que al representante legal de la entidad le competa solamente "firmar" los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos...

Los contratos administrativos, no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección y ejecución (...)"

Es racional, entonces, que estas personas habiendo participado en todo el proceso contractual apuntalen la postura del procesado, pues de no hacerlo estarían aceptando su responsabilidad en la comisión del delito.

Rafael
179

En ese orden, que no hubiese sido el procesado quien firmó el adicional en valor y plazo 01 de 13 de diciembre de 2006, sino uno de los secretarios de la gobernación encargado, no lo exonera de responsabilidad porque demostrado como está que ordenó, dirigió y controló las distintas fases de la contratación, disponiendo la construcción de la plaza de armas a sabiendas que no había sido contratada, este acto constituyó el resultado de todo el trámite previo adelantado bajo su conducción.

Además, el acto de adicionar el contrato per se no fue atribuido como delito en la acusación, sino como una de las manifestaciones de la falta de planeación en la ejecución del contrato.

Con arreglo a esta valoración, la Sala rechaza el argumento de BALAGUERA BALAGUERA referente a que el acusado no fue quien decidió construir la plaza de armas, ya que el contenido del acta de la reunión así lo ratifica:

"Inicia la reunión el Señor Gobernador manifestando que el objeto del contrato que nos ocupa tiene como fin la ejecución de un Parque Histórico, que esa fue la concepción original del proyecto y que dentro de los propósitos de su administración tiene principal importancia generar un foco de atracción turística y de recreación en el parque, pero también se quiere rendir homenaje a quienes lucharon por la libertad de la república, sobre todo teniendo en cuenta la importante participación de los llaneros araucanos en esa campaña y la carencia de un sitio dedicado a ellos. Que su idea es construir una plaza en la que se instalen monumentos ecuestres de Bolívar y Santander que recuerden el histórico encuentro que sostuvieron en Tame para organizar la marcha hacia lo que sería la batalla de Boyacá, estos monumentos estarían acompañados de otros de menor tamaño, sea de pie o en bustos, del coronel Rondón y sus lanceros. Así mismo propone que como parte de la plaza se adecuen cinco espacios en los cuales cada uno de los países Bolivarianos ejecute obras que sean como un tributo a estos héroes que lucharon por la libertad. Que a través de la cancillería se podría gestionar la invitación a los gobiernos de tales países para que se vinculen al proyecto, una vez se tenga construida la

infraestructura que se requiere para ello. Continúa diciendo que además de lo anterior sería interesante construir una especie de teleférico o transporte en canastillas desde el mirador hasta la plaza principal. Que en lo que él conoce del contrato no se tienen previstas estas actividades y que se hace necesario incluirlas para que el parque cumpla los objetivos que dieron origen al proyecto.

Seguidamente le solicita a JAIME NAVEA sus comentarios sobre el tipo de monumentos que deben instalarse en la plaza, sus dimensiones, los personajes a incluir y lo que considere conveniente tener en cuenta para que lo que se ejecute sea lo más cercano a la realidad histórica de lo sucedido....

Seguidamente el contratista manifestó su conformidad con las ideas del gobernador, sin embargo, considera que los recursos asignados al contrato no son suficientes para cubrir los costos que demandan estas nuevas actividades, se haría necesario entonces evaluar los costos de esas obras y suscribir un adicional de valor para integrarlas al objeto contractual.

Escuchados los distintos planteamientos de los asistentes, el gobernador solicita al contratista que proceda a evaluar los costos de construcción de la plaza de armas y la elaboración de los monumentos por personal especializado en este tipo de arte, y una vez tenga el presupuesto de estas nuevas obras lo presente para estudiar la posibilidad de adicionarle los recursos al contrato. En caso de que con el valor adicional no se logre cubrir el costo total de la plaza y los monumentos, se deberán aplazar algunas de las obras previstas en el contrato original, por ejemplo la casa ganadera, el edificio administrativo, y la zona de camping, para utilizar estos recursos en la construcción de la plaza y los monumentos como fin prioritario de este contrato.

El arquitecto GIOVANNI ZORRO expresa que inmediatamente iniciará las diligencias para la cotización de los monumentos, considera, sin embargo, que en lo que se refiere a la plaza de armas se hace necesario elaborar un diseño que complemente el que se encuentra en ejecución con todos sus componentes, es decir, arquitectónico, estructural, eléctrico, hidráulico, en el cual se plasmen las ideas expresadas por el señor gobernador y sea debidamente aprobado por la interventoría y la entidad contratante.

GILBERTO DIAZ, director de la interventoría, manifestó su acuerdo con el contratista en el sentido de que se elaboren previamente un diseño de lo que sería la plaza principal, en el cual se especifiquen las áreas destinadas al público, los accesos, las zonas verdes, los materiales a emplear, el sistema eléctrico, las baterías sanitarias, y en fin, todos los elementos que conformarán la plaza. Igualmente solicita la presentación de los precios unitarios de los ítems nuevos a incluir en el adicional y en el posible modificadorio para su revisión.

Finaliza la reunión con el compromiso de los contratistas de preparar y entregar el proyecto de modificación lo más pronto posible³⁸.

Fue el inculminado quien así lo propuso y dio las instrucciones pertinentes para hacerla realidad, los demás intervinientes, en virtud a la integración jerarquizada del ente territorial la acogieran sin reparos, ocupándose de estudiar con él el mecanismo a utilizar para darle visos de legalidad a esa determinación.

No es veraz, entonces, que como Secretario de Infraestructura Física, BALAGUERA BALAGUERA fuese autónomo en materia contractual ya que como se vio, el gobernador fue quien dirigió los trámites de licitación, celebró el contrato y controló la ejecución, además, dispuso la construcción de la plaza de armas, debiendo aquél acatar sus directrices.

Lógico, que dentro de esa relación laboral no estaba obligado a acatar arbitrariedades, sin embargo, para este caso, el proceso evidenció que no se opuso a las propuestas y disposiciones del acusado y conjuntamente con la interventoría, el supervisor, el contratista y el entonces gobernador, escogieron el instrumento para formalizar esa actuación.

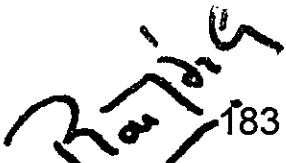
No es cierto, como lo asevera el mismo LIBARDO BALAGUERA, que las funciones de control y seguimiento de la ejecución del contrato las desempeñara exclusivamente la interventoría externa, el supervisor y él como Secretario de

³⁸ Fl. 92, anexo 2.

Infraestructura, pues el actuar del inculpatado durante las distintas fases del proceso ya vistas demuestran lo contrario, amén de que por mandato legal a él atañía su dirección y fiscalización.

Aludió a decisión del Consejo de Estado en el que examina la figura de la adición del contrato, la que ratifica justamente que en este caso debió fue suscribir un contrato adicional. Evocó la sentencia C-949/01 que habla de la prórroga de los contratos como especies de modificaciones que pueden ser instrumentos útiles para alcanzar los fines de la contratación, sin que este tema esté relacionado con la necesidad de la celebración de un contrato adicional y el conocimiento que el procesado tenía de la comisión del delito analizado.

Con base en el concepto 139 de 18 de julio de 2002 también del Consejo de Estado dice que la necesidad de adecuación de los diseños para satisfacer los requerimientos del servicio público hace que la administración esté facultada para modificar los diseños y estudios previos para la ejecución de la obra, ya que lo aquí hecho fue agrandar el área de 2.000 a 25000 metros, figura que la Sala comparte pero que en este caso, como atrás se vio no aplica, ya que lo demostrado es que en la fase precontractual los diseños que sirvieron de base para abrir la licitación estaban incompletos, no eran definitivos, y que la plaza de armas no había sido contratada, por lo tanto, no se podía adicionar el contrato inicial para construirla.


183

Como si no fuera suficiente lo anterior, es el propio procesado quien en la versión libre, en la indagatoria y al ser interrogado en la audiencia pública, manifestó que para velar por el cabal cumplimiento de la etapa precontractual en los distintos contratos, se reunía con el equipo técnico integrado por los Secretarios de Educación, Planeación e Infraestructura Física, escuchando las sugerencias de la comunidad de personas que estaban interesadas en el tema.

Y, para el control del cumplimiento de la ejecución de los diversos contratos, realizaba semanalmente un consejo de gobierno donde se reunía con todos los Secretarios del Despacho y la Oficina Jurídica para evaluar cada uno de los que se adelantaba en las unidades ejecutoras. Los secretarios, dijo, participaban diciendo qué problemas tenían, se fijaban unas tareas y se aplicaban correctivos.

En particular, expresó, no estuvo directamente al tanto del manejo de los anticipos, pero si estuvo pendiente de que estos procesos se hicieran de acuerdo a la ley, revisando en los consejos de gobierno y preguntando al Secretario de Gobierno si estaban llevando a cabo los procesos que la ley exige.

Reconoció que pidió informes sobre el particular a los funcionarios de la administración quienes se los presentaban, "ahí constan en las actuaciones del contrato los informes que presentaba la interventoría que era la representante legal para ese caso".


184

Para conjurar las irregularidades presentadas en la ejecución del contrato investigado, aseveró, visitó en varias ocasiones las obras y observó que existían retrasos, cuando ello ocurría le comunicaba al Secretario de Infraestructura para que se pusiera al frente de la situación.

Relato que se aviene con las pruebas vistas anteriormente que evidencian que efectivamente estuvo al frente no solo del trámite sino de la ejecución del contrato, con mayor razón si se trataba de las obras más importantes de su gestión que le había pedido ejecutar la población en su campaña.

En fin, la investigación demostró que el procesado al celebrar el contrato consciente y voluntariamente se abstuvo de verificar que los requisitos legales esenciales durante la etapa precontractual se hubieran observado, a sabiendas que los estudios, diseños y planos utilizados para abrir la licitación estaban incompletos, que no se habían obtenido los permisos ambientales de CORPORINOQUIA, y que la plaza de armas no se podía construir a través de la adición del contrato original, es decir, que se estaba vulnerando, en particular, el principio de planeación.

Carece de razón el defensor al plantear el error de tipo como excluyente de la responsabilidad, aduciendo que el procesado debido a su profesión no conocía que estaba obligado a verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales dentro del trámite por parte de sus subalternos, pues como se acaba de demostrar no solo era experto en

contratación pública lo que implica que conocía ese deber legal, sino además, que estaba enterado de que los estudios y diseños eran provisionales, y que no se habían obtenido los permisos ambientales antes de iniciar el trámite de selección del contratista.

Tampoco, se configura el principio de confianza planteado por la defensa como causal de exclusión de la responsabilidad del acusado, pues para que el mismo opere es necesario que hubiese cumplido el deber legal de vigilar y corregir el proceder de los funcionarios en quienes estaba desconcentrada la función de adelantar el trámite pre contractual, cosa que como se vio no hizo de manera intencional, de modo que no puede aducir en procura de evadir la responsabilidad que confió en que ellos habían cumplido cabalmente con sus atribuciones.

Sobre este principio la Sala ha dicho³⁹:

“La aplicación del principio de confianza que deriva de la realización de actividades que involucran un número plural de personas y que presupone que cada responsable de una parte de la tarea puede confiar en que los restantes responsables del proceso han llevado a cabo su labor correctamente, encuentra como uno de sus límites precisamente aquellos eventos en que se deba objetar, y en este caso, corregir los errores manifiestos de otros, si como, cede ante las hipótesis en que el interviniente en la labor que se surte mediante división de tareas tiene asignado como rol de vigilancia de la correcta realización de los demás roles.

Demostrado como está que el procesado cometió el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, la Sala lo condenará en calidad de autor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal.

³⁹ CSJ. SP. Rad. No.

Del peculado por apropiación.

Este delito se encuentra descrito y es penalizado por el artículo 397 del Código Penal, así:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

Del supuesto de hecho deriva que su configuración requiere la concurrencia de la condición de servidor público en el sujeto activo, requisito que en este caso no ofrece controversia ante la demostración que el indagado cometió las conductas atribuidas en desempeño del cargo de Gobernador del Departamento de Arauca; y que abuse del cargo o de la función apropiándose o permitiendo que otro lo haga, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión del cargo.

En el sujeto activo debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.⁴⁰

La conducta se estima consumada cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público⁴¹.

Pues bien, en este caso, no cabe duda que el procesado en calidad de Gobernador del Departamento de Arauca era el representante legal y ordenador del gasto, en consecuencia, ostentaba la disponibilidad jurídica de los recursos asignados al contrato de obra público 069/06, investigado. Le concernía su administración, custodia y dirección, facultades nacidas en las obligaciones anexas al manejo de los fondos públicos del departamento cualquiera fuese su naturaleza.⁴²

Ahora, el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, expresamente le defería la competencia para ordenar y dirigir la celebración

⁴⁰ CJS SP., Rad. No. 35606 de 22-II-012.

⁴¹ CSJ SP., Rad. No. 38396, 10-X-012.

⁴² CSJ SP. Rad. No. 37858 de 13-III-013.

de la licitación y escoger el contratista, como representante legal que era de la gobernación.

Sobre la administración de los bienes en los entes nacionales y territoriales, ha dicho la Sala:

“En consecuencia, el resultado le es atribuible al Gobernador, con independencia de que no hubiera sido él, directamente, sino su tesorero, quien celebó las ofertas mercantiles de cesión de derechos de beneficio, aspecto que explica que la conducta se le atribuya a título de coautoría, pues ciertamente en la medida de las distintas competencias que a cada uno asistía, se verificó el aporte necesario para la consumación del delito de peculado por apropiación. El gobernador mediante las directrices que le correspondían por ostentar la disponibilidad jurídica de los recursos, el tesorero materializando el traspaso de estos a los patrimonios autónomos, en su condición de custodio material.

Competía al procesado como gobernador la administración y custodia de los recursos, pues tales deberes dimanaban simple y llanamente de las responsabilidades que le eran anejas en el manejo de los fondos públicos, cualquiera fuese su naturaleza.

Lo primero que ha de destacarse es que mientras la Dirección Técnica de Tesorería ostenta un rol básicamente operativo y si se quiere secundario dentro de la estructura de la entidad territorial, al gobernador le compete el máximo de dirección, pues es quien traza las políticas a desarrollar por sus subalternos, tanto en punto a la gestión administrativa como a la financiera, apoyado para ello en sus secretarios sectoriales. En efecto, esa suprema dirección asignada al gobernador dimana de un conjunto de disposiciones de orden constitucional y legal, en virtud de las cuales ejerce la representación legal del departamento y además es el agente del Presidente de la República para la ejecución de las políticas económicas nacionales..., ostenta la facultad de ordenación del gasto departamental, y cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones y deberes..., dirigir la ejecución del presupuesto y de los recursos cedidos por la nación para el beneficio del departamento”⁴³.

En otra ocasión refirió:

“La administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varios. La actividad estatal con sus necesarios mecanismos de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por ese motivo, además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito todos los funcionarios

⁴³ CSJ S.P., Rad. No. 37858 de 13-III-2013.

*que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto porque éste tiene respecto de aquellos la disponibilidad jurídica*⁴⁴.

Un concepto amplio de administración supone pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos competente, dentro de los límites propios de sus atribuciones la genérica función de administrar.

De la conducta ejecutada por el procesado consistente en celebrar el contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, a sabiendas que los estudios previos atinentes a los diseños y planos estaban incompletos, que la administración departamental no había tramitado ni obtenido los permisos para el uso, aprovechamiento y/o afectación de los recursos naturales antes de abrir el proceso de selección del contratista, y que adicionó ilegalmente el mismo contrato en valor y plazo No.1 el 13 de diciembre de 2006; es natural colegir que al ordenar la entrega de los dineros del anticipo al contratista con estos actos permitió que éste se apropiara de una parte de ellos, al probarse que pese a haber retirado una suma considerable de la cuenta de ahorros no los invirtió en la obra, privando al departamento de su facultad de disposición.

Es decir, el acusado consciente y voluntariamente prevalido de su condición de servidor público en ejercicio de sus funciones y abusando de ellas, celebró y adicionó ilegalmente el contrato ordenando a sus subalternos poner en las arcas del contratista los recursos de los anticipos, permitiendo que se apropiara de una fracción de ellos.

⁴⁴ CSJ. S.P., Rad. No. 11657 de 2-X-1997.

Rafael
190

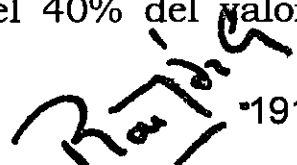
Conclusión a la que arriba la Sala tras valorar en conjunto los siguientes medios de prueba, en oposición al criterio uniforme esbozado por la defensa y el Ministerio Público:

El aforado, se reitera, conscientemente celebró el contrato sin verificar que en su trámite hubiese cumplido los requisitos legales esenciales y, lo adicionó irregularmente el 13 de diciembre de 2006 toda vez que para construir la plaza de armas debió tramitar y celebrar un contrato adicional, conductas con las cuales dispuso jurídicamente de los anticipos junto con los demás funcionarios de la gobernación a él subordinados con los cuales los administraba, permitiendo que el consorcio contratista se apropiara de ellos.

El abuso de las atribuciones oficiales tenía como propósito favorecer al contratista. No otra intención se puede deducir, pues de haberse tramitado y celebrado el contrato acorde a la ley de contratación pública, y cursado y signado un contrato adicional los contratistas hubieran sido otros, y no se había dado la apropiación de los recursos.

El apoderamiento de los dineros en favor del consorcio contratista además de evidenciarlo la comisión del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, lo comprueba la apreciación de los siguientes medios de prueba:

Acorde con la cláusula cuarta del contrato, el gobernador ordenó cancelar al contratista el 40% del valor


-191

total en calidad de anticipo equivalente a \$1.500.012.378, líquido, con la condición de destinarlo exclusivamente al pago de actividades consignadas en el contrato de conformidad con el programa de inversión presentado por él, quien además debía entregar a la interventoría una relación detallada de los gastos discriminando cada una de las partidas canceladas con el anticipo, acompañada de las facturas y comprobantes de pago y los extractos bancarios.

Por virtud de la adición en valor y plazo del contrato por \$1.499.999.096.03 suscrito el 13 de diciembre de 2006, el departamento cumpliendo con la cláusula sexta dispuso entregar al contratista como anticipo el 40% del valor total de la adición, \$581.999.649.42, líquido.

A través de las órdenes números: 001929-GOB y 005762-GOB de 16 de mayo y 15 de diciembre de 2006 la Gobernación de Arauca ordenó pagar al contratista las sumas de \$1.500.012.378.80⁴⁵ y \$581.999.649.42⁴⁶, para un total de \$2.122.854.845.21⁴⁷, y con las actas de anticipos de esas mismas fechas firmadas por el Tesorero Departamental y el contratista constando la entrega de los cheques por esas cantidades, se acredita la cancelación de los anticipos.⁴⁸

Al tenor de los extractos de la cuenta de ahorros No. 317-267320-20 del Banco de Colombia en la que fueron manejados los aludidos recursos, correspondientes al período comprendido entre el 21 de mayo de 2006 y el 31 de julio de

⁴⁵ Fl. 160 c.o.1 Fiscalía.

⁴⁶ Fl. 167 c.o. 1 Fiscalía.

⁴⁷ Fl. 37 c.o.2 Fiscalía.

⁴⁸ Fls. 211 y 212 c.o.1 Fiscalía.

Rafael
192

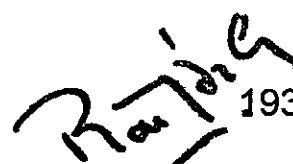
2007⁴⁹, obran los siguientes movimientos: el 23 de mayo fue consignado el primer anticipo por \$1.500.012.378, el 26 del mismo mes se hizo un traslado por \$800.000.000 quedando un saldo de \$696.812.358, el 14 de septiembre se realizó un traslado de fondo débito por \$300.000.000 para un saldo de \$400.846.772.04, el 11 de octubre hay otro traslado depósito por \$100.000.000 resultando un saldo de \$299.995.433.17, el 15 de diciembre se consignó en cheque el anticipo del adicional 01 por \$581.999.649.42 pasando la cuenta a un saldo de \$883.142.033.98, el 19 de diciembre se efectuó un traslado depósito por \$100.000.000 quedando un saldo de \$783.142.013.89, y el día 20 del mismo mes de diciembre se realizó un traslado depósito por \$330.000.000, quedando en la cuenta \$451.816.993.98.

En el año 2007, el 28 de febrero obra un traslado de fondos por \$150.000.000 y en consecuencia un saldo de \$ 303.855.318.29, el 12 de marzo de 2007 obra otro traslado de fondos por \$100.000.000 arrojando un saldo de \$203.802.560.29, para el 30 de junio la cuenta conservaba \$204.485.832.⁵⁰

Pese a los anteriores retiros, de conformidad con el acta parcial No. 1 del período comprendido entre el 22 de mayo de 2006 al 11 de junio de 2007, aprobada por la administración departamental con el visto bueno del aforado, el contratista y la interventoría por valor general de \$906.176.087.84, se reconoció y aceptó por las partes como amortizado del

⁴⁹ Fl. 183 a 191 del c.o.2 Fiscalía.

⁵⁰ Fl. 183 c.o.2 Fiscalía.


193

anticipo total la suma de \$362.470.435.14, quedando un valor neto a cancelar de \$543.705.652.70⁵¹.

Y, según el informe complementario del acta parcial No.1 de agosto de 2007 firmado por el supervisor del contrato y el Secretario de Infraestructura Física, hecho el corte del período de 22 de mayo de 2006 al 11 de junio de 2007, con el fin de determinar el valor del acta parcial No. 1 y el % de avance de la obra, resultó éste ser de un 17% aproximadamente acumulado.

En ese mismo sentido, el 17 de agosto de ese año de 2007, para efectos del pago del acta parcial mencionada la interventoría informó al supervisor del contrato⁵² que el contratista había ejecutado obras por \$957.403.519.76 equivalente al 18% de su valor total, amortizando del anticipo \$382.961.407.90” restando por cancelar \$574.442.111.86. Certificó, además, que revisadas las cantidades y los costos de los ítems incluidos en el acta encontró que estaban acordes con lo ejecutado en los frentes de obra, razón por la cual la suscribió a satisfacción y autorizó su pago por una suma neta de \$574.442.111.86, que resultó de restar al bruto el correspondiente al amortizado del anticipo, se reitera, \$382.442.111.86.

Concluye la Sala, entonces, que para el 11 de junio de 2007 fecha del corte de este período el contratista había amortizado \$362.470.435.14 de los \$2.082.012.028,00 que había recibido en calidad de anticipo, suma inferior a la

⁵¹ Fl. 276 c.o.1 Fiscalía.


⁵² Fl. 270 c.o.1 Fiscalía.

retirada de la cuenta de ahorros que manejaba en conjunto con el supervisor del contrato equivalente a \$1.880.000.000.

Es importante destacar que el contratista, el 26 de mayo de 2006, hizo un retiro de 800 millones de pesos sin que la administración hubiese contratado la interventoría encargada de velar por la ejecución del contrato y el buen uso de los recursos del anticipo, infringiendo de este modo las condiciones del contrato.

Queda demostrado, en consecuencia, que el contratista se venía apropiando de los recursos al no utilizarlos plenamente en las actividades propias de la ejecución del objeto del contrato, privando al departamento de la facultad de disponer de ellos. A una conclusión distinta no puede arribar la Sala tras valorar en conjunto: el retiro de la mayor cantidad de dinero de la cuenta de ahorros sin reflejo en las obras ejecutadas, el valor ínfimo amortizado reconocido por la administración conjuntamente con la interventoría y aceptado por el contratista, el retiro de dineros previo a la contratación de la interventoría externa por parte de la entidad territorial, y el contratista negarse sistemáticamente a presentar el informe de los gastos efectuados con el anticipo acompañado de los comprobantes, pese a los múltiples requerimientos hechos por la interventoría.

Al retirar los caudales de la cuenta bancaria y no invertirlos como correspondía, el contratista realizó actos externos de disposición con el evidente propósito de detentarlos obteniendo una ventaja patrimonial, privando a la

 195

administración del poder de disposición y custodia, consumándose el punible en examen.⁵³

En escritos remitidos el 30 de enero de 2007 por la representante de la empresa interventora, TATIANA GIL, tanto al consorcio contratista como al supervisor JAIME DÍAZ ÁLVAREZ, ya advertía que el consorcio contratista venía haciendo mal uso de los dineros del anticipo, denotando su preocupación por la insistente negativa a suministrar la información necesaria para justificar y soportar su inversión, ya que para esa fecha solo había entregado soportes de gastos por \$448.200.967, permaneciendo sin explicar la suma de \$1.051.811,411,00, amén que el avance físico de la obra solo ascendía a \$126.613.935,38. Además, dijo no venía presentando el extracto bancario del último trimestre de 2006.

Recuérdese que para el 26 de mayo de 2006, es decir, 8 meses antes, ya había retirado \$800.000.000, suma superior a la amortización hecha meses después.

Por esa razón la interventoría en el aludido oficio a él dirigido, pidió adicionalmente al supervisor del contrato, no autorizar más desembolsos de recursos provenientes del anticipo, hasta que el contratista no justificara y aclarara los destinos dados a las sumas ya giradas, y se definieran las reales actividades y cantidades ejecutadas.

⁵³ CSJ. S.P. Rad. No. 38188 de 18-IV-2012.

Anomalía que la misma interventoría destacó nuevamente al supervisor DÍAZ ÁLVAREZ, el 21 de febrero de 2007, manifestando que había transcurrido 9 meses desde el inicio de las obras y el contratista pese a haber dispuesto del “70% (\$1.000.000.000)” de los dineros entregados de anticipo, los materiales adquiridos y los soportes que presentó como gastos del contrato equivalían al 33% de lo recibido, y la obra ejecutada alcanzaría para amortizar el 8% del total entregado como anticipo, es decir, los recursos no se reflejaban en el avance de la obra. Motivo por el cual le pidió expedir un acto administrativo imponiendo al contratista las cantidades de obra a ejecutar, o en su defecto diera por terminado unilateralmente el contrato y dispusiera su liquidación en el estado en que se encontraba.

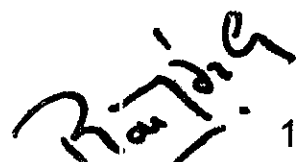
Con oficio de 15 de marzo del mismo año 2007 le hizo saber al supervisor, la interventoría, que el plazo otorgado al contratista para justificar los gastos hechos con el anticipo venció el 12 de febrero y no cumplió con ese deber, motivo por la cual estimaba necesario acudir a la oficina jurídica del departamento para iniciar el proceso a fin de hacer efectiva la póliza de cumplimiento relacionada con el buen manejo de los recursos del anticipo, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiera lugar.

De otro lado, si bien es cierto, como lo destaca el defensor, que el informe de la interventoría presentado para el pago del acta parcial No. 1, en los aspectos financiero⁵⁴ señala que revisada la relación de gastos aportada por el contratista,

⁵⁴ Fl. 123 c.o.3 Fiscalía.

presenta gastos acumulados hasta la fecha del corte por \$1.897.522.103.00 equivalente al 91% del monto total del anticipo, existiendo un saldo en la cuenta de ahorros de \$204.485.832.00, que los gastos sumados hasta el mes de octubre de 2007 reflejan un monto superior a lo recibido en calidad de anticipo, y que si bien dichos recursos no han sido manejados conjuntamente con la interventoría, revisó las facturas, comprobantes de egreso y demás documentos que soportan las erogaciones o pagos de materiales, repuestos, equipos, herramientas, mano de obra, gastos administrativos, etc., están destinados al cumplimiento del objeto contractual; también lo es que estas manifestaciones son desvirtuadas totalmente, por la misma interventoría y por el acta parcial No. 1 y los documentos que le dan soporte, firmada tanto por el contratista como por la propia representante legal de la interventoría, el supervisor del contrato, el Secretario de Infraestructura Física, y la Asesora Jurídica del Departamento, con el visto bueno del gobernador entonces JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, reconociendo como suma amortizada del anticipo \$362.470.435.14, sin que el contratista o la interventoría la impugnara.

Con base en dicha acta la administración departamental canceló al consorcio contratista la suma que resultó de restar el valor reconocido de las obras ejecutadas el de la amortización, por cumplir, además, con las exigencias del contrato.


198

Acta que por avenirse a las reglas que regían el contrato son de recibo para la Sala. En efecto, la cláusula quinta sobre la forma de pago reza:

“El departamento pagará al contratista el 40% del valor del contrato en calidad de anticipo, previo el perfeccionamiento y cumplimiento de los requisitos de ejecución. Hasta un 90% del valor del contrato se pagará mediante presentación de actas parciales de obra ejecutada, formuladas por el contratista de acuerdo con las cantidades de obra aceptadas por la interventoría e información de la veeduría y a satisfacción del departamento de acuerdo con los términos de referencia”.

Además, la resolución No. 0039 de 14 de enero de 2010, por medio de la cual la Gobernación del Departamento de Arauca declaró la caducidad del contrato, lo ratifica.

Ciertamente, tuvo como parte integral de la liquidación el balance final del contrato con miras a determinar las obligaciones financieras de cada una de las partes, así: “Valor anticipos: \$2.122.854.845.22; acta 1, valor del acta \$906.176.087.84, amortización anticipo \$362.470.435.14. Acta 2, valor acta \$1.170.448.816.91, amortización anticipo \$468.179.526.76. Acta de recibo final, valor del acta: \$302.345.234.08, amortización anticipo \$302.345.234.08. Valor a favor del contratista reconocido en la liquidación: \$84.996.993.87. Valor descuentos de anticipo, \$40.842.817.00. Valor a reintegrar de anticipo no amortizado: \$864.019.838.37. Saldo por liberar a favor del departamento \$2.843.169.980.33.

Del balance anterior, dedujo la resolución, lo siguiente:

“Dado que no fueron ejecutadas la totalidad de las obras previstas en el contrato, y que por tal razón solo se tramitaron dos (2) actas de obra

Ratified 199

parciales, no se amortizó la totalidad de los recursos entregados al contratista en calidad de anticipo, lo que da como resultado que el contratista deba reintegrar al departamento la suma de OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON 37/100 (\$864.019.838.37), para quedar a paz y salvo por este concepto.

"Además el contratista tiene pendiente de cancelar al Departamento el valor de las multas aplicadas por parte de la entidad por causa del incumplimiento de sus obligaciones durante el desarrollo del contrato, las cuales ascienden a la suma de CIENTO VEINTE MILLONES QUINIENTOS VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS CON 36/100 (\$120.521.250.36), además de la impuesta por haberse decretado el incumplimiento definitivo y la caducidad del contrato.

Por otra parte, a causa del incumplimiento definitivo en su obligación de ejecutar el objeto del contrato dentro de los plazos fijados por la entidad contratante y sus respectivas prórrogas y suspensiones, se decretó la caducidad administrativa del contrato según Resolución No. 2878 del 19 de noviembre de 2008, acto administrativo que fue ratificado mediante la Resolución 0770 del 14 de abril de 2009, generándose una sanción pecuniaria del 10% sobre el valor no ejecutado del contrato, el cual asciende a la suma de \$2.843.169.980.33, lo que resulta en una sanción de DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON 03/100 MCTE (\$284.316.998.03).

"Igualmente se adeuda por parte del contratista el saldo de los pagos parafiscales a la Caja de Compensación correspondiente a cuatro meses de actividades y el pago total al SENA por concepto del fondo industrial de la construcción (FIC), deuda que asciende a la suma de DOCE MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS CON 74/100 MTCE (\$12.084.950.74).

"De igual manera el contratista debe cancelar el valor de SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS CON 00/100 MCTE (\$7.160.591.00) en razón de rendimientos financieros generales de la cuenta No. 317-267320-20 de Bancolombia, cuenta en la cual se manejaron recursos girados para la ejecución de la obra. Estos dineros deben ser cancelados en la Tesorería Departamental.

"Se concluye entonces que el contratista le adeuda al departamento un total de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO TRES MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 50/100 (\$1.288.103.628.50), por concepto de sanciones impuestas durante la ejecución del contrato, sanción por incumplimiento definitivo, reintegro de anticipo no amortizado en actas de obra y pagos pendientes de aportes parafiscales y rendimientos financieros...

"ARTÍCULO TERCERO: Requerir al contratista y a la compañía de SEGUROS CÓNDOR S.A. para que le cancele al DEPARTAMENTO DE ARAUCA el valor establecido en el balance final elaborado por la interventoría, el cual asciende a la suma de \$MIL DOSCIENTOS

200

OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO TRES MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 50/100 (1.288.103.628.50), resultante de sanciones impuestas durante la ejecución del contrato, sanción por incumplimiento definitivo, reintegro de anticipo no amortizado en actas de obras y pagos pendiente de aportes parafiscales y rendimientos financieros.

Estos argumentos también degradan el informe presentado por el perito VEGA RODRÍGUEZ, aducido por la defensa como prueba de que el anticipo fue correctamente invertido, puesto que contiene la transcripción del presentado por la interventoría para el pago de la aludida acta parcial No.1, cuyo contenido ha sido desvirtuado por la Sala en lo que a este aspecto atañe, incurriendo en la misma inconsistencia que aquella ya que no obstante aseverar que dichos recursos fueron gastados en la obra, terminó reconociendo que el contratista no había amortizado con los dineros del anticipo, para esa época, \$362.470.435.14.

Quiere decir lo anterior, que de los \$1.880.000.000 del anticipo que el contratista retiró de la cuenta hasta el 12 de marzo de 2007 no demostró a la interventoría y a la administración departamental, antes del 19 de noviembre de 2008, fecha en que se declaró la caducidad, que dicha suma la destinó al pago de las actividades propias del objeto contractual, ya que no amortizó \$864.019.838.37.

No es cierto que esta diferencia se presentara por la falta de reconocimiento de un material encontrado en el sitio de la obra, ya que en el balance final contenido en la resolución de liquidación le fue reconocida por este concepto la suma de \$84.996.993.87, como lo reconoció TATIANA GIL en su declaración; ni que por desacuerdos entre el contratista y la

Rafael
201

interventoría ésta se abstuviera de reconocerle más valores amortizados, pues de haber ello ocurrido, el consorcio habría acudido a los llamados de la gobernación para realizar bilateralmente la liquidación, aportando la prueba necesaria para demostrar que todos los recursos del anticipo retirados los había gastado en las obras del contrato, sin embargo, y pese a los reiterados llamados de la administración con ese propósito no acudió, ni hay prueba que se opusiera a la liquidación unilateral efectuada.

En efecto, luego de transcurrido el plazo contractual y recibidas las obras por la interventoría, la administración pidió formalmente al contratista acudir con el fin de elaborar la liquidación en forma bilateral, citándolo en tres ocasiones los días 7 y 21 de mayo y el 10 de junio de 2009, empero, debido a que los términos para realizar la liquidación de mutuo acuerdo finalizaron sin que el contratista se presentara con la documentación necesaria para adelantar la diligencia, el departamento se vio compelido a liquidar el contrato de forma unilateral, como lo dispone el artículo 1150 de 2007, en armonía con la cláusula 19 del contrato, que dice:

“La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o su equivalente, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los 2 meses siguientes,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

Es obvio, entonces, deducir, contrario al parecer de LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, que si el contratista no se presentó a participar en la liquidación bilateral fue porque no tenía cómo demostrar que la interventoría caprichosamente se negaba a reconocerle algunos valores pues si contaba con la prueba que acreditaba su buen manejo, no concurría razón lógica admisible que justificara su ausencia ante la administración para hacerla valer. O de pervivir diferencias con la administración departamental acudir para solucionarlas.

Ahora, el hecho que el contratista haya demandado a la gobernación de Arauca inconforme con la liquidación, para nada debilita los argumentos de la Sala, pues es evidente que la apropiación en los términos exigidos por el delito analizado se presentó desde pocos días después de consignados los primeros recursos del inicial anticipo, pues pasados varios meses y pese a los insistentes requerimientos de la interventoría no justificó su inversión en las obras.

No es plausible la tesis del testigo BALAGUERA BALAGUERA referente a que la interventoría exigía al contratista los soportes inmediatos de los gastos y de no hacerlo lo requería, pues como ya se vio para el 11 de junio de 2007 ya había retirado la mayor parte del anticipo

\$1.880.000.000 de la cuenta de ahorro, y pese a haber transcurrido más de un año para la fecha de la liquidación del contrato, no justificó la inversión de esos recursos en su objeto.

Si la administración no le canceló algunas obras, según dice el contratista GIOVANNY ZORRO LÓPEZ, obviamente fue porque no presentó los comprobantes exigidos. Sin embargo, dicha situación por sí misma no hace desaparecer la apropiación, pues la liquidación unilateral se produjo muchos meses después de producidos los retiros de dinero de la cuenta de ahorro, sin que el contratista justificara oportunamente su uso en las obras del contrato.

Tampoco lo es que la apropiación no se haya configurado, como lo sostiene el procesado y la defensa técnica, apoyados en la declaración de LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, porque la compañía aseguradora en la transacción con la gobernación se comprometió a terminar la ejecución del proyecto, ya que ello sucedió precisamente al reconocer que el siniestro ocurrió, en particular, el relativo al mal manejo del anticipo.

Así lo revalidó OLGA PATRICIA SIERRA CASTILLO, quien intervino en la transacción como representante de Seguros Cóndor S.A., aseverando que ella ocurrió en virtud al incumplimiento del contratista en el manejo del anticipo, teniendo la compañía como opción indemnizar o ejecutar el proyecto, alternativa última que escogió.


204

El convenio, explicó, consistió en que la aseguradora asumió la ejecución de la obra en los términos inicialmente convenidos sustituyendo al contratista, con la salvedad que como no eran contratistas consiguieron otra persona que terminara las obras, y como la compañía para la época de la declaración se encontraba en proceso de liquidación, estaban en la búsqueda del contratista para hallar la forma de hacer el recobro de la obligación por ellos asumida con ocasión de la póliza de seguro. El amparo que se siniestró, precisó, fue el de anticipo, por lo tanto, procedieron a reparar el valor no amortizado por el contratista, y a la ejecución total del contrato para evitar la afectación del amparo de incumplimiento.

El acuerdo de transacción entre la Gobernación del Departamento de Arauca y la Compañía Aseguradora Cóndor S.A. el 20 de diciembre de 2011, por medio del cual asume en calidad de garante el contrato No. 069 de 2006, así lo convalida:⁵⁵

“Que en aplicación de lo dispuesto en el contrato 069 de 2006, la gobernación de Arauca entregó la suma de \$2.122.854.845.22 de pesos a título de anticipo al CONSORCIO ECO-PARQUE 2006.

“Que de acuerdo con lo informado por el interventor del contrato y de acuerdo a las actas de obra causadas se ha amortizado \$1.217.992.85.

Que teniendo en cuenta la liquidación realizada por la gobernación de Arauca, se observó que la ejecución real de las obras ha sido de \$2.463.132.70 y en consecuencia existe un saldo por ejecutar de \$2.843.169.980.33.

Que una vez decretado el siniestro de CADUCIDAD ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO, el asegurador propone subrogarse en las obligaciones del contratista, para como garante terminar la obra contratada, en observancia a las especificaciones técnicas contractuales.

⁵⁵ Fl. 210 anexo 8^a.

Que en razón al no cumplimiento en las obligaciones del contrato se permite que la ASEGURADORA CÓNDOR S.A., en condición de garante y responsable solidaria del contratista, se subrogue en las obligaciones del contratista y termine las obras contratadas. Lo anterior con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No...., expedida por la Compañía de Seguros Generales CÓNDOR S.A.

Que la compañía de Seguros Generales CÓNDOR S.A., se refirió a la forma en que puede realizarse su intervención de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y el artículo 1110 del Código de Comercio. Sobre este tema la Aseguradora manifiesta: "opciones del asegurador: Como se expresó antes, tratándose de seguros de daños el objeto de la prestación indemnizatoria es la reparación del daño compensatorio, como quiera que se pretende es restituir al asegurado a la situación en que se hallaría de no haberse presentado el siniestro. El pago de la indemnización puede ser efectuado por el asegurador en numerario o mediante la reparación, reconstrucción o reemplazo del bien asegurado Art. 1110 del Código de Comercio, es decir, tiene cabida el cumplimiento en especie y la ejecución equivalente. De manera que su obligación de indemnizar se traduce en el pago de una suma de dinero, pero para nada obsta que opte por la indemnización natural" las condiciones generales de la póliza frente al tema que nos ocupa, expresa:..."De conformidad con lo previsto en el artículo 1110 del Código de Comercio, la indemnización podrá ser pagada mediante la reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados, a opción del Asegurador"

"Por lo anterior, teniendo en cuenta que la Aseguradora manifestó expresamente su voluntad de asumir la ejecución de la obra correspondiente al Contrato No. 069 de 2006, en la parte faltante por ejecutar, como garante del CONSORCIO ECO-PARK 2006. Se dispone a suscribir un acuerdo entre la Compañía de Seguros Cóndor S.A. y la Gobernación de Arauca, amparado en las pólizas respectivas y por medio del cual se permite que la Compañía Aseguradora asuma directamente la ejecución de las obras del Contrato No. 069 de 2006, en calidad de garante del CONSORCIO ECO-PARK 2006. La inscripción del mencionado acuerdo haría improcedente el cobro de la cláusula penal, de las multas parciales y del anticipo por amortizar, toda vez que no se puede pretender el pago del valor afectado del amparo de cumplimiento y la ejecución del contrato".

Además, la apropiación exigida por el tipo penal en examen, se insiste, se configura cuando el sujeto activo extrae de la esfera de dominio o custodia del propietario, poseedor o tenedor de los caudales, circunstancia que ocurrió cuando el contratista, con la aquiescencia de la administración, retiró la mayor cantidad de los recursos de la cuenta de ahorros, y no

R. Acosta B. 206

los invirtió totalmente en las actividades del objeto del contrato, pasando varios meses sin explicar la inversión, finalmente no amortizada la totalidad de los dineros recibidos como anticipo, sin que degrade su presencia el que la aseguradora hubiese reparado al departamento con motivo del siniestro la suma dejada de amortizar ejecutando la obra en su valor equivalente, y el resto que faltaba.

De modo que la ausencia de detrimento patrimonial del departamento porque la Aseguradora Cóndor SA., realizó las obras que faltaban incluyendo las equivalentes a la suma no amortizada, no desvirtúa la concurrencia de la apropiación como lo pregonan el Ministerio Público y la defensa, pues se insiste, ésta converge cuando los dineros fueron extraídos de la esfera de dominio o custodia de la administración departamental, privándola de la facultad de disponer de ellos, y en este caso se comprobó que el contratista no invirtió en las obras la suma de \$ 864.019.838.37.

Esta particularidad de la apropiación es la que debilita el argumento defensivo consistente en que si no hay deterioro patrimonial para la entidad pública no hay peculado por apropiación, pues como se viene reiterando, para que se tipifique este delito basta que los recursos salgan del dominio o custodia de la entidad pública, sin ser necesario que efectivamente haya menoscabo en los recursos públicos.

“La conducta se entiende consumada cuando el servidor público sustrae el bien o los bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de sus recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre efectivamente a disfrutar o

gozar de aquellos, basta con el hecho de impedir que el Estado siga disponiendo de los recursos confiados al servidor público.⁵⁶

Así entonces, que la Contraloría General de la República venga sosteniendo que no hay detrimento patrimonial cuando se cumpla la obra o se restituyan los recursos, como lo pregonaba la defensa, y que la aseguradora haya realizado la obra incluyendo la correspondiente al valor no amortizado; no tiene la virtud de enervar la presencia de la apropiación.

No es veraz, que habiendo reconocido la administración departamental en la resolución que declaró la caducidad del contrato que el consorcio ejecutó el 44.82% de las obras al liquidar el contrato, porcentaje también mencionado por el Ingeniero VEGA RODRÍGUEZ en su dictamen como lo evoca el defensor, aceptó que construyó más del 40% del valor total del proyecto entregado como anticipo; ya que se patentizó que no amortizó la suma atrás indicada y, que además de los recursos aceptados como invertidos en las actividades del objeto contractual procedentes del anticipo le fueron cancelados otros dineros del contrato con las actas parciales 1 y 2 y el acta final, tal cual quedó discriminado en la resolución de liquidación examinada.

En concreto, es necesario recordar como evidencia de los actos de apropiación atrás enunciados, que para el 30 de enero de 2007 la interventoría había hecho notar al contratista y al supervisor el mal manejo que le venían dando, destacando que el primero se negaba a suministrar la información necesaria para explicar su inversión, en tanto

⁵⁶ CSJ S.P. Rad. No. 38396 de 10-X-012.


que el alcance de la obra para esa fecha ascendía tan solo a \$126.613.935.38; y que el 21 de febrero del mismo año, reiteró al supervisor DÍAZ ÁLVAREZ que la obra realizada alcanzaría para amortizar el 8% del anticipo.

Que el 21 de febrero siguiente la interventoría le informó al supervisor, entre otras cosas, que transcurridos 9 meses desde el inicio de las obras solo se tenía una ejecución del 3%, pese a que el contratista había dispuesto del 70% (\$1.000.000.000) de los dineros entregados sin que los recursos se vieran reflejados en el avance de la obra.

Añadió, además, que el contratista había recibido el 70% de los recursos del anticipo para la ejecución de la obra, pero los materiales adquiridos y los soportes que presentó como gastos del contrato equivalían al 33% de lo recibido, y la obra ejecutada solo alcanzaba para amortizar el 8% del total entregado como anticipo.

El 22 de marzo del mismo año de 2007, la interventoría le recordó al contratista que el 30 de enero le había hecho saber la preocupación que le asistía por la reiterada negativa a suministrarle la información necesaria que justificara y soportara la inversión de los valores del anticipo, de los cuales estaba obligado a rendir cuentas mensuales a la interventoría, según la cláusula 6 del contrato.

Para esa fecha, precisó, solo había entregado soporte de gastos por \$448.200.967, es decir, no había justificado costos por \$1.051.811.411, ni había entregado el extracto bancario

 209

correspondiente al último trimestre de 2006, para verificar qué saldo permanecía en la cuenta conjunta, sin que las solicitudes y plazos hubiesen sido atendidos por el contratista⁵⁷

Es preciso recordar que para esas calendas el contratista ya había retirado de la cuenta de ahorros \$1.650.000.000, \$800.000.000 de ellos el 26 de mayo, \$300.000.000 el 14 de septiembre, \$100.000.000 el 11 de octubre, \$100.000.000 millones el 19 de diciembre, y \$330.000.000 el 20 de diciembre de 2006, habiendo transcurrido varios meses sin que justificara su inversión, no solo transgrediendo los compromisos contractuales de presentar informes a la interventoría junto con las facturas y comprobantes que los soportaran, sino dando muestras claras de la apropiación de los recursos.

Además, con oficio del 25 de septiembre de 2007, con el cual la interventoría presentó a la administración departamental el informe No. 8 correspondiente al período comprendido entre el 25 de mayo al 24 de junio de esa anualidad, nuevamente hizo saber al supervisor DIAZ ÁLVAREZ la considerable mora en la ejecución de las obras, situación que es reiterativa, amén que el contratista no presenta un plan o programa de emergencia que le permita nivelar el avance de los trabajos.

Añadió de manera categórica:

⁵⁷ Fl. 99 anexo 6.

Raúl
210

"No se puede aceptar que transcurridos 16 meses desde que se suscribió el acta de iniciación de las obras, de los cuales 11 meses y medio son de ejecución y 4 meses y medio de suspensiones, el porcentaje acumulado sea apenas del 20%, cuando ha dispuesto de más de 2.000 millones de pesos, por concepto de anticipos y se le han concedido los plazos adicionales que han solicitado para el cumplimiento de sus obligaciones".

Con ocasión de esta situación pidió la terminación unilateral del contrato.

Carece de razón la defensa al pretender exonerar de responsabilidad al procesado aduciendo que no era su función el de manejar los recursos del anticipo soportado en las declaraciones en ese sentido rendidas por el Secretario de Infraestructura Física LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, la Jefe de la Oficina Jurídica LILIANA VIVAS PARADA, y el supervisor del contrato JAIME HUMBERTO DIAZ GRANADOS, pues ya quedó acreditado que la administración de los mismos estaba en él y las demás dependencias de la Gobernación, vale decir, la Secretaría de Infraestructura, Asesora Jurídica, Secretaría de Hacienda, Tesorería, etc., pero en concreto en él como ordenador del gasto recaía la dirección y control de su manejo, por lo tanto, es obvio deducir que sus subordinados actuaban de acuerdo con las directrices por él impartidas, y que habiendo ejercido el control no solo de la etapa previa sino de la ejecución del contrato, tuvo pleno conocimiento de los actos de apropiación de los recursos por parte del contratista.

Declarantes que faltan a la verdad, situación comprensible, pues de aceptar que el procesado tenía conocimiento de la apropiación, obviamente estarían

Raúl 211

admitiendo su responsabilidad penal en los hechos como posibles coautores.

De modo que si bien es verdad que los anticipos eran manejados por el contratista con el supervisor de la Secretaría de Infraestructura Física DÍAZ ÁLVAREZ, y que la interventoría debía informar a la Secretaría de Infraestructura Física sobre el manejo del anticipo, controlar la ejecución de las obras y avalar el pago de las actas parciales, también lo es, que el aforado como Gobernador tenía la dirección y vigilancia de la ejecución del contrato, por lo tanto, es fácil deducir que conoció las irregularidades que se venían presentando.

En fin, la valoración conjunta de estos medios de prueba transmiten a la Corte la certeza de que el aforado permitió al contratista que se apropiara de parte de los dineros del anticipo, ordenando con la suscripción del contrato y su adición girar los recursos del anticipo convenidos en esos dos actos.

Tipo subjetivo:

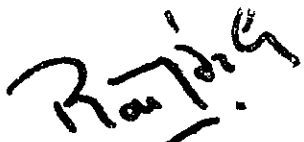
La ponderación de los medios de prueba acopiados al proceso, también transmite a la Sala la certeza que el acusado ACOSTA BERNAL, cuando cometió el punible sabía que permitía al contratista la apropiación de los recursos del anticipo.

Rafael

Ciertamente, demostrado como quedó que celebró el contrato de obra 069 de 2006, sin verificar, previo a abrir la licitación pública que no contaba con los diseños y planos definitivos del proyecto, y que no se había obtenido los permisos para el uso, aprovechamiento y/afectación de los recursos naturales; es fácil deducir el conocimiento que tenía que al ordenar a sus subordinados, con ese acuerdo, entregar el anticipo equivalente al 40%, permitía al contratista apropiarse de parte de esos recursos. Frente a tales irregularidades era evidente que éste no podría cumplir a cabalidad las condiciones del contrato en el plazo y en las condiciones de calidad convenidas, como efectivamente ocurrió, toda vez que no solo fue multado en varias ocasiones por sus reiterados incumplimientos, sino que se caducó y liquidó unilateralmente el contrato.

Igual deducción hace la Sala, en relación a que a sabiendas que para construir la plaza de armas era imprescindible tramitar y celebrar un contrato adicional, ilegalmente firmó el adicional en valor y plazo No. 01 de 13 de diciembre de 2006, ordenando con ello el giro del 40% del precio total al contratista como anticipo. Es innegable que conocía que con su proceder permitía el apoderamiento de una fracción de esos valores, pues era imposible para el contratista el cumplimiento oportuno de las obras pactadas sin la concurrencia de los estudios previos exigidos por la ley, antes de dar inicio a la licitación pública.

También evidencia dicho conocimiento, que el 13 de diciembre de 2006 el consorcio contratista hubiese retirado

 213

con el consentimiento del supervisor de la cuenta de ahorros del anticipo, \$1.200.000.000, los cuales no invirtió totalmente en las actividades del objeto contractual, sin embargo, ello no fue óbice para que el aforado suscribiera el adicional, consintiendo que el contratista continuara con la apropiación de los dineros públicos.

Estos hechos, se infiere, eran de la comprensión del procesado, por cuanto suscribió el contrato de consultoría con la interventoría externa, la cual comenzó a realizar sus labores el 12 de septiembre de 2006, y el consorcio contratista cuatro meses antes aproximadamente había retirado \$800.000.000 del anticipo, sin gastarlos hasta esa fecha en las obras.

Es obvio, deducir que el procesado tenía conocimiento del manejo de los recursos del anticipo ya que como ordenador del gasto, director y controlador del trámite y ejecución del contrato, como quedó demostrado en el examen del delito anterior, estuvo al frente de las incidencias ocurridas durante el desarrollo de dichas etapas por conocimiento directo, cuando asistía al lugar donde se construía el parque, y a través de los informes que le rendían sus subalternos en las reuniones que sostenía con ello para saber del desarrollo de las obras del contrato, entre ellos, LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, Secretario de Infraestructura y HUMBERTO DÍAZ ÁLVAREZ, supervisor del contrato, encargados de velar por la ejecución del contrato y, este último en particular, entre otras funciones, manejar

conjuntamente con el contratista los dineros del anticipo depositados en la cuenta de ahorros.

La cláusula sexta del contrato así lo estipulaba:

“Constituida y aprobada la garantía única, el anticipo se entregará al contratista luego de la presentación por parte del mismo de los respectivos documentos ante la Secretaría de Hacienda del Departamento. El contratista se obliga a manejar los fondos provenientes del anticipo en una entidad bancaria o corporación de ahorro legalmente autorizada, en la cual se abrirá una cuenta de ahorros conjuntamente con el interventor o el funcionario autorizado para tal fin, a nombre del proyecto, de tal manera que los retiros que se hagan se firmen por el contratista y el interventor o el funcionario autorizado. El anticipo se destinará en forma exclusiva al pago de las actividades consignadas en el contrato de conformidad con el programa de inversión presentado por el contratista quien entregará a la interventoría una relación detallada de dichos gastos en donde se discrimine cada una de las partidas que fueron canceladas con dineros entregados a título de anticipo, acompañada de copias de facturas y comprobantes de los pagos respectivos y extractos bancarios.

El departamento descontará al valor bruto de todas las cuentas presentadas por el contratista, el valor equivalente el 40% para amortizar el anticipo hasta que esta amortización cubra el anticipo recibido.

Además, las suspensiones de las obras aprobadas por la administración antes de suscribir la adición, evidenciaban al procesado la imposibilidad de su cumplimiento en el plazo fijado, sin embargo, ordenó su trámite y la suscribió de manera ilegal a fin de construir la plaza de armas, la cual no estaba contemplada en la etapa precontractual. Ordenó con ese acuerdo la entrega del anticipo a sabiendas que permitía al contratista apoderarse de al menos una parte de él ya que sin diseños ni estudios previos en general, era improbable construir la obra en el plazo y condiciones acordadas, como efectivamente ocurrió.

Ciertamente, el acta No. 1, de 11 de junio de 2006, dispuso suspender la ejecución de la obra por el término de

Rafael 215

90 días, en virtud a que las cantidades establecidas en el plan de inversión no correspondía al proyecto urbano-arquitectónico planteado por el diseñador, estando en curso un acta de modificación que acondiciona ítems existentes y planteaba la incorporación de otros nuevos, según convinieron quienes la suscribieron, por la administración departamental el Secretario de Infraestructura Física LIBARDO BALAGUERA y el supervisor del contrato DIAZ ÁLVAREZ, y el Representante Legal del contratista GIOVANNI ZORRO.

Por su parte con el No. 01 pero de 22 de junio de 2006, acordaron suspender la ejecución del contrato por 30 días, debido a que para esa fecha CORPORINOQUIA no había aprobado el plan de manejo ambiental, documento indispensable para la ejecución de los trabajos, y a que las cantidades establecidas en el plan de inversión del contrato no correspondían al proyecto urbano-arquitectónico que se debía realizar⁵⁸.

En tanto que con el acta No. 2, de 24 de octubre de 2006, la administración y el consorcio contratista acordaron suspender los trabajos por 15 días, con ocasión de los inconvenientes e inconsistencias de carácter arquitectónico, constructivo y estructural que presentaban los diseños del parque, siendo necesario reestructurar el proyecto para ajustarlo a las reales condiciones del terreno y a los requerimientos de tipo ambiental, amén de ser imprescindible introducir elementos arquitectónicos que evocaran el

⁵⁸ Fl. 214 c.o.1.

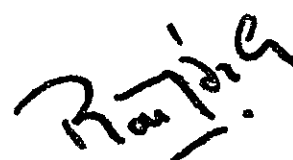
Raúl 246

concepto histórico, ecológico y turístico para el cual fue planteado el proyecto.

Suspensiones que emanaron claramente de la falta de planeación en la etapa precontractual y de pleno conocimiento del aforado, que tipificaron el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en consecuencia, la intención de construir la plaza de armas sin estar incluida en los estudios previos y a través de una adición ilegal al contrato en ejecución, es una muestra más de que su propósito no era otro que permitir a la firma contratista acceder a mayores recursos pese a tener conocimiento de que en el plazo y en las condiciones determinadas no podía cumplir.

Además, la actitud asumida por el procesado luego de suscribir la adición del contrato, el 13 de diciembre de 2006, frente a las reiteradas comunicaciones enviadas por la interventoría al contratista y a la administración que él dirigía, por los incumplimiento de aquél a las obligaciones del contrato; de no sancionarlo por el mal manejo del anticipo, ni caducar el contrato mientras estuvo al frente de la gobernación, ratifican que era consciente que con su proceder había permitido el apoderamiento de los dineros, y que los inobservancias habían sido provocadas por su proceder ilícito, con participación del contratista y demás funcionarios encargados del proceso contractual.

Sobre las infracciones a los compromisos, el contrato preveía:

 217

“Cláusula decima sexta: Multas. En caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, éste autoriza expresamente, mediante el presente documento al departamento de Arauca, para efectuar la tasación y cobro, sin previo requerimiento, de multas del uno por ciento (1%) hasta el 10% del valor total del contrato. Las multas serán descontadas de los saldos a favor del contratista, contenidas en actas parciales, en el acta final según sea el caso. En el evento en que no puedan ser descontadas oportunamente o no sean pagados dentro del mes siguiente a su tasación, por parte del contratista, se incluirán en la liquidación efectuada, la cual prestará mérito ejecutivo. De las multas tasadas, impuestas y cobradas se informará a la Cámara de Comercio.

Décima Novena. Liquidación del contrato. El presente contrato se liquidará de común acuerdo entre las partes al cumplimiento de su objeto, o a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguiente, contados a partir de la fecha de terminación de la vigencia del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene su terminación, en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes, para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para la liquidación se exigirá al contratista, la extensión o ampliación si es el caso, de la garantía del contrato, para amparar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del mismo. PARAGRAFO. Si el contratista, no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa o unilateralmente por el departamento, que se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

Vigésima. Caducidad. El departamento, podrá declarar la caducidad administrativa del presente contrato en forma inmediata mediante resolución motivada, en los términos del artículo 17 de la Ley 80 de 1993”.

Por su parte, la Resolución No. 561 de 2002 expedida por la Gobernación del Arauca por medio de la cual estableció las causales, cuantías y procedimientos para hacer efectivas las multas pactadas en los contratos celebrados por el departamento⁵⁹, en lo pertinente prescribía:

“Artículo 8. Imposición de la multa y notificación. Cuando las unidades ejecutoras que tengan a su cargo el proyecto, bien o servicio, conozcan la ocurrencia de cualquier evento señalados en la presente resolución, en los pliegos de condiciones, términos de referencia o en el

⁵⁹ Fl. 90 c.o.1.

contrato, deberán requerir al contratista dentro de los cinco (5) días siguientes, para que informe al Departamento las razones de su incumplimiento y proceda a realizar las acciones o efectuar los correctivos necesarios.

Si no se obtiene respuesta del contratista y se mantiene la causal de incumplimiento, se requerirá por segunda vez, dentro de los cinco (5) días siguientes a la primera solicitud.

Copia de tales comunicaciones serán enviadas en las mismas fechas, al garante o asegurador.

Si el contratista no responde dentro de los cinco (5) días siguientes al envío de la segunda comunicación, o el Departamento de Arauca considere injustificada las razones por él expuestas, la Unidad Ejecutora proyectará el respectivo acto administrativo debidamente motivado, mediante el cual se hace efectiva la cláusula de multas, el cual se remitirá a la Oficina Jurídica para su revisión, firma del Gobernador y su respectiva notificación.

Dicho acto administrativo será susceptible del recurso de reposición, con el cual se agota la vía gubernativa.

Surtida la notificación por parte de la secretaría del despacho del Gobernador y en firme el acto administrativo, remitirá copia del mismo a la Oficina Jurídica y a la Unidad Ejecutora respectiva.

De acuerdo con esta reglamentación es inconcuso que el procesado debió no solo sancionar al contratista con multas, sino caducar el contrato mientras estuvo al frente de la gobernación, debido al evidente incumplimiento en sus obligaciones contractuales y los constantes requerimientos hechos por la interventoría sin respuesta oportuna, cosa que no hizo, pues tan solo le impuso una multa por la no presencia del arquitecto residente ya terminando su mandato, en noviembre de 2007, pero no por el mal manejo del anticipo.

Así lo evidencia las comunicaciones enviadas por la interventoría tanto al contratista como a la administración, advirtiéndolo del incumplimiento reiterado y prolongado de los compromisos contractuales:

Raúl 219

En el comité de obra realizado el 9 de octubre de 2006 al cual asistió el entonces gobernador ACOSTA BERNAL, éste le hizo saber personalmente al contratista que habiendo acudido al sitio de la obra el día 7 del mismo mes no había encontrado los avances que esperaba.

El 4 de diciembre de 2006 la interventoría le pidió al contratista las copias de afiliación del nuevo personal contratado para la obra porque hasta ese momento no lo había hecho, además, de los documentos relativos a la afiliación y pago de aportes del ingeniero industrial a cargo de la Coordinación de Seguridad Industrial.

En el comité de obra realizado el 5 de diciembre de 2006, la firma contratista se comprometió con la administración departamental y la interventoría a entregar, entre otros documentos, los planos definitivos el 11 de diciembre de 2006, copia de las nóminas y la relación de gastos del anticipo mes a mes, y realizar la programación de los trabajos a ejecutar una vez tuviera los diseños definitivos.⁶⁰

El 19 de diciembre de 2006 la interventoría le reiteró al contratista la petición anterior, advirtiéndole que de no cumplir le impondrían las multas pactadas en el contrato.⁶¹

Pese a que la adición del contrato se dio el 13 de diciembre de 2006, ocho días después, el 22 del mismo mes, la interventoría le llamó la atención al contratista porque al

⁶⁰ Fl. 66 c.o.1.

⁶¹ Fl.66 c.o.1.

visitar las obras no encontró personal laborando desde el 18 de mismo mes.⁶²

El 30 de enero de 2007, nuevamente la interventoría transmitió al consorcio contratista la preocupación que le asistía, a la interventoría, por la reiterada negativa a suministrar la información requerida para justificar y soportar la inversión del anticipo estando obligado a rendirle cuentas mensuales, de conformidad con la cláusula sexta del contrato.

Además, le informó sobre el anticipo y los gastos realizados hasta ese instante, lo siguiente:

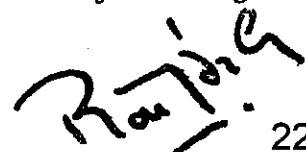
“El valor neto recibido por ustedes fue de \$1.500.012.378.00 y a la fecha de hoy solo han entregado soportes de gastos por valor de \$448.200.967.00, es decir, no se han justificado gastos por valor de \$1.051.811.411.00, y no ha hecho entrega del extracto correspondiente al último trimestre de 2006 para verificar que el saldo de estos dineros permanecían en la cuenta para ese momento.

Lo anterior es más preocupante aún si consideramos que el avance de obra física solo asciende a la suma de \$126.613.935.38 y si bien es cierto que en los campamentos de la obra se encuentran almacenadas una buena cantidad de materiales su valor no supera el monto ya señalado de gastos justificados y soportados.

Así las cosas, le solicitamos nuevamente allegar a esta interventoría una relación de los gastos pagados con los dineros entregados por la entidad en calidad de anticipo, anexando las facturas, comprobantes de egreso y demás soportes de tales gastos, y que corresponda a necesidades propias de la marcha del contrato, pues de lo contrario no serán tenidas en cuenta. Igualmente se deben anexar los extractos bancarios o certificaciones en las que sea posible verificar los movimientos de la cuenta conjunta hasta el mes de enero de 2007.

“Esperamos la remisión de los documentos solicitados a más tardar para el lunes 12 de febrero de 2007, de lo contrario, en caso de no obtener respuesta, o que las inversiones no correspondan a lo previsto en el objeto contractual, notificaremos a la oficina asesora jurídica y a la

⁶² Fl. 36 c.o.1.



compañía aseguradora para que se haga efectiva la póliza que ampara al departamento del mal uso que se le den a estos dineros."

Intranquilidad que en términos similares hizo conocer al supervisor del contrato, JAIME DÍAZ ÁLVAREZ, el mismo 30 de enero de 2007⁶³:

"Esta comunicación tiene por objeto manifestarle a usted nuestra preocupación por la negativa del contratista de la obra..., a suministrar la información necesaria que justifique y soporte la inversión de los recursos que la entidad ha entregado en calidad de anticipo, recursos que como todos sabemos debe destinarse única y exclusivamente a gastos propios del contrato, y de los cuales se obliga a rendir cuentas mensualmente a la interventoría, según se estipula en la cláusula sexta del documento contractual..."

El valor neto recibido por el contratista fue de \$1.500.012.378.00 y a la fecha de hoy solo ha entregado soportes de gastos por valor de \$448.200.967.00, es decir, no se han justificado gastos por valor de \$1.051.811.411.00 y no ha hecho entrega del extracto correspondiente al último trimestre de 2006 para verificar qué saldo de estos dineros quedaban en la cuenta para ese momento.

Lo anterior es más preocupante aún si consideramos que, por motivos que son de su conocimiento, el avance de obra física sólo asciende a la suma de \$126.613.935.38, y si bien es cierto que en los campamentos de la obra se encuentran almacenados una buena cantidad de materiales, su valor no supera el monto ya señalado de gastos justificados y soportados.

Así las cosas, solicitamos respetuosamente a usted no autorizar más desembolsos de los recursos entregados en calidad de anticipo, hasta tanto el contratista justifique y aclare el destino dado a las sumas giradas, y se definan las reales actividades y cantidades a ejecutar, de acuerdo al rediseño y modificaciones que se están estudiando.

De nuestra parte le fijaremos un plazo perentorio al contratista para que entregue la documentación que se le ha venido solicitando en relación con los gastos realizados con dineros del anticipo, y en caso de no obtener respuesta, o que las inversiones no correspondan a lo previsto en el objeto contractual, notificaremos a la oficina asesora jurídica y a la compañía aseguradora para que se haga efectiva la póliza que ampara al Departamento del indebido uso que se le den a estos dineros."

Del contenido de estas comunicaciones se deduce rotundamente que para la firma de la adición del contrato, el 13 de diciembre de 2006, el contratista no había justificado la

⁶³ Fl. 78 c.o.1.

inversión del anticipo retirado de la cuenta de ahorros, es decir, se había apropiado de buena parte de ellos y el aforado lo sabía, sin embargo, esta situación no fue óbice para que firmara ese acto ilegal y con ello ordenara poner en las arcas del contratista el 40% del anticipo adicional.

El 14 de febrero de 2007, la interventoría invitó al supervisor a un comité de obra a realizar el 16 de febrero, entre otras razones porque en el sitio de los trabajos no se reflejaba la inversión de los recursos recibidos por el contratista.

A su turno, le pidió, nuevamente, al contratista, el 15 de febrero de 2007, llevar al comité la relación y soportes de los gastos del anticipo desembolsado hasta esa fecha.⁶⁴

El 21 de febrero, la interventoría reiteró al supervisor del contrato DÍAZ ÁLVAREZ que el consorcio contratista continuaba incumpliendo las obligaciones pactadas, entre ellas, que las actividades de construcción se paralizaban constantemente sin justa causa, y que transcurrido 9 meses desde la suscripción del inicio de las obras se contaba con una ejecución física del 3%, pese a haber dispuesto del “10% (\$1.000.000.000)”, el cual no se reflejaba en el avance de las obras. Con fundamento en dichos argumentos le solicitó expedir un acto administrativo imponiendo al contratista las cantidades de obra a ejecutar, o en su defecto diera por terminado unilateralmente el contrato y ordenara su liquidación.

⁶⁴ Fl. 68 c.o.1.

Con oficio del 15 de marzo de 2007, la interventoría le informó al supervisor que el plazo dado al contratista para rendir cuentas y justificar los gastos del anticipo venció el 12 de febrero sin recibir ninguna documentación ni explicación por la mora.⁶⁵ Además, lo instó para que acudiera a la oficina de la asesora jurídica a fin de que iniciara el trámite para hacer efectiva la póliza de cumplimiento en relación con el buen manejo del anticipo.

Al contratista, el 22 de marzo de 2007, la interventoría, le comunicó que por no suministrar la información que justificara y soportara la inversión de los recursos del anticipo manteniéndola sin conocer el manejo dado a los mismos, le notifica que iniciarían los trámites ante la oficina asesora jurídica del departamento para que se hiciera efectiva la multa por mal manejo del anticipo, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiera lugar⁶⁶.

El 9 de abril de 2007, la misma interventoría pidió al contratista hacer los pagos de seguridad social, nóminas, aportes a caja de compensación y presentarle la relación de gastos de inversión del anticipo, extractos bancarios desde el mes de octubre de 2006 hasta esa fecha, facturas de compra de materiales, etc.⁶⁷

⁶⁵ Fl. 101 anexo 6

⁶⁶ Fl. 100 c. anexo 6.

⁶⁷ Fl. 62 c.o.1.

El 15 de junio de 2007, la interventoría comunicó al contratista que no daría trámite alguno a actas parciales por la falta de copia de los diseños.⁶⁸

El 29 de junio de 2007, demandó al consorcio le entregara los diseños que contuvieran la inclusión de la plaza de armas, deber que venía incumpliendo⁶⁹.

El 30 de julio, la interventora remitió a la Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento, LILIANA VIVAS PARADA, el proyecto de resolución imponiendo una multa al Consorcio ECO-PARK 2006, por incumplir con la entrega de los rediseños incluidos en el acta modificatoria de 30 de marzo del mismo año.

El 1° de agosto, el consorcio interventor informó al contratista que el hecho de no acudir ese día al comité de obra para formalizar la entrega de los planos definitivos del rediseño del parque, corroboraba el incumplimiento sistemático en las obligaciones contractuales, dándole la razón en la petición elevada a la entidad contratante de imposición de una sanción pecuniaria.

El 17 de agosto de 2007 la interventoría le informó al supervisor DÍAZ ÁLVAREZ, sobre la primera acta parcial de obra:

"El Consorcio ECO- PARK 2006 ha ejecutado obras del objeto del contrato de la referencia por valor de \$957.403.519.76, equivalente al

⁶⁸ Fl. 153 anexo 6.

⁶⁹ Fl. 70 c.o.1

18.0% de su valor total y solicita el trámite y pago de un acta parcial por parte del departamento.

"La interventoría a cargo del Consorcio Parques Tame ha revisado las cantidades y costos de los ítems incluidos en el acta y encuentra que están acordes con lo ejecutado en los frentes de obra, por tanto la suscribe a satisfacción y autoriza el pago de la misma por un valor neto de \$574.442.111.86, resultado de restarle al valor bruto del Acta el 40% para amortización de los recursos entregados como anticipo.

Valor total del acta: \$957.403.519.76, amortización anticipo \$382.961.407.90, valor a pagar \$574.42.111.86.⁷⁰

El 18 de septiembre de 2007 la Asesora Jurídica del Departamento le comunicó a la interventoría cuál era el trámite que debía observar para la imposición de una multa al contratista, de acuerdo con la Resolución No. 561 de 31 de julio de 2002.⁷¹

El 24 de septiembre del mismo año, la interventoría le hizo saber al supervisor, JAIME DÍAZ ÁLVAREZ, su preocupación por el considerable atraso de las actividades del objeto del contrato, y por la no iniciación de obras programadas para la semana comprendida entre el 16 al 23 del mismo mes.

Le evocó que el atraso en la ejecución de las obras venía siendo reiterativo, motivo por el cual se había visto en la necesidad de pedir a la entidad contratante la aplicación de sanciones por el incumplimiento en la entrega oportuna de los rediseños del proyecto y la ausencia de un profesional residente en el sitio de las obras.

⁷⁰ Fl. 270 c.o.1. Fiscalía

⁷¹ Fl. 56 c.o.1.

Estimó inaceptable que transcurridos 16 meses desde el inicio de las obras el porcentaje acumulado fuera de 20%, pese a haber dispuesto de más de 2000 millones de pesos por concepto de anticipo, y habérsele concedido los plazos adicionales solicitados para el cumplimiento de sus obligaciones.

Más adelante, escribió:

“Por lo anterior, ante la gravedad de lo que está ocurriendo en el frente de obra, en donde todo depende de lo que diga el representante legal o director de la misma, y quien no hace presencia para buscar las soluciones que permitan agilizar los rendimientos de las actividades y los problemas de tipo administrativo que originan el atraso acumulado a la fecha, consideramos nosotros que lo más sano para la entidad es que se le de aplicación a lo estipulado en la cláusula VIGÉSIMA PRIMERA del contrato: principio de terminación, modificación e interpretación unilateral, mediante la cual, en concordancia con lo previsto en el artículo 17, numeral 1º de la Ley 80 de 1993, la entidad, en acto administrativo debidamente motivado, dispondrá la terminación anticipada del contrato “cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo impongan”. Esta medida le permitiría a la entidad disponer de cerca de \$2.288.000.000.00 que aún faltan por desembolsar de los recursos asignados al contrato para buscar la terminación del mismo con otro contratista, previo reconocimiento al Consorcio ECO-PARK de las obras ejecutadas satisfactoriamente hasta el momento en que se determine la terminación anticipada del mismo.

El otro camino establecido en la normatividad contractual es el artículo 18 de la Ley 80 el cual dispone que: “De la caducidad y sus efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que pueda conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.”.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de la caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista.

La interventoría a cargo del Consorcio Parque TAME considera que es factible terminar el objeto del contrato y cumplir con las metas del

Raúl 227

gobierno departamental para entregarle a la comunidad un parque que recuerde y rinda homenaje al pasado histórico de la región y a su vez sirva de sitio de recreación y turismo ecológico, sin embargo, dado el alto porcentaje de atraso que presenta el actual contratista, recomienda a la entidad que, sin declarar la caducidad del contrato, se intervenga el mismo, dándolo por terminado y suscribiendo con la compañía aseguradora o con un tercero la continuidad de las obras hasta su terminación.”

De este recuento colige la Sala que desde el mes de octubre de 2006, el aforado había hecho saber personalmente al contratista del poco avance de la obra. Particularidad que se convirtió en una constante durante lo que restaba del mandato (hasta el 31 de diciembre de 2007), y que fue uno de los motivos por los cuales su sucesor declaró la caducidad del contrato en el año 2008. Así lo refleja el informe presentado por la interventoría, el 17 de agosto de 2007, a efectos del trámite del acta parcial de obra, concretando que el contratista sólo había amortizado del anticipo \$382.961.407.00, pese a que para esa data había retirado cerca de 2.000 millones de pesos de la cuenta de ahorros.

Situación que condujo a la interventoría a pedir al supervisor la terminación anticipada del contrato o la declaratoria de caducidad el 24 de septiembre de 2007, recordando que el avance de la obra iba en un 20% no obstante haber dispuesto de esa suma de dinero. Por último, recomendó que sin declarar la caducidad también podía intervenir el contrato dándolo por terminado y suscribir con la aseguradora o un tercero la continuación de la obra.

Pese a la claridad existente en los atrasos de la obra, sobre los requerimientos hechos al contratista, que el dinero del anticipo no estaba siendo invertido totalmente en la

misma, y que el contratista se negaba a rendir informes y presentar los comprobantes respectivos; el aforado no procedió a imponer la multa prevista en el contrato para el mal uso del anticipo, ni caducó el contrato pese a la apabullante información que le indicaba que no cumpliría la ejecución del contrato en el plazo y en condiciones de calidad convenidas, entre otras cosas por la apropiación de parte del anticipo.

Argumentos que enervan totalmente el propuesto por el acusado, referente a que la Fiscalía no demostró el mal manejo del anticipo. De otra manera no se puede llamar el hecho de que el contratista al tercer día de la consignación del primer anticipo, comenzara a retirar el dinero sin invertirlo en las actividades del objeto del contrato, ya que el proceso demostró que solo logró amortizar, después de varios meses del retiro, una parte de él y que se apropió de la restante.


No encuentra la Sala relación de causalidad entre las supuestas amenazas de grupos guerrilleros al personal del contratista con el mal manejo del anticipo, pues si por ese motivo no hubiesen acudido a laborar ello no implicaba la apropiación de los dineros del anticipo.

El hecho que el procesado hubiese impuesto al contratista multa pero por incumplir una obligación del contrato distinta al mal manejo del anticipo conminándolo con ella para que cumpliera perfectamente con las obligaciones contractuales, y que el acusado verbalmente hubiese requerido al contratista para que cumpliera so riesgo

de sancionarlo en la reunión del 9 de octubre de 2006, no enerva los argumentos de la Sala como lo plantea el Ministerio Público y el defensor; pues siendo evidente y de conocimiento del inculpatado la apropiación de parte de los dineros del anticipo, debió sin demora, observando obviamente el debido proceso, imponer las multas respectivas, y ante la persistencia en el incumplimiento amenazando gravemente con paralizar las obras, caducar el contrato.

El que se hubiera caducado el 14 de enero de 2010, decisión confirmada el 8 de enero de 2011, en nada beneficia al procesado como lo cree el Ministerio Público, pues esa determinación no la adoptó él sino su sucesor.

Las circunstancias anteriores eran obviamente conocidas por el procesado, se insiste, debido a la reiterada y prolongada información rendida por la interventoría a la administración departamental, a través de las secretarías en las cuales estaba desconcentrado el control de esa fase del contrato, y al ejercicio de las atribuciones de dirección y vigilancia por él cumplidas en las distintas etapas del proceso contractual, como quedó evidenciado en el examen del tipo subjetivo del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, dando por demostrado no solo que conocía perfectamente que como ordenador del gasto le asistía la facultad de disponer y dirigir el proceso contractual y, por ende, garantizar la correcta ejecución de la inversión y buscar con ello alcanzar los fines de la contratación pública, sino también que en desarrollo de ellas controló, vigiló y ordenó las

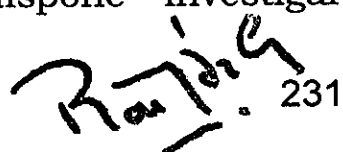
 230

actividades de las secretarías ejecutoras durante las distintas etapas.

En concreto, la Sala dio por descartado que las funciones de control y seguimiento de la ejecución del contrato las desempeñaran exclusivamente la interventoría externa, el supervisor y el Secretario de Infraestructura, pues el actuar del acusado durante todo el proceso contractual demostró a la Sala lo contrario, amen que por mandato legal le correspondía su dirección y fiscalización.

Es incontrastable, entonces, que el procesado a sabiendas que el contratista no venía invirtiendo los dineros del anticipo en la obra desde el comienzo de los trabajos, y que se negaba a rendir los informes junto con los comprobantes exigidos por las normas que regían el contrato, no lo sancionó con multa por el mal manejo de anticipo, ni declaró la caducidad del contrato pese al incumplimiento repetido que estaba afectando grave y directamente su ejecución, y evidenciaban fundadamente su inminente paralización.

Para la Sala está verificado en grado de certeza la concurrencia del delito de peculado por apropiación que se atribuye al procesado en calidad de coautor dado que la administración de los recursos apropiados recaía en él como gobernador y en las demás secretarías ejecutoras que participaban en el control de la ejecución del contrato, cuyos funcionarios al parecer están comprometidos en la comisión de este punible, a quienes no se dispone investigar

 231

penalmente porque según refirió en la declaración que rindió en la audiencia pública LIBARDO BALAGUERA BALAGUERA, la Fiscalía adelanta en su contra una investigación por su participación en este contrato, entidad a la que se enviará copia de esta sentencia para que haga parte y sea tenida en cuenta en las decisiones que adopte.

Así entonces, la Sala condenará al procesado como coautor (artículo 29 del Código Penal) del delito de peculado por apropiación de conformidad con el inciso segundo del artículo 397 ibídem, ya que el valor de lo apropiado \$ 864.019.838.37, supera el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, teniendo en cuenta el balance financiero contenido en la resolución de liquidación unilateral, que determinó esa suma a cargo del contratista:

Saldo del anticipo por amortizar: \$864.019.838.37, valor de las multas impuestas por incumplimientos parciales: \$120.521.250.36, el valor de la sanción por la cláusula penal pecuniaria: \$284.316.998.03, el valor de los parafiscales no cancelados: \$12.084.950.74, y los rendimientos financieros del anticipo no consignados al departamento: \$ 7.160.591.00.

De estos valores solo se tiene en cuenta como cuantía de la apropiación el relativo a lo no amortizado del anticipo por el contratista porque los demás surgen del incumplimiento del contrato, en consecuencia, carecen de relación de causalidad con la disponibilidad jurídica de los bienes de parte del procesado, la cual tenía únicamente respecto al anticipo.

Rojas 232

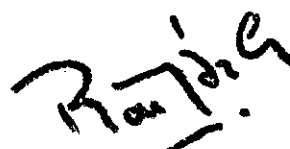
Al determinar la Sala esta cuantía no está afirmando que los posibles perjuicios causados con las infracciones asciendan ascienda a esa suma, pues es claro que la compañía aseguradora la reparó.

El que la Fiscalía lo haya acusado como autor de este punible y la Sala lo condene como coautor no afecta la congruencia que debe existir en estos dos actos procesales, dado que ésta es una modalidad del autor sancionada con la misma pena según prevé el artículo 29 del Código Penal.

Respuesta a otro argumento de la defensa.

a. Carece de razón el apoderado del procesado al solicitar a la Sala tachar de ilegales los informes presentados al inicio de la actuación por los investigadores del DAS, de fechas 15 de febrero y de marzo de 2008, en virtud a que en estricto sentido lo que debió pedir fue que no se valoraran por supuestos vicios de ilegalidad o ilicitud en su aducción, y en este fallo la Corte no los ha apreciado como pruebas para la adopción de sus decisiones.

Ahora, el proceder inicial de los investigadores del otrora DAS, tuvo como soporte las facultades a ellos otorgados por el artículo 314 de la Ley 600 de 2000 antes de la judicialización de la actuación, para allegar documentación y realizar análisis de la información, actividades que solo podían ser tenidas como criterios auxiliares de la investigación pero no como prueba, como lo ha observado cabalmente la Corte.

 233

Y, si bien es cierto que luego de presentar el primer informe a la Fiscalía los investigadores solicitaron a la interventoría una documentación y presentaron el análisis de la documentación sin ser comisionados por la Fiscalía, para ese momento la investigación no había sido iniciada, pero además, el contenido del oficio no ha sido tenido en cuenta ni sopesado como medio de prueba por la Sala para la toma de determinaciones, amén que los documentos aportados conjuntamente con él fueron incorporados posteriormente por la Fiscalía.

b. Con fundamento en el principio de selección probatoria⁷², conforme al cual el juzgador no está en la obligación de hacer un examen exhaustivo de todas y cada una de las pruebas incorporadas al proceso, ni dar respuesta uno por uno a los argumentos de los sujetos procesales, como tampoco de todos sus extremos asertivos, porque la decisión se haría interminable, sino de aquellos que considere importante para la decisión a tomar; la Sala no ha hecho mención individualmente a cada una de las pruebas acopiadas al proceso, ni dado respuesta a cada argumento de los sujetos procesales, solo lo hizo en relación con los medios de convicción y elementos de prueba que frente a las consideraciones de la Sala para soportar la decisión por su pertinencia y relevancia lo ameritaban.

3. Antijuridicidad

⁷² CSJ SP., Rad. No. 34282 de 27-X-014.

Las conductas endilgadas al procesado además de típicas son antijurídicas por haber lesionado efectivamente el bien jurídico de la administración pública. Con el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales mancilló los principios de planeación, economía, legalidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad que rigen la administración como la contratación pública.

Y, con el peculado por apropiación permitiendo que el contratista se apropiara de parte del anticipo del contrato, rompió la estructura creada por las normas constitucionales y legales sobre el manejo de los bienes del Estado que lo compelia a ceñir su comportamiento oficial a ella, provocando en la sociedad sentimiento de desconfianza y sensación de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia en el servicio público.

1. Culpabilidad.

Es evidente que el acusado además de conocer que estaba actualizando los elementos estructurales de cada uno de los tipos penales, sabía que se comportaba antijurídicamente sin concurrir en su favor causal atendible que lo exima de responsabilidad.

5. Dosificación punitiva.

Ante la certeza de la responsabilidad del acusado en la comisión de las conductas imputadas, la Sala lo condenará como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, y como coautor del punible de peculado por apropiación tipificado en el artículo 397-2 del mismo estatuto represor, en concurso heterogéneo sucesivo.

Con arreglo a lo normado por el artículo 31 del Código Penal, para dosificar la pena en los casos de concurso de conductas punibles, el funcionario judicial deberá partir del delito sancionado con pena más grave, para lo cual calculará la pena imponible para cada delito según las circunstancias específicas, aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda superar la suma aritmética de las que corresponda a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas en cada caso.

Atendiendo a que el delito más grave es el de peculado por apropiación que trae como prisión de 6 a 15 años, será ese el que tome la Sala como base. Empero, como la cuantía supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al tenor del inciso 2° del artículo 397 del Código Penal la pena se aumenta hasta en la mitad, por lo tanto, se tendrá como plataforma de la pena de prisión de 6 a 22 años y medio, o lo que es lo mismo, 72 a 270 meses.

En consecuencia, el ámbito de movilidad se delimita de 72 a 270 meses, que dividido por 4 arroja 49 meses y 15 días. Ello implica que el primer cuarto oscila entre 72 y 121 meses

Rafael 236

y 15 días, el segundo de 121 meses y 15 días a 170 meses, el tercero de 170 meses a 220 meses 15 días, y el cuarto de 220 meses 15 días a 270 meses, constituyendo este el marco de movilidad por existir circunstancias modificadoras de éste límite.

Dado que no concurren atenuantes ni agravantes, la Sala se moverá en el cuarto mínimo que va entre 72 y 121 meses y 15 días.

Teniendo en cuenta la gravedad de los delitos, el daño causado al bien jurídico, la intensidad del dolo y la función que la pena ha de cumplir en el procesado se parte de 75 meses de prisión, considerando en particular el cargo que ocupaba, la máxima autoridad administrativa del departamento y que defraudó la confianza en él depositada por los coasociados, lesionando consciente y voluntariamente el bien jurídico de la administración pública con el fin de favorecer intereses particulares, ocasionando grave daño a la imagen de la administración pública y a la credibilidad que la ciudadanía debe tener en sus gobernantes.

Dicho monto se aumenta en 5 meses por el concurso heterogéneo con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cometido en la celebración del contrato No. 069 de 2006 con el Consorcio ECO-PARK 2006, cuyo objeto fue la construcción de la primera etapa del parque histórico y eco turístico Lo Libertadores en el municipio de TAME; teniendo en cuenta su gravedad, acorde con el análisis hecho acerca de sus particularidades, arrojando un total de 80

meses de prisión, que equivale a 7 años 8 meses de prisión, como pena principal.

También se condenará a la pena principal de multa que será el monto de lo apropiado según ordena el artículo 397 del Código Penal, esto es, \$864.019.838.37 más \$20.400.050 equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2006 (\$408.000), según prevé como mínimo para este tipo de sanción el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Extremo mínimo que la Sala adiciona teniendo en cuenta que con este delito el Departamento de Arauca no sufrió detrimento patrimonial, que lo cometió en favor de un tercero, la intensidad del dolo con que actuó, que permaneció privado de la libertad por varios años, circunstancia que le impedía contar con ingresos económicos, y que de acuerdo con el contenido de su indagatoria, para ese entonces, diciembre de 2011, era propietario de un apartamento en Bogotá, una casa en Arauca, una finca en ese mismo departamento, y una camioneta.

En total se le impone multa por valor de \$884.019.838.37, que deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, al tenor de lo normado por el artículo 43 del Código Penal.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será intemporal con arreglo al inciso 5°, del artículo 122 de la Constitución Política, modificado por el

Acto Legislativo No. 1 de 2004, y al artículo 51 del Código Penal, en cuanto al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, por afectar el patrimonio del Estado, la cual le impedirá ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ser elegido, designado como servidor público, y celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado.

Respecto a la misma pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas respecto a los derechos políticos previstos en el artículo 44 del Código Penal no contemplados en el canon 122 de la Constitución Política, en punto a los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales que también contempla esta pena como principal; la Sala seguirá el método previsto en el artículo 31 del Código Penal para el concurso de conductas punibles tomando la sancionada con mayor drasticidad aumentada hasta otro tanto, en este caso el peculado por apropiación⁷³.

En efecto, para el peculado por apropiación el artículo 397 prescribe que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo término de la de prisión y, esta, al tenor del inciso 2 oscila entre 6 y 22 años y medio, en tanto que el contrato sin cumplimiento de requisitos legales prevé para esta sanción 5 a 12 años.

Pues bien, como la pena de prisión quedó determinada en 80 meses o 7 años 8 meses, tras observar los parámetros

⁷³ CSJ SP., Rad. No. 3678 de 28-IV-015.

de determinación de los mínimos y máximos aplicables, y los fundamentos para la individualización de la pena previstos en los artículos 60 y 61 del Código Penal; la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas será por el mismo lapso, 80 meses.

Así entonces, la Sala condenará al procesado a la pena de prisión de 80 meses de prisión, multa de \$884.019.838.37, e inhabilitación intemporal para el ejercicio de los derechos y funciones públicas a que se refiere el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, los demás derechos políticos le serán suspendidos por el término de 80 meses.

De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Dado que la pena por imponer supera los 3 años de prisión, el acusado no tiene derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena al tenor de lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, norma aplicable por favorabilidad, en razón a que la modificación acuñada por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, hizo algunos cambios que perjudican al procesado.

En cuanto a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión consagrada en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 original, aplicable por favorabilidad frente a la modificaciones introducidas por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, que impediría su concesión porque los delitos por los cuales el procesado será condenado están excluidos de ella

por virtud del numeral 2 de este precepto, de conformidad con el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal; tampoco le será concedida al acusado debido a que no concurre el requisito objetivo, esto es, que la sanción se imponga por una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, y en este caso, el peculado por apropiación trae como sanción la prisión de no menos de 6 años.

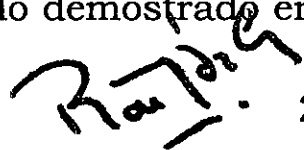
En consecuencia, purgará la pena privativa de la libertad intramuros, para el efecto se solicitará su captura a través de los organismos de seguridad del Estado.

Solicítese al INPEC determine el establecimiento carcelario de internamiento.

Indemnización de perjuicios.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, la Contraloría General de la República se constituyó en parte civil en atención a que los delitos investigados atentan contra el bien jurídico de la administración pública, y el representante legal de la entidad pública perjudicada, el Departamento de Arauca, era el mismo procesado.

A la luz de lo estipulado por el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso en que se haya acreditado la existencia de perjuicios con fuente en la conducta punible el juez procederá a liquidarlos con arreglo a lo demostrado en el



proceso y, en el fallo condenará al responsable a indemnizar los daños causados con el injusto penal. Adicionalmente, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

Armónicamente, el artículo 94 del Código Penal dispone que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella a la víctima o a los ofendidos, como el deber de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del delito, cuando ello fuere posible.

Los daños materiales están integrados por el daño emergente y el lucro cesante.

El primero se refiere a las erogaciones económicas efectuadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito. Dicho en otras palabras, el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio lesionado, el cual no puede fundarse sino en el acervo probatorio allegado al proceso, para cuyo fin debe tenerse en cuenta los gastos hechos por causa o con ocasión del evento lesivo, vale decir, el transporte, la asistencia médica y hospitalaria, el valor de los daños sufridos por objetos perteneciente a la víctima, etc.

La Sala lo ha concebido, el daño emergente, como el perjuicio sufrido en el patrimonio económico de la víctima, derivado de ponderar el valor de los bienes perdidos o su

deterioro respectivo, y las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo⁷⁴.

El lucro cesante consiste en las ganancias o lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito. Viene a ser la utilidad, el provecho que ha dejado de obtener, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría obtenido de no haberse presentado el hecho ilícito que causó el daño, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo.

En cuanto a los perjuicios morales se han reconocido dos modalidades, los subjetivos y los objetivados. Los primeros lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas, y por lo mismo, no son cuantificables económicamente –artículo 56 del Código Penal-, y los segundos, repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agravada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente.

Por regla general las personas jurídicas no sufren perjuicios morales subjetivos por cuanto no pueden experimentar dolor físico o moral, pero ello no obsta para que se puedan reconocer otros de carácter extra patrimonial que derivan, por ejemplo, de la lesión del buen nombre de la entidad, obviamente en la medida que aparezcan demostrados en el proceso, los cuales serán resarcibles cuando amenazan

⁷⁴ CSJ SP., Rad. No. 40559 de 17 de IV-013.

concretamente la existencia o mermen significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las pongan en franca inferioridad frente a otras de su género o especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciable por la demanda de usuarios.

La demostración de los daños para ser liquidados se predica del perjuicio material, quedando el juez con la facultad de fijar los no valorables pecuniariamente, es decir, los morales de carácter subjetivo, cuyo único límite está determinado por la ley a partir de factores relacionados con la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Además, el daño para ser indemnizable debe ser cierto, directo y actual.⁷⁵

En particular, con el delito de peculado por apropiación a favor de terceros se causó perjuicios materiales al departamento de Arauca, en específico, el daño emergente en virtud a que se demostró que el contratista se apropió de parte del valor del anticipo entregado con la celebración del contrato 069 de 2006 y su adicional, que ascendió a la suma de \$864.019.838.37.

Sin embargo, dado que la compañía Seguros Cóndor S.A. suscribió un acuerdo de transacción con el Departamento de Arauca para reparar dichos daños con base en la póliza de buen manejo constituida por el contratista con esos fines, y

⁷⁵ CSJ SP., Rad. No. 20139 de 11-VIII-04.

no solo realizó obras por ese valor sino que terminó la construcción de la primera parte del parque; el daño causado ya fue reparado, de suerte que de condenar la Corte nuevamente por este aspecto, generaría un pago injustificado para el departamento.

Sobre esta materia ha dicho la Sala:

El tema de la concurrencia de indemnizaciones ha sido abordado con amplitud por varias especialidades jurídicas, en particular por el derecho de daños, sin que exista una única solución sobre los múltiples eventos cobijados por esa figura. La Sala Civil de la Corporación ha planteado la complejidad del problema en los siguientes términos:

“Suele ocurrir (...) que un mismo resultado lesivo sea susceptible de ser resarcido por distintas fuentes, como por ejemplo, cuando la víctima está amparada por un seguro particular que cubre los daños que ha sufrido; o cuando está afiliada al sistema de seguridad social integral o a un régimen especial; o cuando el daño es atribuible a culpa o dolo del empleador o de un tercero, por citar solo unos casos.

Frente a tal situación, surge el problema de si es posible o no acumular tales prestaciones, lo cual genera una disyuntiva inevitable, si no se admite la concurrencia, se enriquece quien deja de pagar o paga menos porque el infortunio de la víctima ya estaba cubierto por otra vía; y si se acepta la acumulación, se enriquece la víctima al ser retribuida en exceso.

El conflicto ha estado presente de tiempo atrás tanto en la jurisprudencia y la doctrina nacionales como extranjeras, sin que hasta el momento pueda decirse que se haya llegado a una solución que satisfaga a todos los sectores o que resuelve de modo definitivo los interrogantes que el tema suscita.

La dificultad tiene su origen en la noción misma de indemnización que no persigue como fin hacer que el perjudicado se lucre, sino reponer su patrimonio, por lo que es natural que, al comparar el estado que tenía antes y después de producirse el daño, se tomen en cuenta los efectos ventajosos producidos por el mismo hecho en virtud del cual se reclama.

...en este particular evento el lucro cesante, entendido como la pérdida de cualquier utilidad, ganancia o beneficio a consecuencia de la conducta dañosa, fue compensado por la obtención de la pensión de sobreviviente desde la fecha del fallecimiento en la medida que la esposa e hija continuaron recibiendo el ingreso que habitualmente ostentan, pues no se acreditó que la víctima obtuviera otro tipo de emolumentos.

Con independencia de la solución brindada en otros ámbitos del derecho, en justicia transicional la repuesta más compatible con la finalidad del trámite impone negar la posibilidad de que concurran el lucro cesante y la pensión de sobrevivientes respecto de los favorecidos con las 2 prerrogativas, por cuando su confluencia propiciaría su enriquecimiento injustificado, dado que se trata de beneficios resarcitorios que cumplen con el objetivo de restituir a la víctima los ingresos que dejó de recibir como consecuencia del hecho dañoso.

Lo anterior no releva a los postulados de sufragar la indemnización por los daños que causaron por cuanto la sentencia incluye la obligación de pagar el daño emergente y el perjuicio moral acreditado en el proceso, no así el lucro cesante que fue cubierto por la prestación... reconocida en favor de los familiares..."

Ahora, la naturaleza del seguro está ligada a su carácter indemnizatorio, porque la actividad que lo supedita trae consigo una posibilidad de riesgo o pérdida, y en caso de un siniestro, propende por el restablecimiento de la situación económica afectada, que fue amparada o asegurada. Por su carácter de bilateral, oneroso y de buena fe, nacen las obligaciones recíprocas entre el tomador (el pago de la prima) y de la aseguradora (pago de las indemnizaciones), el derecho a la indemnización le corresponde al asegurado o beneficiado.

Pues bien, con arreglo a la Resolución No. C39 de 2010, por medio de la cual la Gobernación de Arauca liquidó unilateralmente el contrato, se reitera, determinó como obligación pendiente de pagar por el contratista \$864.019.838.37, con ocasión del anticipo no amortizado.

En el numeral tercero de la parte resolutive, dispuso:

"Requerir al contratista y a la compañía de Seguros Cóndor S.A. para que cancelaran al departamento de Arauca el valor establecido en el balance final elaborado por la interventoría el cual asciende a la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO TRES MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON 50/100 (\$1.288.103.628.50),

Rojas 246

resultante de sanciones impuestas durante la ejecución del contrato, sanción por el incumplimiento definitivo, reintegro de anticipo no amortizado en actas de obra y pagos pendientes de aportes parafiscales y rendimientos financieros.”

De acuerdo con dicha resolución, el 20 de diciembre de 2011, se suscribió el acuerdo de transacción entre la Gobernación de Arauca y la Compañía Aseguradora Cóndor S.A., a través de la cual ésta en calidad de garante del contrato No. 069 de 2006 continúa con la ejecución del mismo, atendiendo lo señalado por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

El numeral XII, señala:

“Que una vez decretado el siniestro de Caducidad Administrativa del contrato, el asegurador propone subrogarse en las obligaciones del contratista, para como garante, terminar la obra contratada, en observancia a las especificaciones técnicas contractuales.

XIII. Que en razón al no cumplimiento en las obligaciones del contrato se permite que la Aseguradora Cóndor S.A., en condición de garante y responsable solidaria del contratista, se subroge en las obligaciones del contrato y termine las obras contratadas. Lo anterior con cargo al amparo de cumplimiento de la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 300000 expedida por la compañía de Seguros Generales CÓNDOR S.A.

XV. Que la Compañía de Seguros Generales CÓNDOR S.A., se refirió a la forma en que puede realizarse su intervención de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y el artículo 1110 del Código de Comercio. Sobre este tema la Aseguradora manifiesta: “opciones del Asegurador: Cómo se expresó antes, tratándose de seguros de daños el objeto de la prestación indemnizatoria es la reparación del daño compensatorio, como quiera que se pretende es restituir al asegurado a la situación en que se hallaría de no haberse presentado el siniestro. El pago de la indemnización puede ser efectuado por el asegurador en numerario o mediante la reparación, reconstrucción o reemplazo del bien asegurado art. 1110 del Código de Comercio, es decir, tiene cabida el cumplimiento en especie y la ejecución equivalente. De manera que su obligación de indemnizar se traduce en el pago de una suma de dinero, pero para nada obsta que opte por la indemnización in natura”, las condiciones generales de la póliza frente al tema que nos ocupa, expresa:...”De conformidad con lo previsto en el artículo 1110 del Código de Comercio, la indemnización podrá ser pagada

Rafael 247

mediante la reposición, reparación o reconstrucción de los bienes asegurados, a opción del Asegurador”...

XV. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Aseguradora manifestó expresamente su voluntad de asumir la ejecución de la obra correspondiente al contrato No. 069 de 2006, en la parte faltante por ejecutar, como garante del Consorcio Eco-Park. Se dispone a suscribir un acuerdo entre la Compañía de Seguros Cóndor S.A. y la Gobernación de Arauca, amparado con las pólizas respectivas y por medio del cual se permite que la Compañía Aseguradora asuma directamente la ejecución de las obras del contrato No. 069 de 2006, en calidad de garante del Consorcio Eco-Park 2006. La suscripción del mencionado acuerdo haría improcedente el cobro de la cláusula penal, de las multas parciales y del anticipo por amortizar, toda vez que no se puede pretender el pago del valor afectado del amparo de cumplimiento y la ejecución del contrato.”

En fin, como la aseguradora reparó el valor total de lo adeudado por el contratista a la entidad territorial según la liquidación unilateral realizada por la Gobernación de Arauca, no hay lugar a condenar al procesado al pago del daño emergente derivado de la comisión de las conductas punibles.

Respecto al lucro cesante que pudo presentarse en virtud a que con la comisión de los delitos el contratista no cumplió con la entrega de las obras en el tiempo convenido inicialmente, 8 meses, sino que la construcción la terminó de ejecutar la compañía aseguradora con fundamento en el acuerdo de transacción que suscribió con la Gobernación de Arauca el 20 de diciembre de 2011, cuya acta final de entrega data del mes de diciembre de 2013, es decir, luego de transcurrir cerca de 7 años; circunstancia que habría ocasionado que el departamento dejara de percibir algunos valores por cuantificar por el recaudo del ingreso de turistas, ya que uno de los objetivos del parque eco-turístico era el de cobrar las entradas para su mantenimiento, sin embargo, la Contraloría General de la República en la demanda de constitución de parte civil solo pidió condenar al procesado a

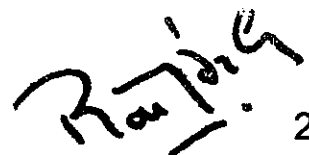
cancelar el monto total del contrato de obra, es decir, el daño emergente, excluyendo las ganancias o lo que dejó de percibir el departamento a causa de la comisión de los punibles, sin que la Corte pueda salvar dicha omisión condenando al acusado al pago del lucro cesante, porque de hacerlo desbordaría las pretensiones de la demanda, que es su límite.

Por lo tanto, no se condenará al acusado al pago de los daños atinentes al lucro cesante que pudo acarrear con la comisión de los delitos por él cometidos.

En lo relativo a los daños morales, el departamento de Arauca no los sufrió, dado que los de índole subjetivo no concurren debido a que siendo una persona jurídica no siente tristeza, dolor o aflicción por la ejecución de las conductas punibles, y pese a haber sufrido mengua en la buena imagen por el comportamiento delictivo del entonces su gobernador, por ser de creación constitucional y legal no tiene la posibilidad de sufrir con ellos menoscabo que ponga en peligro su existencia o disminución apreciable en su operatividad.⁷⁶

Respecto a las costas, entendidas como los gastos que debe hacer la parte vencida en el proceso, que incluyen las expensas hechas por las partes en el curso de la actuación, y las agencias en derecho atinentes a la cancelación de los honorarios del propio abogado y el de la parte contraria, la Sala exonerará al procesado del pago de ambas. De las primeras por cuanto no fueron probadas en el expediente, y

⁷⁶ CSJ SP., Rad. No. 16262 de 18-II-03.



de las restantes porque con este fallo prospera parcialmente la demanda presentada por la parte civil.

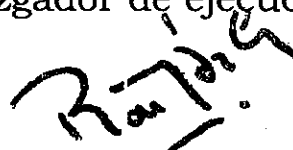
De conformidad con lo normado por el artículo 365 numeral 5° del Código General del Proceso, en caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas.

Hipótesis que concurre en ese caso en razón a que la Sala declarará la responsabilidad penal del procesado pero lo exonerará del pago de perjuicios, es decir, se acogerán parcialmente las pretensiones de la parte civil, quien en la demanda solo pidió el pago de perjuicios materiales lo que implicaba la declaración de responsabilidad penal, se obtuviera la verdad y se hiciera justicia, pero solo se condenará penalmente más no al pago de perjuicios.

En esas condiciones y atendiendo a que la apoderada de la Contraloría General de la República hace parte de su planta de personal, y que su participación en el proceso fue mínima, la Sala, reitera, se abstendrá de condenar al procesado al pago de costas por vía de las agencias en derecho.

Por medio de la Secretaría de la Sala, expídanse las copias de que tratan los artículos 469 y 472 del Código de Procedimiento Penal, aplicado.

Finalmente, ordenará declarar que la vigencia de las penas aquí impuestas le corresponde al juzgador de ejecución

 250

de penas y medidas de seguridad del lugar en donde se determine purgará la pena el procesado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia a nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONDENAR al ex Gobernador del Departamento de Arauca, JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, de condiciones civiles y personales conocidas en autos a la pena principal de ochenta (80) meses de prisión, como autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y como coautor del punible de peculado por apropiación en favor de terceros, cometidos en concurso heterogéneo sucesivo, por los cuales fue convocado a juicio, y en razón a los argumentos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a JULIO ENRIQUE ACOSTA BERNAL, a las penas principales de multa por valor de \$884.019.838.37 a cancelar a favor del Tesoro Nacional debiendo consignarse a nombre del Consejo Superior de la Judicatura; y a la pena de inhabilitación intemporal de derechos y funciones públicas a que se refiere el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, y a la inhabilitación de los demás derechos políticos restantes previstos en el artículo 44 del Código Penal que le son suspendidos por el término de 80 meses.

TERCERO: No condenar a ACOSTA BERNAL al pago de perjuicios por no acreditarse como causados en el proceso.

CUARTO: No condenar al pago de expensas y costas judiciales, por las razones expuestas en el cuerpo de esta sentencia.

QUINTO: Declarar que el licenciado ACOSTA BERNAL no se hace merecedor a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria como sustitutivos de la pena de prisión.

SEXTO: Líbrese la orden de captura correspondiente a los organismos de seguridad del Estado.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la sentencia envíese copia auténtica a las autoridades señaladas en la ley.

OCTAVO: Envíese el expediente al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del lugar en donde el condenado debe cumplir la pena privativa de la libertad, quien es competente para vigilarla.

Cópiese, notifíquese y cámplase.


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado


252

COMISION DE SERVICIO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUELLAR
Magistrada

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado

253

Nubia Yolanda Nova García
NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria