

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Radicación 38144

(Aprobado Acta No. 397)

SP 15882-2014

Bogotá D.C., noviembre veinte (20) de dos mil catorce (2014).

VISTOS:

En relación con los cargos en virtud de los cuales se admitieron las demandas de casación, resuelve la Sala los recursos de casación interpuestos por el defensor de los procesados JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y LEONARDO OCAMPO MUÑOZ contra la sentencia expedida el 7 de septiembre de 2011, mediante la cual el Tribunal Superior de Armenia confirmó la condena dictada contra los mencionados por el Juzgado 5º Penal del Circuito de la misma ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El representante legal de la ASOCIACIÓN COMPARTIR CUNDINAMARCA, en cumplimiento del convenio para el desarrollo de servicios de administración zonal celebrado con el Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero (FOREC) y con cargo a recursos del presupuesto nacional, contrató el 17 de diciembre de 1999 a

PROCON LTDA, representada por el ingeniero LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, para la reparación de la “línea de conducción bocatoma-estación de bombeo en el municipio de Montenegro” (Quindío), de acuerdo con los términos de referencia y los especificados en la propuesta presentada por el contratista, dentro de los cuales se encontraba el suministro e instalación por parte del último de 5.406 metros de tubería GRP DN6SN 2500, valorados en \$423.603.348.00. Se acordó el valor total del contrato en \$815.814.917.00 y su plazo de ejecución en 180 días.

El 21 de diciembre siguiente la ASOCIACIÓN COMPARTIR CUNDINAMARCA contrató la interventoría de la obra con la Empresa Sanitaria del Quindío S.A. (E.S.P.) -ESAQUIN S.A.— representada legalmente por su gerente JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, quien en ejercicio de su labor sugirió algunas modificaciones al proyecto, finalmente admitidas por el contratante y que se reflejaron documentalmente en varios OTROSÍ y en distintas cartas y actas de reunión de los miembros de cada entidad vinculada a la labor.

Entre los cambios sugeridos estuvo el de utilizar en la canalización del acueducto tubería de polietileno. El 15 de agosto de 2000, de hecho, en el oficio a través del cual el interventor GÓMEZ ARIAS le otorgó a PROCON LTDA “acta de inicio parcial” de la obra, estableció como condicionamiento “empezar la instalación de tubería de 16” en PE 100PN6 a partir de la abcisa KO+000 (bocatoma existente) hasta la abcisa KI+079.31 “aguas debajo de la bocatoma existente”.

El 2 de febrero de 2001 el Gerente de Construcciones de la FUNDACIÓN COMPARTIR, Roberto Goldstuecker, le comunicó a LEONARDO OCAMPO que se liquidaría el contrato “una vez el valor de la tubería y su instalación más las obras preliminares y desarenador” completara \$815.814.917.00 y el 11 de enero de 2002 suscribieron “a entera satisfacción” el “acta de entrega y recibo de obras y acciones contratadas” Sandra Milena Buitrago Amariles, Jefe de la Unidad de Infraestructura y Servicios Públicos del FOREC, Gustavo A.

Pulecio G., representante legal de la Asociación COMPARTIR-Montenegro y el interventor JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS.

El presidente y el secretario general de la Asociación de Usuarios de Servicios Públicos del Quindío, mediante carta fechada el 15 de marzo de 2004, le transmitió a la Defensoría del Pueblo de Armenia la preocupación sentida desde varios meses atrás por los habitantes de Montenegro, debido al “abandono en que se encuentra la obra reparación línea de conducción bocatoma-estación de bombeo, que ayudaría a la solución del gravísimo problema de suministro de agua para toda la población”.

Tras la intervención de la Contraloría General de la República se informó lo pertinente a la Fiscalía y ésta, una vez realizada la investigación de rigor, concluyó con fundamento en los estudios elaborados por la entidad de control fiscal que el trabajo contratado no se realizó en su totalidad porque solamente se instalaron 1.980,5 metros de tubería, los cuales, además, debieron cortarse en algunas partes debido a que causaban obstrucción. En consecuencia, el interventor JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS recibió una obra que no se ejecutó en su totalidad. Y el contratista LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, al no cumplir con lo pactado sino con menos del 50%, se apropió de los recursos del Estado.

Ellos, a su turno, señalaron que la obra fue rediseñada y se llevó a cabo conforme a los nuevos términos, entre los cuales estuvo el cambio de tubería por una más costosa a la inicialmente prevista (se pasó de tubería en fibra de vidrio a de polietileno de alta densidad), lo cual condujo a canalizar menos metros de los inicialmente establecidos.

2. Al proceso, iniciado el 28 de diciembre de 2005, fueron vinculados mediante indagatoria LEONARDO OCAMPO MUÑOZ y JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, a quienes la Fiscalía acusó el 6 de marzo de 2008. Al primero, en calidad de autor responsable de la conducta punible de peculado por apropiación (art. 397 del C.P.). Al segundo, en calidad

de autor responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410 ibídem). Esta providencia fue confirmada en segunda instancia el 16 de junio de 2008.

3. Tramitado el juicio, el 12 de marzo de 2010 el Juzgado 5º Penal del Circuito de Armenia condenó a JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS a 60 meses de prisión, multa de 68.75 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 70 meses y 15 días. A LEONARDO OCAMPO MUÑOZ lo condenó a 57 meses de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y a la sanción intemporal prevista en el artículo 122 de la [Constitución Política](#).

No se les concedió la condena condicional ni la prisión domiciliaria.

4. El defensor apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Armenia, por intermedio de la sentencia recurrida en casación, dictada el 7 de septiembre de 2011, lo confirmó con las siguientes modificaciones: fijó en 60 meses la pena de prisión deducida al acusado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, en el mismo lapso la sanción accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas y en 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes la multa; y estableció en 36 meses la pena de prisión al procesado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ y en igual lapso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se le otorgó al último la condena de ejecución condicional.

5. En contra de la sentencia de segunda instancia el apoderado de los procesados interpuso el recurso extraordinario de casación y la Corte, mediante auto del 7 de mayo de 2014, por el cual se examinaron las demandas en su aspecto formal, decidió inadmitirlas en relación con los cargos 1º, 2º, 3º y 4º de la presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y respecto de los cargos 1º y 2º de la correspondiente a LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Se ordenó, en relación con las demás censuras que aceptó examinar

la Sala, correr traslado para concepto a la Procuraduría.

LAS DEMANDAS:

Quinto cargo de la presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y cuarto de la correspondiente a LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de existencia.

El juzgador omitió considerar los siguientes medios de prueba: 1) información del proyecto “reparación línea de conducción bocatoma estación de bombeo municipio de Montenegro”; 2) auto 02, por medio del cual la Contraloría General de la República cerró la indagación preliminar fiscal; 3) auto del 25 de agosto de 2006, mediante el cual la Procuraduría Regional del Quindío archivó la actuación seguida “por presuntas irregularidades en la primera etapa obra reparación línea de conducción bocatoma, estación de bombeo municipio de Montenegro”; 4) oficio del 6 de diciembre de 2001, suscrito por JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS; 5) Diseños “iniciales y definitivos” elaborados por la firma TRATAR INGENIERÍA LTDA; 6) estudio de suelos y cálculo estructural del proyecto de construcción; 7) oficio del 2 de febrero de 2001, dirigido al contratista por el gerente de construcciones de la Fundación Compartir; 8) actas parciales y definitivas de liquidación del contrato, en las cuales no aparece la firma del procesado; y 9) acta del 15 de agosto, a través de la cual se autoriza al contratista iniciar la ejecución del contrato.

El mérito probatorio que se debió asignar a cada uno de los documentos omitidos se precisa a continuación:

Conforme al primero, el proyecto de obra se concibió por parte de la gerencia zonal y el FOREC en la suma de \$1.501.000.000.00, girándose solamente \$889.814.917.00.

Sin omitir la prueba, el Tribunal habría entendido que “el objeto del contrato cuestionado,

no representaba el valor de todo el proyecto”, que el interventor ni el contratista eran responsables del giro de los recursos faltantes para la realización de proyecto y que no se ejecutó en su totalidad porque el FOREC dejó de transferir la suma inicialmente prevista. Habrían entendido los juzgadores, además, que la afirmación en las actas de liquidación alusivas a que se llevó a cabo el 100% de la obra, “hace referencia al 100% del presupuesto del contrato (\$889.814.917.00) y no del proyecto total radicado en los bancos de proyectos por \$1.501.000.000.00”. También que si hacer el “desarenador” y el “canal de conducción” costó \$138.457.378.48, los \$739.814.917 restantes sólo alcanzaban para la construcción de 2.8 kilómetros de tubería. Habrían comprendido, adicionalmente, que con los \$611.185.083 recortados podrían haberse construido 2,6 kilómetros más, es decir, se hubiera podido concluir el proyecto. Y que si éste no se finalizó fue debido al recorte presupuestal del FOREC y no por acciones imputables al interventor o al contratista.

Sin la omisión, en fin, “no se hubiesen hecho las manifestaciones vistas a folio 16 del fallo del ad quem, quinto inciso; que los recortes presupuestales no se evidenciaron en los OTROSÍ suscritos al contrato inicial. Las manifestaciones vistas a folio 17 del mismo fallo, sexto inciso; en relación con las disponibilidades presupuestales expedidas por el FOREC”.

El segundo documento dejado de lado, vale decir, “la queja o denuncia” recibida por la Contraloría, “tuvo que ver con el abandono de la obra ejecutada por el FOREC” y la investigación respectiva se orientó a establecer las personas responsables del hecho, así como la entidad encargada de la administración y mantenimiento de la línea de conducción bocatoma – estación de bombeo municipio de Montenegro.

De considerar esa prueba el juzgador, habría tenido claro que la denuncia fue por el abandono de la obra en su primera fase de ejecución “y no por problemas en la ejecución y liquidación del contrato”, que la investigación se orientó a demostrar “las razones

del abandono” y que ESAQUIN, ciertamente, fue el depositario de todos los documentos vinculados a la ejecución de ese contrato. Habría percibido, igualmente, que con la realización del mismo no se produjo detrimento del patrimonio público –de acuerdo a como lo concluyó la Contraloría General de la República— y que “las situaciones investigadas” ocurrieron dos años después de entregada la obra, razón por la cual “no se estimó el valor de lo que supuestamente se apropió el contratista” OCAMPO MUÑOZ. La omisión aquí aludida determinó las siguientes manifestaciones contrarias a la verdad en la sentencia impugnada: que la obra “estuvo lejos de ser ejecutada en la manera prevista en el contrato” y que no era verdad que en las dependencias de ESAQUIN reposaran “los documentos referidos a la actividad contractual investigada”. Tales afirmaciones se oponen a las conclusiones de la Contraloría General de la República.

Se corroboraba, con la decisión de la Procuraduría, relacionada como prueba omitida 3), “que no existieron irregularidades en la actividad contractual investigada”. Debía dársele “el valor probatorio correspondiente”. Sin embargo, se hicieron prevalecer otras pruebas “que por demás no fueron controvertidas”.

El mérito que se debió otorgar a la cuarta prueba documental dejada de lado, “se desprende de su mismo contenido, y de su autor”. Su omisión condujo a los juzgadores a efectuar las afirmaciones vistas en los fallos, relativas a la inobservancia de los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política por el incumplimiento de las “funciones legales del procesado” GÓMEZ ARIAS, no demostradas en el proceso. Se debía concluir de acuerdo con el medio de convicción que el contrato pudo celebrarse de la manera como se hizo, supeditándose la terminación de la obra a la consecución de los recursos faltantes para la “reparación” total de la línea de conducción y no de su “construcción”, “como erróneamente se precisó en el escrito acusatorio contra el contratista”.

De haberse valorado los demás documentos, no habría incurrido el ad quem “en las manifestaciones vistas a folio 8 del fallo en relación con el objeto del contrato”. Tampoco “en las apreciaciones generales vistas en la sentencia en contravía de que si debían instalar más o menos 5000 metros de tubería, con el correspondiente desarenador y del canal de construcción, se construyó finalmente por problemas de orden presupuestal, sólo 2500 metros lineales de tubería; la cual se entregó en funcionamiento, sólo que requería de un mantenimiento permanente, situación que al parecer no sucedió por parte de la entidad que debía administrarla en los años siguientes, sentido además de la denuncia que inició el proceso”.

Permitían visualizar, las pruebas omitidas, que la obra contratada podía fraccionarse y de allí que se haya hablado de fases “generadas por la apropiación presupuestal inicialmente considerada y luego recortada por el FOREC”. Habrían permitido entender que las obras de reconstrucción del eje cafetero “no contaron con el tiempo necesario para realizar estudios técnicos que permitieran a los presupuestos proyectados ajustarse a la realidad”.

Los presupuestos iniciales de las obras debían modificarse “dinámica y constantemente”. Entre otras circunstancias, debido a situaciones topográficas y geológicas. La terminación de un proyecto, además, se supeditaba a las apropiaciones del FOREC “y como es de conocimiento público, más en el departamento del Quindío, muchas no alcanzaron a transferirse en su totalidad, hasta el momento de su extinción y liquidación”.

Los “estudios técnicos omitidos” le permitían al juzgador entender que el objeto del contrato era la reconstrucción de una línea de conducción para facilitar el suministro de agua. Y que se implementó hasta agotar los recursos, “dejándolo empalmado y funcionando en conjunto con el antiguo sistema”. Se ratifica esto último con el oficio del gerente de construcciones de la fundación COMPARTIR visto a folio 69 del

cuaderno original de anexos, “prueba igualmente omitida en su consideración, y que nos dice objetivamente, que el contrato se ejecutaba hasta agotar el presupuesto asignado en su disponibilidad presupuestal”.

Sin el error denunciado, en fin, y “con las demás declaraciones que aparecen en el proceso, en especial confrontando lo explicado por cada uno de los indagados y con otras pruebas testimoniales, otro hubiese sido el sentido del fallo impuesto” a los procesados, concluyó el censor. Y le pidió a la Sala, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y absolver a sus representados.

Sexto cargo de la demanda presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y quinto de la presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de identidad.

El error recayó en los testimonios de Roberto Joaquín Goldstucker Gómez (gerente de construcciones de la fundación COMPARTIR), Luis Alberto Castaño Sáenz (alcalde de Montenegro), Javier Valencia Marulanda (gerente administrativo de la fundación COMPARTIR Cundinamarca) y los oficios de febrero 18, febrero 24, marzo 16 y agosto 14 de 2000, suscritos por JUAN CARLOS GÓMEZ y dirigidos a Roberto Joaquín Goldstucker Gómez.

El Tribunal distorsionó el contenido de esos medios de convicción. Desnaturalizó “los dichos de los testigos” y parceló la prueba documental. Fue la irregularidad que condujo al proferimiento de una decisión contraria a la ley, “ya que las pruebas referidas no fueron apreciadas en su conjunto, ni valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, por el contrario, se desnaturalizaron, se desfiguraron en su contenido”.

Procede, pues, casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver al procesado.

Séptimo cargo de la demanda presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y

sexto de la presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Violación indirecta de la ley sustancial “por error de apreciación”.

Tras aludir el casacionista al contenido de los contratos de obra y de interventoría, a los cinco otrosí del “contrato inicial”, al vídeo de la construcción realizado por el ingeniero LEONARDO OCAMPO, a las actas de entrega de la labor contratada y de liquidación del contrato GZ 250051999, y de referirse a la apreciación otorgada a dichos medios de prueba por las instancias, señaló que la última contraría “la lógica en sus mínimos principios y reglas”.

Los juzgadores, más precisamente, “desconocieron todos los postulados de la lógica y la experiencia, se actuó sin mediana comprensión, se actuó sin sentido común, ya que la lógica es sentido común, se actuó contrariando la verdad formal, los enunciados, las premisas consideradas sin especificarlas, no les permitía llegar a las conclusiones” a que arribaron. Riñen sus argumentos “con la experiencia que se maneja en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los particulares en el ejercicio de una profesión liberal como la ingeniería, las exigencias puestas en cabeza del procesado (OCAMPO), para luego tenerlas por incumplidas”.

Resulta temeraria la afirmación de que la obra no se terminó ya que en el expediente aparecen documentos que dicen lo contrario. Es una conclusión a la que no podía llegarse “con fundamento en un informe no controvertido en el proceso, y recogido años después de haberse terminado la ejecución del objeto contractual”.

Apartándose “del real objeto del contrato, de los OTROSÍ suscritos”, concluyeron erróneamente las instancias “que el objeto del contrato no se cumplió; que no se cumplió con la función de suministrar agua necesaria al municipio de Montenegro”. No resulta técnico ni jurídico decir que no se ejecutó la obra “partiendo de la cuenta de metros lineales de tubería”. Lo pactado no era abastecer de agua a esa población sino

“canalizar el suministro que ya existía, y que se conducía a través de un canal en terreno natural”.

El proyecto no se agotaba con la instalación de la tubería. Comprendía, además, otras estructuras como el canal de conducción y el tanque desarenador, obras éstas que se ejecutaron simultáneamente y se entregaron terminadas, “quedando pendiente por ejecutar el 58% de la LÍNEA DE CONDUCCIÓN, más no de la obra, como erradamente lo concluye el Juez a quo y el fallador ad quem”.

La finalidad del contrato era reconstruir el canal de conducción del agua para facilitar su provisión “con menor vulnerabilidad frente a terremotos y deslizamientos”. “El nuevo sistema se implementó hasta agotar presupuesto dejándolo empalmado y funcionando en conjunto con el antiguo sistema y, de esta manera, garantizando el suministro de agua”, precisó el censor.

Agregó que en el momento en el que el contratista le entregó los trabajos al FOREC “el servicio de agua se encontraba en perfecto estado de funcionamiento”. Debía dársele mantenimiento y no se hizo. Las primeras quejas “se reciben años después, cuando se decide cortar un tramo de tubos que habían instalado”.

De haberse tenido en cuenta lo anterior el fallo habría sido diferente, “ya que razonando con un objeto de contrato no entendido, (las instancias) cuestionan su cumplimiento, sin tener en cuenta, además, circunstancias de tiempo”, como el hecho de que las irregularidades en el suministro de agua en Montenegro ocurrieron 31 meses después de entregada la obra por el contratista. Lo último ocurrió en octubre de 2001 y la queja relacionada con el mal funcionamiento del sistema de abastecimiento se presentó en mayo de 2004.

Se demuestra, pues, “en elemental raciocinio” que en ese interregno el servicio de agua funcionó normalmente y es “contrario a la lógica”, por tanto, afirmar que desde

la entrega de la obra sucedió al revés. Y si se presentaron problemas durante tal lapso, se debió tener en cuenta que las construcciones se garantizaron a través de pólizas, vigentes hasta 2005, que no se hicieron efectivas “ante las supuestas irregularidades denunciadas”. Si las mismas no se cobraron, “se debió concluir en sentido lógico, que los hechos que dieron origen a los problemas de suministro de agua, fueron sobrevinientes y que no tenían relación con la canalización parcial de dicho acueducto”.

Se razonó “indebidamente”, de otra parte, en la interpretación del vídeo, al desconocerse “el real objeto del contrato”.

Respecto del acta de liquidación del contrato, se incurrió en error de raciocinio al concluirse en la sentencia que GÓMEZ ARIAS la refrendó sin ser ello cierto. Si no lo hizo, “no se le pudo tipificar la conducta por la que se condenó”.

En el “acta de recibo de obras y acciones contratadas”, a su turno, quedó claro que a la sociedad interventora ESAQUIN únicamente se le entregaron, en calidad de depósito, “todos los documentos anexos del contrato”.

Así las cosas, lo dicho en los fallos en relación con los documentos atrás mencionados, no es “el resultado de un raciocinio conforme a la sana crítica y menos ajustado a un adecuado razonamiento”.

En el acta de entrega y de obra y acciones contratadas se expresó: “Queda por ejecutar las pendientes de 2% a la tubería según las especificaciones del diseño, una vez terminadas las obras de adición que se deben hacer a la línea de conducción bocatoma estación de bombeo”. El a quo concluyó que el 58.14% de la construcción se dejó de ejecutar. A través de tal instrumento, según el Tribunal, se dio fe de la terminación exitosa del trabajo, haciéndose constar “que quedaba por ejecutar el 2% de la tubería”. Inexplicable para la Corporación judicial que el procesado haya suscrito esa acta “cuando las visitas de campo evidencian que faltaba por ejecutar un 38% de la

obra y no un 2% como se manifestó en dicho documento”.

Para el recurrente en ningún momento se dijo en el acta que faltaba instalar el 2% de la tubería sino “ejecutar el 2% de las pendientes a la tubería”, es decir, que debía tenerse en cuenta el 2% de grado de inclinación cuando fueran puestos los tubos faltantes. Otra afirmación errada del juzgador fue señalar que al acta de entrega se adjuntó el acta de liquidación, en cuanto ésta aún no se había firmado.

Aparte de los “torpes razonamientos expuestos”, las instancias incurrieron en otro error al concluir que el procesado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS “recibió las obras a satisfacción” cuando en realidad quien lo hizo fue el Fondo para la Reconstrucción. GÓMEZ ARIAS, como interventor, únicamente “recibe o se hace depositario de unos documentos”.

Se consideró en la sentencia impugnada, respecto de los testigos “presentados por la defensa”, que ninguno tuvo “una relación directa” con el contrato al cual se refiere el proceso y precisaron que la ejecución del proyecto se planteó en dos fases, lo cual nunca se estipuló en el convenio. Para el censor “ninguna inferencia se puede predicar de tales premisas y conclusión expuesta y menos que la inferencia sea lógica, ya que parte de premisas falsas”.

Todos esos declarantes, en primer lugar, tuvieron relación con la ejecución del contrato. Directa, los interventores. E indirecta los que suscribieron el contrato y el alcalde, responsable de la prestación de los servicios públicos. El proyecto, en segundo lugar, como lo manifestaron los testigos, “se consideró en dos fases”. El contrato, por su parte, “podía ser ejecutado en varias fases. No era de los denominados llave en mano, su objeto permitía tal evento, además la forma de pago pactada lo ratificaba, precios unitarios conforme a la obra realizada”.

No se puede concluir, “conforme a la lógica”, que las tres proposiciones anteriores no

son ciertas “porque no se estipularon por escrito en la minuta contractual”.

También se afirmó en la sentencia que el comportamiento de la obra –calificado de excelente por los testigos de la defensa— no fue materia del proceso, en el cual se investigó “el recorte de manera irresponsable de material y cambios en los diseños iniciales; que se reflejan en el incumplimiento a los requisitos legales del contrato cuyo fin era el de mejorar un servicio público la calidad de vida de los habitantes de un municipio y además la pérdida de dineros del erario público invertidos en dicha obra”.

Decir que el funcionamiento de la construcción no importa en el presente caso y concluir que la finalidad contractual era ayudarle a la gente, comporta para el casacionista una contradicción. A su turno, limitar el objeto procesal al recorte de material y a cambios en los diseños, “genera una grave incongruencia entre la acusación y la sentencia; ya que en aquella, se hace referencia a un recibido irregular de las obras contratadas, y no se cuestionó en la indagatoria sobre tales recortes y cambios de diseño, y ahora concreta, justifica el fallador ad quem su condena en éstos; situación que genera otro de los vicios que se deben alegar ante esta instancia; generando de paso otra de las causales de casación, ya que la conducta que concreta es respecto a la ejecución del contrato, y esta no hace parte del tipo penal por el cual se acusó y se condenó”.

Agregó el censor que el juzgador, “sin ningún razonamiento lógico” y sin acreditarse en el proceso, concluyó que se perdieron dineros públicos, desconociendo evidencia en contrario de la Contraloría General de la República, relativa a que no se presentó detrimento patrimonial. “Y tan no existió, que para efectos de poder tipificar el tipo penal al otro investigado (OCAMPO MUÑOZ) debieron suponer, que tal supuesto (sic) deterioro fue el mínimo establecido en la norma penal correspondiente”.

Durante toda la actuación, por último, “sin ninguna consideración o mínimo

razonamiento”, se concluyó que el procesado JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS ostentaba la calidad de servidor público. Esta condición no se demostró en el plenario, al cual no se allegaron “los actos de nombramiento”. No se conocieron “formalmente” las funciones por él desempeñadas como gerente de ESAQUIN y tampoco se le preguntaron en la indagatoria. El contrato de obra, calificado de estatal, no lo suscribió y “las únicas obligaciones o funciones que se conocieron en el proceso lo fue en razón de la firma del contrato de interventoría con la fundación COMPARTIR, suscripción que se hizo, además, sin hacer ninguna referencia a calidad de servidor público; allí se anexó para su firma el certificado de existencia y representación legal como S.A., allí se actuó como cualquier particular bajo un proceso de selección objetiva adelantado por la entidad contratante”.

A GÓMEZ ARIAS, no obstante, se le vinculó, acusó y condenó como servidor público, “por vulneración a sus funciones, cuando en ninguna de sus actuaciones hizo referencia a ellas; y claro está, tampoco firmó el acta de liquidación del contrato, y solo firmó el de recibo de obras pero haciendo énfasis que lo hacía en calidad de interventor y como depositario de los documentos contractuales”. Dejaron de lado instructores y juzgadores “que quienes actuaron materialmente en la interventoría fueron otras personas que ostentaban la calidad de ingenieros civiles, calidad que no tenía el condenado, por ser un economista”.

Le solicitó el recurrente a la Sala casar la sentencia del Tribunal y, en su lugar, absolver a sus representados.

Tercer cargo de la demanda presentada a nombre del procesado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Violación directa por interpretación errónea de los artículos 63 y 133 del Código Penal de 1980.

El peculado por apropiación imputado al acusado sólo lo puede cometer un servidor

público. El particular puede ser cómplice o determinador de la conducta, nunca autor.

En el presente caso el Tribunal justificó la atribución de la conducta en la circunstancia de que el contratista estaba desarrollando y supervisando la ejecución de funciones públicas. Invocó en respaldo de la solución la sentencia de la Corte del 1 de abril de 2009, radicación 28686, en la cual se señala que cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público y que no pierde la condición de particular cuando presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, en la medida que su labor constituya una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.

Con apoyo en esa tesis jurisprudencial, en consecuencia, debió concluirse que OCAMPO MUÑOZ no adquirió la calidad de servidor público y que su comportamiento no constituye peculado. En acatamiento del principio de legalidad, por tanto, el procesado ha debido resultar absuelto por atipicidad de la conducta investigada. Es la decisión que el censor le pide adoptar a la Sala.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

La única censura con vocación de prosperidad, a juicio de la Procuradora 3ª Delegada para la Casación Penal, es la tercera de la demanda presentada por el defensor del acusado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ. Las demás, asociadas a errores probatorios, en su opinión no están llamadas a prosperar.

1. Recordó la funcionaria, al referirse al quinto cargo de la demanda presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y al cuarto de la relacionada con LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, el objeto del contrato materia del proceso, su valor, la fecha de entrega de la obra, quiénes la recibieron, la condición de tipo en blanco de la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el contenido de una propuesta en un

proceso contractual de cara al artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las variaciones que puede sufrir en su ejecución un contrato conforme al artículo 16 ibídem y, en concreto, que para evitar la paralización de uno relacionado con un servicio público que afecta a toda una comunidad, contratante y contratista deben pactar por escrito una adición al convenio inicial y qué se debe hacer cuando el segundo no acepta las nuevas condiciones.

Expresó la Delegada, a la vez, que con sustento en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 dichas modificaciones “deben realizarse por escrito”, en aras de evitar, como pasa en el presente caso, “que cada una de las partes da las más variadas razones” para explicar “el no cumplimiento del objeto del contrato”.

La defensa buscó demostrar “la variación inicial del contrato” y “el cambio de las condiciones de la obra originadas en la textura del suelo” que llevó al “recorte de la extensión de la tubería inicialmente pactada”, con las determinaciones adoptadas por las entidades de control, los diseños iniciales de la firma de ingeniería, el estudio de suelos y “las actas parciales de liquidación y definitivas del contrato”. No podía prescindirse, sin embargo, “de las garantías de transparencia establecidas para el manejo de caudales oficiales relacionados con la prestación de servicios públicos”. Y si bien se presentaron modificaciones en el contrato, las mismas “debían estar sujetas al trámite y formalidades reglados para el efecto, a riesgo de ser ilegales”.

En la sentencia impugnada se recalcó que en los OTROSI realizados al contrato no se evidenciaron las vicisitudes por las que, de acuerdo con “los declarantes”, atravesó la obra. Las variaciones que sufrió el mismo, según dicha providencia, se limitaron a una prórroga de 90 días acordada el 10 de marzo de 2000, a una ampliación del anticipo del 20% al 50% dispuesto el 25 de septiembre siguiente “con la finalidad de importar la tubería”, a una redefinición de la forma de pago suscrita el 22 de diciembre del mismo año, a un acuerdo del 20 de abril de 2001 “para instalar un mayor tramo de la tubería

cuyo costo adicional sería cubierto a través de aportes externos” y, por último, a dos ampliaciones del contrato pactadas los días 15 de junio y 1º de octubre de 2001.

Así las cosas, para la Delegada es evidente que ninguna de las modificaciones vistas “hacen relación a la reducción del objeto del contrato inicialmente pactado, por manera que hasta este punto tenían la obligación de dar cumplimiento a lo inicialmente pactado, luego contrario a lo sostenido por los demandantes, las razones que exponen se dan por fuera del marco legal establecido para justificar su no cumplimiento y en estas condiciones los cargos” estudiados carecen de fundamento y deben desestimarse.

2. No tuvo ocurrencia, adicionalmente, el falso juicio de identidad que en las demandas (sexto cargo de la primera y quinto de la segunda) se hizo recaer en la declaración de Roberto Joaquín Goldstucker. Recordó la Agente del Ministerio Público las referencias que al medio de prueba hicieron las instancias y concluyó que se respetaron las afirmaciones del testigo. Específicamente aquellas atinentes a que en la ejecución y liquidación del contrato no se presentaron irregularidades. La pretensión de la defensa, en síntesis, “es sacar adelante su especial interpretación de la prueba” y, por consiguiente, estas censuras no pueden prosperar.

3. Los cargos séptimo de la demanda presentada a nombre de JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS y sexto de la presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ corren la misma suerte. No era necesario para la Delegada que en el contrato se dejara explícito que los recursos dispuestos para la obra eran públicos. Simplemente porque las entidades que los suministraban tenían ese carácter y, en esa medida, “ninguna tergiversación se produjo por parte del sentenciador al señalar” que la protección de los mismos “tenía un alcance de interés general”.

Tampoco se desfiguró el contenido del vídeo en el cual se muestran los trabajos realizados, “en tanto que la labor allí desarrollada correspondía al objeto del contrato”. Y

de ninguna variación fue objeto el acta de liquidación de la obra.

A juicio de la Delegada, en realidad el problema jurídico del presente asunto “está relacionado con el manejo del contrato, en el sentido que dentro de las cláusulas modificatorias incluidas en el contrato como OTROSI, no fueron pactados los acuerdos a que hacen referencia los demandantes, es decir, el objeto inicial del contrato apenas fue modificado en eventos de su prórroga y pago de anticipos, más no en cuanto a la reducción (de) la obra o modificación de la misma, ni en el monto asignado por manera que quien fungía como interventor ha debido objetar y dar cuenta a la administración sobre tales anomalías para buscar la modificación unilateral del contrato por parte de la administración, en el evento de no llegar a ningún acuerdo con el contratista, pero nada de esto se hizo, por manera que defectos u omisiones que corresponden a la formalidad de la contratación estatal, no pueden ahora suplirse con pruebas según las cuales en criterio de los demandantes justificaron el no cumplimiento del objeto inicialmente pactado, pues por tratarse de un régimen especial de contratación –el público— las modificaciones son igualmente regladas”.

Debido a lo anterior el Tribunal concluyó que la obra no cumplió con el objeto del contrato, sino que éste “quedó al arbitrio del contratista y del interventor, quienes bajo su propio criterio y conocimiento tomaron decisiones en forma unilateral sobre la manera que debían emplear los recursos ante las eventualidades que fueron surgiendo como recorte de recursos, o situaciones imprevistas como variaciones del suelo, pero se repite, los caudales públicos no pueden manejarse de esa manera, pues la ley ha establecido un procedimiento específico para tales eventos, que en el caso concreto, como lo señalaron los sentenciadores, no fue acatado, de ahí que extrañen el contenido de la sentencia”.

Todos los cambios aludidos por la defensa se hubieran podido hacer “conservando el rigor de la contratación administrativa”. Sin embargo, se optó por hacerlos informalmente,

dejando de lado el procedimiento legal previsto en garantía del principio de transparencia. Y “por más que se intente demostrar a través de testimonios, documentos, vídeos y demás medios probatorios –finaliza la Procuraduría— que con los aportes suministrados no podía ejecutarse dicha obra, tales razones y motivos debieron quedar establecidos en forma explícita a través de los acuerdos escritos y el procedimiento de modificación de los contratos establecidos, para el efecto por la ley, no mediante pruebas que consideren los demandantes puedan demostrar posteriormente tales situaciones”.

A dicha “falta de formalidades” es al fin y al cabo que alude la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, independientemente de los resultados que en el campo financiero o disciplinario hayan arrojado las investigaciones de la Contraloría y la Procuraduría.

4. El tercer cargo de la demanda instaurada a nombre del procesado LEONARDO OCAMPO MUÑOZ está llamado a prosperar. En opinión de la Delegada, sustentada en la sentencia de la Sala del 4 de septiembre de 2012 (casación 38126), el contratista no adquirió la calidad de servidor público “porque su obligación era desarrollar una obra de interés público, pero no ejercer funciones públicas, como erradamente lo consideró el Juez de instancia y lo confirmó el Tribunal Superior de Armenia”.

Así las cosas, procede casar parcialmente la sentencia impugnada para condenar a OCAMPO MUÑOZ como interviniente, con la consiguiente reducción de la cuarta parte de la pena impuesta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Aunque la Sala comprendió en su momento que los cargos en relación con los cuales admitió las demandas de casación presentan ciertas falencias, decidió superarlas al vislumbrarse a partir de ellos la posibilidad de que las instancias hayan condenado

injustamente a los procesados.

Salvo el tercer cargo de la demanda presentada a nombre de LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, los demás de los dos libelos se formularon por violación indirecta de la ley sustancial originada en errores probatorios de hecho. Como guardan una orientación similar, se responderán como si se tratara de uno solo en el examen que abordará la Corte en relación con la apreciación probatoria realizada en la sentencia impugnada en casación. Se advierte que el orden de las censuras no determinará el de los razonamientos de la Sala, coincidentes en algunos casos con los del abogado casacionista. Se tendrá claro siempre, desde luego, que en atención a la soberanía probatoria con la cual cuenta el juzgador, la única posibilidad de dejar sin efecto la condena recurrida extraordinariamente está vinculada al hallazgo de errores probatorios o jurídicos trascendentes, inclusive si no se plantearon en la demanda pues la Corte cuenta con facultad para declararlos de oficio.

2. Para un claro entendimiento de la decisión que se adoptará, se sintetizan a continuación los fundamentos de las sentencias de instancia.

2.1. Los del Juzgado 5º Penal del Circuito de Armenia fueron los siguientes:

2.1.1. En el contrato de obra se pactó la reparación de la línea de conducción entre la bocatoma y la estación de bombeo del acueducto de Montenegro (Quindío), “de acuerdo con los diseños, cálculos, especificaciones técnicas, cantidades de obra materiales, precios unitarios y en las condiciones y plazos previstos en el pliego de condiciones, en los términos de referencia y en la propuesta presentada por el contratista, y los precios unitarios y el valor total del contrato comprendía todos los costos y gastos requeridos para la ejecución de la obra”.

Establecieron los contratantes, además, que “de requerirse modificaciones que implicaran mayor valor total del contrato, era necesaria la autorización previa y escrita del fondo FOREC”. Sin embargo, “no existe en la actuación ninguna constancia que por parte del FOREC se hubiera autorizado mayor inversión o alterado los términos del contrato”.

2.1.2. Pese a que se gastaron en el proyecto, en total, \$921.794.861.00, la obra contratada “no se realizó”. La tubería instalada, en efecto, no se extendió desde la bocatoma hasta la estación de bombeo y, según acta de visita del 9 de septiembre de 2004, parte de ella “hubo de ser retirada (después de la entrega de la obra) porque más que cumplir con el objeto del contrato, estaba obstruyendo el canal de aducción, lo que a su vez disminuía su capacidad hidráulica”.

El interventor JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, cumpliéndose apenas con la tercera parte de la obra contratada, la recibió “a satisfacción y permitió que al contratista se le entregara el valor de lo concertado”.

2.1.3. Contratista e interventor “incumplieron con el contrato en la ejecución y liquidación, realizando unas actividades que no pueden considerarse como una obra; y consecuentemente mal utilizaron los recursos del Estado, que habían sido destinados para una comunidad altamente vulnerable”. Infringieron, en consecuencia, los artículos 397 y 410 del Código Penal.

Sus afirmaciones “son contrarias” a lo demostrado en la investigación. La obra, de una parte, no entró en funcionamiento y, de otra, no se contrató “por fases”. Por ende, no se ejecutó el contrato y si es que “no se podía realizar”, “no había lugar a recibir a satisfacción por parte del interventor”.

2.1.4. La prueba documental “que reposa en la actuación” contradice “los testimonios allegados”.

Roberto Joaquín Goldstucker Gómez no advirtió –según dijo– problemas en la construcción de la obra, siendo que la misma no entró en funcionamiento y que no se finalizó en los términos de la contratación.

Javier Valencia, a su turno, se refirió a varias fases del proyecto no contempladas en el convenio y a un presupuesto aprobado para instalar 2000 metros de tubería aproximadamente, lo cual no concuerda con el objeto del contrato, que era la reparación de toda la línea de conducción, entre la bocatoma y la estación de bombeo. Expresó este declarante, además, que la obra entró en funcionamiento, “desconociendo que no se extendió el total de la tubería”.

Reinel Adolfo Cardona, por su parte, explicó que debido al cambio de tubería “se instaló menos metraje” y la parte puesta quedó funcionando, lo cual se opone al “acta de visita que reposa a folio 70 del cuaderno 1, al informe presentado por la gerencia departamental del Quindío de la Contraloría General de la República”. El video aportado a la actuación por la defensa corrobora igualmente “que la obra no se realizó en los términos en los que se contrató”. Así las cosas, no se entiende que el ex alcalde de Montenegro Luis Alberto Castaño, asegurara que el servicio mejoró “cuando la obra no entró en funcionamiento”.

2.1.5. “Si es que los recursos no alcanzaron para la obra”, “las constancias tenían que ser claras en ese sentido y no había lugar a dar por recibida a satisfacción una obra que no se culminó”.

2.1.6. Señaló el a quo, por último, que no es justificable en “falta de planeación” la no entrega de la obra. Simplemente porque el contratista OCAMPO se comprometió a entregarla, “realizando las reparaciones requeridas” y “de haber resultado inviable, no había lugar a realizar la contratación ni a comprometerse con una obra que no se podía realizar”. Y agregó el despacho judicial que la pena a imponerle al mencionado

sería “la menor contemplada en el artículo 397 del Código Penal” porque “no se estableció el monto de lo apropiado”.

2.2. Los argumentos de la segunda instancia se relacionan a continuación:

2.2.1. Era deber del contratista y del interventor velar porque se cumpliera con el objeto contractual y no dar por recibida “a satisfacción” una obra “que estuvo lejos de ser ejecutada en la manera prevista en el contrato”.

2.2.2. JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, específicamente, llevó a cabo diferentes actuaciones de interventor (las relacionó el ad quem). Entre ellas, suscribió el 11 de enero de 2002 el “acta de entrega y recibo de obras y acciones contratadas”, dando allí fe de la terminación exitosa de la labor, de su costo y “dejando constancia que quedaba por ejecutar el 2% de la tubería”. Esta última información fue desvirtuada con el resultado de la visita de inspección física realizada por la Contraloría General del Quindío el 9 de septiembre de 2004, donde se evidenció “que se pagaron e instalaron 2334 metros de tubería”.

Así las cosas, “faltaba por ejecutar un 38.9% de la obra y no un 2% como se manifestó en dicho documento, ocasionando con este hecho un daño a la población del municipio de Montenegro”. GÓMEZ ARIAS, en consecuencia, incurrió en la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, al liquidar el contrato “sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales del mismo”.

2.2.3. Como resultado del examen de los testimonios escuchados en la audiencia pública a Javier Valencia Marulanda, Ismael Ramírez Guevara, Reinel Adolfo Cardona, Luis Alberto Castaño y Diego Silvio Valencia Rodríguez, el Tribunal concluyó que ninguno de ellos “sostuvo una relación directa” con el contrato de obra y pese a que aseguran que el proyecto “se planteó para ser ejecutado en dos fases”, la verdad es que así no se estipuló en el convenio.

Para el Tribunal, adicionalmente, es intrascendente el calificativo de excelente con el cual los declarantes se refirieron al funcionamiento de la obra. Simplemente porque no fue el tema investigado sino “el recorte de manera irresponsable de material y cambios en los diseños iniciales, que se reflejan en el incumplimiento a los requisitos legales de un contrato cuyo fin era el de mejorar un servicio público y la calidad de vida de los habitantes de un municipio y además la pérdida de los dineros provenientes del erario público invertidos en dicha obra”.

2.2.4. Las razones en las que esos mismos testigos sustentaron la no culminación de la obra (vicisitudes del terreno o recorte presupuestal), no se evidencian en los seis OTROSI realizados al contrato GZ250051999.

2.2.5. No existe duda para la segunda instancia acerca de que al contrato “efectivamente se le hicieron reformas en lo referente al cambio de tubería, de una nacional a una importada”. Esto, sin embargo, “no es prueba del recorte de la obra, pues a pesar del aumento del costo del proyecto que hubiera podido causar el cambio de dicho elemento, la disminución de material en metros nunca se plasmó en las adiciones realizadas al contrato inicial, lo que permite concluir que en efecto nunca existió”.

3. Para la Sala es claro, en primer lugar, que la obligación del contratista PROCON LTDA, representado legalmente por el ingeniero LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, era reparar la línea de conducción de agua del acueducto de Montenegro, entre la bocatoma y la estación de bombeo, “de acuerdo con los diseños, cálculos, especificaciones técnicas, cantidades de obra, materiales, precios unitarios y en las condiciones y plazos previstos en el pliego de condiciones, en los términos de referencia y en la propuesta presentada por el contratista”.

Así se convino en la cláusula primera del contrato de obra celebrado el 17 de diciembre

de 1999 entre esa firma y la ASOCIACIÓN COMPARTIR - CUNDINAMARCA, encargada por el Fondo Para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero - FOREC de administrar los recursos del presupuesto nacional destinados a la recuperación de esa zona del país tras el terremoto sucedido el 25 de enero del mismo año. En el parágrafo 1 de la cláusula tercera se estableció que ante el surgimiento de modificaciones necesarias que significaran un mayor costo del pactado debía contarse con autorización “previa y escrita” del FOREC. Se fijó el valor del contrato en \$815.814.917 y el anticipo en el 20% de esa suma, es decir, en \$163.162.983 (fol. 30/1).

Las instancias y la Procuraduría coincidieron en fundamentar las imputaciones realizadas a los acusados en la circunstancia de que se incumplió con el objeto contractual y pese a ello la obra se recibió a satisfacción. El mismo, en concordancia con la propuesta del contratista -que en los términos del convenio se entendía incorporada a éste—, incluía el suministro e instalación de 5406 metros de tubería GRP DN6SN, a razón de \$78.358 el metro, para un total de \$423.603.348 (fol. 77/1). Esa extensión, eso no se discute, era la proyectada para canalizar el agua que surtía el acueducto de Montenegro (Quindío), la cual bajaba desde la bocatoma hasta la estación de bombeo por una acequia a cielo abierto.

El contrato de interventoría correspondiente, por valor de \$32.632.597, lo suscribieron el 21 de diciembre de 1999 la ASOCIACIÓN COMPARTIR y la Empresa Sanitaria del Quindío -ESQUIN S.A—, representada por su gerente JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS (fol. 41/1). Este, junto con el Sub gerente Operativo de la empresa de servicios públicos John Copete y del ingeniero de la misma entidad Reinel Adolfo Cardona, le dirigieron el 24 de febrero de 2000, antes del inicio de la obra y después de examinar el “proyecto de línea de conducción del acueducto”, una carta al doctor Roberto Goldstucker Gómez, Gerente General de la FUNDACIÓN COMPARTIR, en la cual, aparte de señalar que resultaría ideal para Montenegro en el futuro “una ampliación a línea por gravedad” -evitándose así los altos costos de energía de la planta de bombeo—,

le expresaron:

“Nos preocupa mucho el tipo de tubería seleccionado en el proyecto, ya que consideramos que no es una tubería conocida, de la cual no se tienen referencias de durabilidad, disponibilidad de accesorios y tubería en casos de reparación, resistencia a impactos y a condiciones tan abruptas como las del terreno en el cual se instalará, se hace necesario entonces pedir referencias técnicas de la misma e investigar su funcionamiento, con el fin de tomar la mejor decisión” (fol. 136/2).

La anterior comunicación, según se deduce de los términos de una segunda remitida el 16 de marzo siguiente al gerente general de la entidad contratante por los mismos funcionarios de ESAQUIN, suscitó un encuentro para el estudio del tema.

“Respondiendo a la decisión tomada en la reunión del pasado jueves 9 de marzo, respecto a revisar las diversas alternativas de la línea de conducción para el acueducto del municipio de Montenegro –se dijo en la nueva misiva—, se realizó un trabajo de oficina por parte de los ingenieros Ismael Ramírez, John Copete Echeverry, Reinel Adolfo Cardona L, donde se analizaron las diferentes opciones de tubería ha instalarse (sic), encontrando que la tubería de polietileno resulta ser desde el punto de vista técnico y económico la más eficiente”.

JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, mediante carta del 15 de agosto de 2000, le informó a LEONARDO OCAMPO que “teniendo en cuenta las razones expresadas por el constructor de la obra” se autorizaba su iniciación, condicionada ésta a “empezar la instalación de tubería de 16” en PE 100 PN6 a partir de abcisa KO+000 (bocatoma existente) hasta abcisa K1+079.31 (aguas abajo de la bocatoma existente)”.

“Lo anterior atiende –manifestó el gerente de la firma interventora— a la reunión realizada el día 15 de agosto de 2000, por parte del ingeniero Jorge Hernán García en representación de Compartir, ingeniero Ismael Ramírez diseñador del proyecto,

ingeniero Leonardo Ocampo representante de Procon Ltda constructor del proyecto, doctor Juan Carlos Gómez Arias Gerente General de Esaquín S.A., ingeniero John Copete Echeverry y el ingeniero Reinel Adolfo Cardona en representación de Esaquín.

“Así mismo se destaca –finalizó el escrito— que el resto de la línea queda supeditada a la disponibilidad presupuestal tramitada por parte de la ONG Compartir y por parte del FOREC respectivamente” (fol. 99/1 y 40/c. anexo).

Las gestiones asociadas al desarrollo del contrato que siguieron a las anteriores y que se encuentran documentadas en el expediente se relacionan a continuación:

Septiembre 5 de 2000. LEONARDO OCAMPO MUÑOZ, en calidad de representante legal de PROCON LTDA, la firma contratista, le remitió a ESAQUIN S.A “los análisis de precios” de la “tubería de polietileno de alta densidad” a usarse en el proyecto, así como de la máquina para soldarla (fol. 101/1).

Septiembre 7 de 2000. El gerente general de ESAQUÍN S.A. le indicó a LEONARDO OCAMPO MUÑOZ que “de acuerdo a la comunicación de la ONG COMPARTIR de fecha septiembre 5 del año 2000, se autorizó el cambio de los diseños y especificaciones de la obra reparación línea de conducción bocatoma estación de bombeo del municipio de Montenegro”. Le pidió al contratista, en consecuencia, acercarse a la empresa sanitaria del Quindío “para la firma de la reiniciación de la obra” (fol. 54/c. anexo).

Septiembre 12 de 2000. Los ingenieros de COMPARTIR Jorge Hernán García y Javier Valencia, LEONARDO OCAMPO de PROCON LTDA y los funcionarios de ESAQUIN John Copete Echeverry, Reinel Adolfo Cardona y JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS suscribieron un acta de una reunión sostenida entre ellos ese día, en las instalaciones de la Empresa Sanitaria del Quindío, en la cual acordaron: “1. Realizar un aumento en el porcentaje del anticipo de por lo menos hasta completar el 50% para poder realizar las

negociaciones del suministro de tuberías y accesorios. 2. Realizar el acta de inicio definitiva a partir de la fecha de entrega del mencionado excedente del anticipo. 3. Se realizó la revisión de diferentes cotizaciones de la tubería, solicitadas por las partes, acogiéndonos a la más económica” (fol. 124/1 y 57/c. anexo).

Septiembre 15 de 2000. JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS de la firma interventora le informó a PROCON LTDA “que de acuerdo a la autorización de la ONG COMPARTIR del cambio de diseños y especificaciones, y de acuerdo a los análisis unitarios presentados por ustedes para la instalación de la tubería en la obra ‘reparación línea de conducción bocatoma estación de bombeo municipio de Montenegro’, me permito comunicarle que la interventoría aprueba dichos análisis unitarios” (fol. 55/c. anexo).

Septiembre 25 de 2000. Contratante y contratista, a través del “OTROSI No. 1”, considerando el acuerdo entre las partes alcanzado en la reunión del 12 de septiembre anterior, relativo a “la necesidad que existe de importar la tubería” para la obra convenida, definieron variar el anticipo del 20% al 50% del valor total del contrato, es decir, de \$163.162.983 a \$407.907.458.50 (fol. 37/1 y fol. 56/c. anexo).

Octubre 23 de 2000. Los ingenieros de COMPARTIR Javier Valencia y Jorge García, LEONARDO OCAMPO MUÑOZ de PROCON LTDA y los ingenieros de ESAQUÍN John Copete y Reinel Adolfo Cardona, suscribieron el acta de inicio de la obra.

Diciembre 6 de 2000. Representantes del contratante, del contratista y de la firma interventora relacionaron en el documento titulado “PREACTA DE OBRA No. 1” “los suministros efectuados dentro del contrato”, así: 1079 metros lineales de tubería D=400mm PN 10 PE 100 a razón de \$222.125.44 el metro para un total de \$239.673.350 y 1255 metros lineales de tubería D=355mm PN10 PE100 a \$181.307.80 el metro para un total de \$227.541.289. La suma de esos valores alcanzó los \$467.214.639 (fol. 61/1).

Constan los mismos suministros en el acta de Diciembre 11 de 2000, suscrita por

funcionarios de las firmas contratantes y de la encargada de la interventoría (fol. 63/1).

Febrero 2 de 2001. Roberto Goldstuecker, Gerente de Construcciones de la FUNDACIÓN COMPARTIR, le comunicó a LEONARDO OCAMPO de PROCON LTDA que “su contrato se liquida una vez el valor de la tubería y su instalación más las obras preliminares y desarenador, complete el valor de \$815.814.917” (fol. 118/1).

Octubre 31 de 2001. LEONARDO OCAMPO MUÑOZ de PROCON LTDA y el arquitecto Leonardo Mesa, en calidad de Coordinador de la Interventoría de la FUNDACIÓN COMPARTIR, suscribieron el acta de liquidación de la obra. Hicieron constar que las labores ejecutadas “en cumplimiento del objeto del contrato fueron recibidas a satisfacción por la fundación COMPARTIR y ESAQUIN” (fl. 54/1).

Diciembre 6 de 2001. JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, Gerente de ESAQUIN, en relación con la “línea de conducción bocatoma – planta de tratamiento, municipio de Montenegro”, le dirigió la siguiente solicitud al doctor Everardo Murillo Sánchez, Director Ejecutivo del Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero – FOREC:

“En relación al asunto de la referencia muy respetuosamente solicito su intervención para colaborar con este proyecto aprobando los recursos necesarios para que los tramos de aproximadamente 3.5 kilómetros de longitud finalmente sean ejecutados y de esta manera complementar este importante proyecto para el municipio de Montenegro, el cual fue recortado en un valor cercano a los \$700.000.000” (fol. 124/c. anexo).

Enero 11 de 2002. Sandra Milena Buitrago Amariles, Jefe de la Unidad de Infraestructura y Servicios Públicos del Fondo para la Reconstrucción y Desarrollo Social del Eje Cafetero – FOREC, el representante legal de la FUNDACIÓN COMPARTIR Gustavo Pulecio y JUAN CARLOS GÓMEZ por parte de la entidad que hizo la interventoría a la obra, firmaron en esa fecha el “acta de entrega y recibo de obras y acciones contratadas”. Allí, tras la expresión por parte del FOREC de recibir la construcción “a

entera satisfacción”, se señaló:

“Queda por ejecutar las pendientes del 2% a la tubería según las especificaciones del diseño, una vez terminadas las obras de adición que se debe hacer a la línea de conducción bocatoma estación de bombeo” (fol. 51/1).

4. Es evidente, de acuerdo con los documentos relacionados, que a raíz de las dudas que a la firma interventora ESAQUIN le suscitó la tubería de fibra de vidrio GRP DN6SN con la cual PROCON ofreció en su propuesta canalizar los 5406 metros de la línea de conducción del acueducto de Montenegro (Quindío), los contratantes examinaron el tema con los ingenieros de ESAQUIN —a la que le correspondería la operación de la obra una vez finalizada— y definieron cambiarla por tubos de polietileno de alta densidad (PE 100 PN6), más resistentes y de mayor costo.

Cabe recordar, en efecto, que luego de transmitirle ESAQUIN a la Gerencia de COMPARTIR esa preocupación el 24 de febrero de 2000, se llevó a cabo una reunión el 9 de marzo siguiente en la cual se decidió que los ingenieros de la Empresa Sanitaria del Quindío revisaran las diversas alternativas de tubería, encontrando éstos que la de polietileno resultaba la más recomendable. Y así se lo hicieron saber el 16 de marzo del mismo año al gerente general de la entidad contratante.

Si se tienen en cuenta los términos de la carta que el 15 de agosto de 2000 le cursó JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS a LEONARDO OCAMPO, es claro que el cambio del componente de la obra fue convenido entre los contratantes, con el beneplácito del diseñador del proyecto Ismael Ramírez y de los funcionarios de la firma interventora. El gerente de ESAQUIN, eso es manifiesto, autorizó a través de dicha misiva la iniciación de la construcción y estableció como condición empezar la instalación de la tubería de polietileno (PE 100 PN6) a partir de la bocatoma existente hasta la abcisa K1+079.31, atendiendo así lo definido entre los antes citados en reunión llevada a cabo

en la misma fecha.

El cambio de material por uno de mayor costo, esa era una consecuencia lógica, representaba cubrir una menor extensión del cauce a canalizar. Por ello, aparte de fijarse los nuevos puntos entre los cuales debía ubicarse la tubería, advirtió GÓMEZ ARIAS al final del documento “que el resto de la línea” quedaba supeditada “a la disponibilidad presupuestal tramitada” por COMPARTIR y el FOREC.

Tal realidad no puede desconocerla la administración de justicia pues es indiscutible que los contratantes acordaron reemplazar el tipo de tubería a emplearse en la obra.

Se vio que los representantes legales de COMPARTIR y de PROCON LTDA estuvieron al tanto de la inquietud presentada por ESAQUIN. Directamente o a través de funcionarios delegados discutieron el tema, examinaron las conclusiones técnicas de los expertos y aceptaron instalar tubos de polietileno de alta densidad y no los de fibra de vidrio propuestos por el contratista. De hecho, para posibilitarle a éste afrontar la nueva exigencia, tras una reunión entre funcionarios de las firmas contratantes e interventora, en la cual se acordó un aumento en el porcentaje del anticipo “para poder realizar las negociaciones del suministro de tuberías y accesorios”, los gerentes de las primeras, considerando “la necesidad que existe de importar la tubería”, pactaron un anticipo del 50% del valor total del contrato, en lugar del 20% originalmente convenido.

Esta modificación del contrato de obra, consagrada como “OTROSI No. 1” del 25 de septiembre de 2000, no se puede desconectar del cambio de tipo de tubería a utilizarse en la canalización de la línea de conducción como origen del incremento del anticipo y, por ende, sostener que las partes no variaron por escrito el objeto contractual —como lo afirmaron las instancias y lo apoyó la Delegada— es el producto de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión que recayó en los documentos relacionados por la Corte, claramente indicativos de que las partes del

contrato convinieron material y formalmente instalar tubería de polietileno de alta densidad y no de fibra de vidrio como acordaron en un principio.

Así las cosas, el planteamiento insistente del a quo relativo a que la obra contratada “no se realizó” porque la canalización no se extendió desde la bocatoma hasta la estación de bombeo y, sin embargo, el interventor la recibió “a satisfacción” en esas condiciones permitiendo que al contratista se le pagara “el valor de lo concertado”, constituye una equivocación.

Es lógico que el cambio convenido por los contratantes traducía que los 5406 metros de la acequia a cielo abierto no podían canalizarse. Si se había concebido hacerlo con tubos GRP DN6SN de \$78.358 el metro lineal, al concertar que la obra se efectuaría con tubos de polietileno de \$222.125.44 y \$181.307.80 el metro lineal —según fueran de 400 mm o 355 mm de diámetro—, era imposible que con los \$423.603.348 previstos inicialmente para cubrir todo el canal se pudiera solventar la adquisición e instalación del nuevo tipo de tubería.

En concordancia con la “PRACTA DE OBRA No. 1” del 6 de diciembre de 2000 y con el acta del 11 de diciembre siguiente suscrita por representantes de las firmas contratantes y de la empresa encargada de la interventoría, medios de prueba también dejados de lado por el juzgador, el contratista PROCON suministró 1079 metros lineales de tubería D=400 y 1255 metros lineales de tubería D=355 por un valor total de \$467.214.639.

Fue transparente para todos los participantes en la ejecución del contrato, entonces, que el cambio en el tipo de tubería significaría canalizar menos metros de la línea de conducción del agua.

Por eso el gerente de la empresa interventora, en la carta que le dirigió a PROCON LTDA el 15 de agosto de 2000 (fol. 40/c. anexo), destacó que la parte faltante quedaba

supeditada a la consecución de recursos por parte de COMPARTIR y del FOREC. Por eso también el gerente de la entidad contratante le comunicó el 2 de febrero de 2001 a LEONARDO OCAMPO que el contrato se liquidaría “una vez el valor de la tubería y su instalación más las obras preliminares y desarenador, complete el valor de \$815.814.917” (fol. 118/1). Por eso mismo, finalmente, JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS, en calidad de gerente de la Empresa Sanitaria del Quindío, le solicitó el 6 de diciembre de 2001 al Director Ejecutivo del Fondo para la Reconstrucción del Eje Cafetero - FOREC aprobar “los recursos necesarios” para canalizar el tramo de aproximadamente 3 y medio kilómetros en los que no alcanzó a instalarse la tubería de polietileno en desarrollo del contrato de obra entre COMPARTIR y PROCON LTDA. (fol. 124/c. anexo).

Los errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión mencionados, en síntesis, condujeron a las instancias a concluir equivocadamente que el contratista incumplió con el objeto contractual y que el interventor, en esas circunstancias, dio por recibida la obra a satisfacción. De haber considerado los juzgadores la prueba documental relacionada en orden cronológico por la Sala, no habrían declarado penalmente responsables a los acusados, ante la situación evidente que se deduce de ella consistente en que los contratantes pactaron una modificación al contrato que implicó la instalación de 2334 metros de tubería, en lugar de los 5406 que medía la línea de conducción y que en un principio se había proyectado canalizar.

La segunda instancia incurrió en dos incorrecciones adicionales. En primer lugar, no obstante admitir que el contrato se reformó en términos de cambiar la tubería “de una nacional a una importada” y de aceptar que ello incrementó el costo del proyecto, le negó las consecuencias obvias a esa modificación –debidamente convenida entre las partes como se vio—, bajo el argumento ilógico de que no podía reconocerse existente esa realidad objetiva porque en ninguna de las adiciones realizadas al convenio inicial se plasmó que serían menos los metros canalizados de la línea de conducción.

Si está claro que los contratantes acordaron instalar tubos casi tres veces más costosos que los ofrecidos en su propuesta por el contratista y si para lograrlo aumentaron el anticipo al 50% del valor total del contrato, resulta insensato –y por supuesto contrario a la sana crítica— argumentar (tras admitir que el cambio de tubos aumentó el costo de la obra) que no se varió el objeto contractual porque “la disminución de material en metros nunca se plasmó en las adiciones realizadas al contrato inicial”.

El otro yerro del Tribunal fue distorsionar el contenido material del documento denominado “acta de entrega y recibo de obras y acciones contratadas” del 11 de enero de 2002, a través del cual el FOREC recibió “a entera satisfacción” la obra del representante legal de COMPARTIR.

Ese instrumento, también suscrito por JUAN CARLOS GÓMEZ de la firma interventora—, reza en lo pertinente:

“Queda por ejecutar las pendientes del 2% a la tubería según las especificaciones del diseño, una vez terminadas las obras de adición que se debe hacer a la línea de conducción bocatoma estación de bombeo” (fol. 16/1).

En ningún momento se expresó en el documento que faltó instalar el 2% de la tubería. Esta fue la lectura equivocada del ad quem, a partir de la cual sugirió –y derivó de ello prueba de responsabilidad penal— que el acusado GÓMEZ ARIAS certificó que de los 5406 metros de extensión de la línea de conducción dejó de canalizarse el 2%. Nunca eso se dijo ni se insinuó en el acta. Lo que allí se precisó es que se requería una obra adicional –sin duda instalar el tramo de tubería faltante— y que hasta la construcción de la misma quedaba postergado darle al ducto la pendiente del 2% definida en las especificaciones del diseño del proyecto.

5. Resulta irrefutable, en conclusión, que en razón de los errores probatorios advertidos, señalados por la defensa algunos, las instancias condenaron injustamente

a los enjuiciados LEONARDO OCAMPO MUÑOZ Y JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS. En consecuencia, la Corte casará la sentencia impugnada y, en su lugar, los absolverá del cargo por el cual la Fiscalía los acusó, naturalmente en desacuerdo con el concepto de la Delegada de la Procuraduría ante la Corte.

Por sustracción de materia, la Sala no emitirá pronunciamiento respecto del tercer cargo de la demanda presentada a nombre del procesado OCAMPO MUÑOZ. Tampoco se adoptará ninguna determinación vinculada a la libertad de los acusados en consideración a que la orden de captura que se dispuso librar en su contra para el cumplimiento de la pena de prisión se supeditó a la ejecutoria de la sentencia (fol. 281/2).

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CASAR la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, ABSOLVER a los procesados LEONARDO OCAMPO MUÑOZ y JUAN CARLOS GÓMEZ ARIAS. Al primero por el cargo de peculado por apropiación y al segundo por la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, delitos por los cuales los llamó a juicio la Fiscalía.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria