El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 13 de diciembre de 2017

Proceso: Penal – Decide apelación – Auto que niega la preclusión solicitada

Delito: Interés indebido en la celebración de contratos y otros.

Radicación Nro. : 66001600005820090056801

Procesado: Germán Torres Salgado, Iván de Jesús Muñoz Torres y Alberto Arias Pimienta

Magistrado Sustanciador: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Tema:**  **INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS Y OTROS / AUTO QUE NIEGA PRECLUSIÓN SOLICITADA / LA ATIPICIDAD DEBE SER ABSOLUTA / CONDICIÓN PROBATORIA INSALVABLE O INSUPERABLE/ CONFIRMA** [Ha hecho carrera el pensamiento según el cual el simple hecho de existir duda con respecto a la coautoría y responsabilidad de un indiciado, es situación que justifica per se la preclusión. Se trata de una forma de pensar que llama la atención de la Sala y amerita que la Corporación haga una reflexión previa a ese respecto, porque si ese pensamiento prospera, múltiples investigaciones tendrían que ser archivadas definitivamente sin que previamente se haga un esfuerzo por esclarecer la verdad. Explicamos:

A juicio del Tribunal, dígase desde ya, para que proceda una preclusión con efectos de res iudicata, la susodicha duda probatoria debe tener la condición de “insuperable” o “insalvable”; de lo contrario, es decir, si existe alguna posibilidad de allegar nuevos o mejores elementos de conocimiento que contribuyan a dilucidarla o disiparla, el funcionario judicial no puede optar por un cese de la acción penal sino por su persistencia para que se agote en debida forma el trabajo metodológico. O dicho de otro modo, para que la preclusión se viabilice debe existir plena prueba de alguna de las causales establecidas en la ley, y en nuestro caso lo que se está proponiendo es la declaratoria de la atipicidad del comportamiento, lo cual traduce que la acción o la omisión endilgada no encaja en ninguno de los tipos penales existentes en el estatuto represor.

Precisamente por lo que se acaba de explicar, con total ecuanimidad la jurisprudencia desde siempre ha sido enfática en precisar que:

“Cualquier duda u oscuridad que desdibuje o haga borrosa su prueba y aún la simple posibilidad de que el motivo pueda ser más tarde desvirtuado, debilitado o eliminado, impide legalmente dar aplicación a la norma, que en tal evento debe dar paso al adelantamiento de la acción, bien para que se califique el sumario, ya, si es del caso, para que se dicte sentencia”. -negrillas excluidas-

Con la expresión IMPOSIBILIDAD se está indicando que no puede existir ningún otro enfoque que haga viable la acusación y se contrapone a lo probable, a lo que puede llegar a ser en caso de que se tenga otra visión del asunto o se analicen otras hipótesis investigativas.

Lo anterior nos lleva a precisar igualmente, que hay un equivocado análisis del nivel de convencimiento para acusar, porque al decir del Tribunal de Casación existe una progresividad de las exigencias probatorias que caracterizan el proceso penal, para sostener que la imputación requiere la mera posibilidad, la acusación la probabilidad, y la sentencia la certeza, así que, será la posibilidad o la probabilidad en su caso, y no la certeza, la que debe regir el análisis del caso que nos convoca.

(…)

Consignadas esas premisas que la Colegiatura considera fundantes de la determinación que aquí habrá de adoptarse, lo que sigue es resolver el siguiente interrogante: ¿ha hecho la Fiscalía su mejor esfuerzo por dilucidar el compromiso delictual que se le atribuye a las personas aquí indiciadas?, o mejor: ¿podrá estar tranquila la judicatura que la presentación del caso por parte del delegado fiscal satisface los fines de justicia en el asunto concreto?

A dilucidarlo nos dedicaremos en el apartado final de esta providencia, no sin antes hacer esta última reflexión de trascendental importancia para el caso que nos convoca, y consiste en lo siguiente:

Para que prospere una preclusión por la causal 4ª consistente en la atipicidad de la conducta endilgada, debe tratarse de una atipicidad absoluta y no meramente relativa. Y eso es primordial entenderlo, porque no son pocas las ocasiones en que la Fiscalía propone la preclusión por un tipo penal determinado con respecto del cual evidentemente no están dados los elementos que lo configuran, pero se olvida o se pasa por alto que la acción o la omisión de la cual se trata sí encaja pero en un tipo penal distinto al que se viene averiguando. De allí que la Corte haya tenido que hacer esa claridad en diversas providencias, entre ellas en el radicado 31763 de fecha primero de julio de 2009,

(…)

En criterio del Tribunal, no están dadas las condiciones para decretar la preclusión en el caso concreto con efectos de res iudicata, y en tal sentido acompaña la posición disidente presentada tanto por el Procurador Judicial como por el juez de instancia, con fundamento en lo que a continuación se expone.

Cuatro cosas relevantes observa el Tribunal en el presente asunto**: La primera**, que el delegado fiscal limitó su intervención a varios aspectos que a su juicio eran los importantes para poder sacar avante su pretensión preclusiva, pero hizo caso omiso y no se pronunció respecto de otros que indicaban la necesidad de continuar la investigación. De ese modo, así la Corporación le conceda razón en varias de sus intervenciones porque se consideran acertadas, el no argumentar respecto de otros puntos esenciales hace inviable la solicitud de preclusión. **La segunda**, que las posiciones asumidas por los defensores se contraponen entre sí, o dicho de otra forma, por sacar avante la inocencia de cada uno de sus representados, se dejó comprometida la responsabilidad del otro copartícipe. **La tercera**, que de esas mismas intervenciones defensivas se extrae la necesidad de no precluir, en cuanto se destaca el deber de ahondar en la investigación para esclarecer situaciones que no están debidamente esclarecidas. **Y la cuarta**, que se han dicho muchas cosas a favor de los hasta ahora indiciados, pero se olvida que una cosa es decir y otra es probar, a consecuencia de lo cual diversas aseveraciones no cuentan aún con el respaldo probatorio respectivo. Obsérvese:

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, trece (13) diciembre de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN Nº 1386

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Diciembre 14 de 2017, 9:38 a.m. |
| Procesados:  | Germán Torres Salgado, Iván de Jesús Muñoz Torres y Alberto Arias Pimienta |
| Cédulas de ciudadanía: | 10229376 de Manizales (Cdas.), 10506998 de Dosquebradas (Rda.), y 10255774 de Pereira (Rda.), respectivamente.  |
| Delito: | Interés indebido en la celebración de contratos y otros. |
| Bien jurídico tutelado: | Administración Pública |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el representante de la Fiscalía contra el auto de julio 18 de 2017, por medio del cual se negó la preclusión solicitada. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se pronuncia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros, que entre el funcionario **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES** en su condición de representante legal del Instituto de Desarrollo Municipal de Dosquebradas (en adelante IDM) y **GERMÁN TORRES SALGADO** como representante legal del Consorcio Unión Temporal Torres Ospina, se celebró el convenio IDM 001 de 2006, cuyo objeto era la construcción del proyecto PANORAMA COUNTRY FASE II, a todo costo y a riesgo del oferente elegido en un bien inmueble del IDM, para familias de escasos recursos elegidas por el Ministerio del Medio Ambiente, el cual ascendía a la suma de 2447’802.236.oo, y que contaría como un mínimo de 120 viviendas en lotes no inferiores a 54 mts cuadrados. El constructor se obligó a ofrecer las garantías de cumplimiento, de calidad del bien, de estabilidad de la obra o proyecto en general, del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones del personal, de responsabilidad civil extracontractual por daños o perjuicios a terceros o a la entidad.

No obstante esas reglas que se consideraban claras, sucedió que no se construyeron las 120 viviendas sino solo 114, y el contrato finalmente no se liquidó ni en forma bilateral ni de manera unilateral o judicial, a consecuencia tampoco se constituyó la póliza de estabilidad de la obra con miras a que alguna Compañía Aseguradora se hiciera cargo de los costos de futuras fallas.

La indagación penal se formalizó a solicitud de la Dra. MARÍA CLARA CASTRO MARÍN en su condición de asesora del programa presidencial de modernización, como consecuencia de las quejas presentadas por varios residentes de la urbanización PANORAMA COUNTRY FASE II, en las cuales ponían de presente las deficiencias en la construcción de sus inmuebles, en particular que el material utilizado era diferente al que había sido ofertado, no solo en lo atinente a las viviendas sino también respecto a las vías y áreas comunes.

El plan metodológico se orientó a comprobar la existencia del punible de interés indebido en la celebración de contratos, a cuyo efecto fueron escuchadas en sendos interrogatorios las personas que se tenían como indiciadas, a saber: GERMÁN TORRES SALGADO, en condición de contratista por ser uno de los representantes legales de la Unión Temporal Consorcio TORRES OSPINA y directo obligado con respecto a la fase II del citado conjunto residencial. IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES, en calidad de Director del Instituto de Desarrollo Municipal de Dosquebradas (en adelante IDM), por ser la persona a quien correspondió la fase precontractual del contrato y en cuyo mandato se comenzó a ejecutar la obra. Y, finalmente, ALBERTO ARIAS PIMIENTA, de quien se afirma llevó a cabo labores propias de interventoría a nombre del IDM, aunque posteriormente se aseguró que su función se limitó a servir de supervisor en pro de los intereses particular del constructor.

1.2.- Al cabo de esas averiguaciones, el delegado Fiscal antes esta Corporación presentó formal solicitud de preclusión a favor de las tres personas vinculadas, la cual correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.). Petición que soporta en lo establecido en las causales 4a -atipicidad del hecho investigado- del artículo 332 C.P.P., toda vez que el ilícito que se endilga a los indiciados apenas aparece insinuado pero no se tienen elementos suficientes para establecer los elementos que lo configuran, a consecuencia de lo cual no podría materializarse la imputación, ni la acusación, ni mucho menos llegarse a la etapa de juzgamiento.

1.3.- Los argumentos que se esbozaron en pro de esa pretensión preclusiva, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- Según trabajo de investigación de OMAR DE JESÚS VÁSQUEZ MORALES, se estableció que no se constituyó la póliza de estabilidad de la obra o proyecto en general, y es de anotar que allí se menciona como interventor externo IDM al señor **ALBERTO ARIAS PIMIENTA**, sin embargo, según oficio de la entidad oficial el único interventor declarado en el convenio es el señor GASTÓN GÁMEZ BULLA y no se reconoce como tal a **ARIAS PIMIENTA** al no haberse realizado contrato con éste para esa finalidad.

- En el informe de evaluación se hace mención a que en la ejecución del contrato hubo lugar a la reubicación de las manzanas que conforman el proyecto debido a que encima, atravesando el lote, se encuentra una red eléctrica de **mediana tensión**, razón por la cual se hizo necesario dejar una franja de terreno que dio lugar a una variación en la conformación del proyecto

- Según el informe final del FONADE -entidad que viene haciendo un seguimiento desde febrero 21 de 2007- algunas viviendas presentan humedades, rupturas de elementos, fugas en instalaciones hidráulicas, por tanto se hace indispensable hacer un seguimiento a los tanques de almacenamiento que fueron donados por el constructor y no estaban ofertados dentro del proyecto, pero a raíz de los inconvenientes que presentan se recomienda su retiro o cambio para evitar deformidades posteriores. Así mismo las partes deben disponer la devolución de los subsidios no ejecutados, lo mismo que promover la correspondiente liquidación ante la Fiduciaria Central. Se añade que las vías en afirmado y perfiladas se deterioraron con las lluvias, a consecuencia de lo cual el IDM se comprometió a pavimentarlas.

- En el interrogatorio a indiciado del contratista **GERMÁN TORRES**, se asegura que él se presentó a una licitación pública y por eso le fue adjudicado el contrato. Que de las 120 casas se construyeron solo 114 debido a la reubicación de algunas manzanas con ocasión de la existencia de unas redes eléctrica de **alta tensión** en la zona. Y, que a la fecha (2014) aún se le adeuda una suma cercana a los cien millones de pesos por parte del IDM. A su turno, en el interrogatorio a **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ**, en calidad de Director del IDM, se aclaró que la interventoría de la obra estuvo a cargo de la empresa INTERVIS LTDA en cabeza del señor GASTÓN GÁMEZ, por tanto, el señor **ALBERTO ARIAS PIMIENTA** no fue en ningún momento interventor del proyecto sino supervisor del contratista, nombrado y pagado por él para los fines que estimara ese Consorcio. De igual modo se esclarece que no supo nada acerca de la culminación del proyecto porque a la fecha de su retiro (31 de diciembre de 2007) el mismo se encontraba en ejecución. Y, finalmente, con el interrogatorio a indiciado rendido por **ARIAS PIMIENTA**, se confirma que fue contratado como asesor técnico externo para esas obras por parte de LUIS HUMBERTO OSPINA –también representante del Consorcio-, y pese a que rindió varios informes no le fue cancelada suma alguna por su trabajo. Recuerda que el IDM tenía contratado como interventor de la obra al señor ADRIAN TORRES, y asegura que es verdad el inconveniente con las redes de alta tensión, lo que dio lugar a unos retiros o relocalización de las viviendas, y a consecuencia de ello se dejaron de construir algunas casas.

- Existe fallo absolutorio de la Procuraduría Provincial de Risaralda (2011) a favor de **IVÁN MUÑOZ** y **ALBERTO ARIAS**. Providencia en la cual se destacan varios ítem que interesan a la presente investigación por cuanto se concluye que ninguno de los mencionados obró a título de dolo o culpa.

- Con esa material probatorio no se da, en su criterio, la comprobación de los elementos que integran el punible de Interés Indebido en la celebración de contratos, porque: (i) la denuncia no se refirió a tal tópico, solo hace mención a algunas deficiencias en las construcciones; (ii) los informes de los investigadores tampoco se refieren a ese punible, así: el del 2010 rendido por OMAR VÁSQUEZ indica que el contratista **GERMÁN TORRES** no usó el crédito que le fuera aprobado por valor de 800 millones de pesos. El otro informe de 2010 del mismo investigador hace un recuento de lo averiguado y menciona que se cumplieron todas las exigencias en la etapa precontractual, con la constitución de todas las garantías por parte del constructor, entre ellas la póliza de estabilidad de la obra o proyecto en general (folios 274 y 277), misma que se echó de menos por el citado investigador a folio 291, pero que criterio del delegado fiscal: “en general nada tiene relación con el delito que se está analizando”. De allí que lo que corresponde es mirar el desarrollo del contrato para intentar establecer sí se presentaron conductas típicas, y lo que se percibe en lo siguiente: Es verdad como lo dice el investigador que el constructor no constituyó la póliza de estabilidad de la obra como se había comprometido, pero tal situación vendría a ser un elemento de otro delito, el de la celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales (art. 410 C.P.). Existen unos principios que regulan la contratación estatal de conformidad con la constitución nacional y la Ley 80/93, pero concluye que la no constitución de esa garantía no es vulneradora de los principios de la contratación estatal. Y al respecto llama la atención acerca de los motivos para el no cumplimiento de esa garantía, y para ello trae a colación la ampliación de interrogatorio al indiciado **GERMÁN TORRES SALGADO**, quien refirió que es posible que esa póliza no se haya constituido, pero lo fue POR FALTA DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN, como quiera que en la contratación con las entidades públicas esa póliza se constituye al finalizar la obra porque está diseñada precisamente como garantía de lo ya construido. Siendo así, estima que procede una preclusión por la causal ATIPICIDAD del hecho investigado, en cuanto la omisión consistente en la no constitución de la póliza de garantía de la estabilidad de la obra no colma las exigencias para que el comportamiento atribuido se encasille dentro de una infracción a los principios que están inmersos en la contratación estatal.

- Destaca el delegado que la Procuraduría no le dio relevancia a esa omisión para efectos de encontrar una irregularidad que ameritara una sanción de orden disciplinario, y a ese efecto se señala que el señor **ALBERTO ARIAS** no era realmente el interventor de la obra sino la empresa INVERVIS LTDA representada legalmente por GASTÓN GÁMEZ, así que lo que hizo el señor **ARIAS PIMIENTA** fue una interventoría pero para la empresa constructora, según contrato suscrito con el señor LUIS HUMBERTO OSPINA VÉLEZ, situación que genera responsabilidad entre particulares pero no frente a la administración; aunque quedó demostrado de todas formas que ARIAS PIMIENTA sí cumplió con su gestión, e incluso el órgano de control concluye que algunas inconsistencias en la obra se derivaron de la intervención del ya citado.

- Finalmente, en lo que hace con el indiciado **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES** se tiene que en su condición de Director del IDM no le cabe responsabilidad alguna si en cuenta se tiene que esa omisión de constitución de póliza de estabilidad no le es adjudicable en cuanto se desvinculó en el año 2007 cuando la obra no había culminado, y se requería esa culminación para la constitución de esa garantía. En otras palabras, este funcionario ya había perdido el dominio del hecho y por tanto no le era imputable objetivamente ese resultado consistente en no haberle exigido la suscripción de esa póliza al contratista.

1.4.- El apoderado del víctimas, en nuestro caso quien representa los intereses procesales del Municipio de Dosquebradas (Rda.), dio cuenta que el Comité de Conciliación del ente territorial decidió aceptar la posición del Fiscal en el presente asunto al observar que los argumentos en los que basa su solicitud son totalmente válidos y ajustados a derecho.

1.5.- El delegado del Ministerio Público se opuso a la pretensión preclusiva de la Fiscalía con los siguientes argumentos:

- En octubre 18 de 2005 se presentó un proyecto denominado PANORAMA CONTRY ETAPAS UNO y DOS, por parte del IDM al FINDETER para ser sometido al proceso de elegibilidad. En enero de 2006 el IDM celebró ese convenio con el Consorcio TORRES OSPINA para esa construcción. El objetivo era la construcción de 200 -sic- viviendas en lo cual participaría el Estado con unos subsidios y los adquirentes pagarían unas cuotas con créditos especiales que les iban a ser concedidos, o sea que había participación pública y privada. Se celebró igualmente un contrato de interventoría del 09 de septiembre de 2006, entre el IDM y la entidad INTERVIS LTDA.

- Por falta de una debida planeación se presentaron múltiples irregularidades ya que seis de esas viviendas no pudieron hacerse porque pasaba un cableado por esa zona. Falta de planeación que le es adjudicable al Director del IDM en ese momento, pero la Fiscalía no ha hecho una averiguación adecuada acerca de la responsabilidad que le puede corresponde al señor **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ** para esa época del año 2005, como quiera que ello dio lugar a un desembolso de recursos estatales por concepto de subsidios a favor del señor **TORRES SALGADO** por un valor de 59’976.000.oo, según lo constató tanto la Contraloría Municipal como la Fiscalía por intermedio de sus peritos, referidos a esas casas que no se construyeron.

- El convenio había sido establecido por el término de un año, pero posteriormente se modificó a 15 meses, y se supone que la obra fue entregada en el año 2009, es decir, de manera extemporánea, con una grave afectación para las familias de escasos recursos.

- Adicionalmente, la Contraloría Municipal constató y certificó que las casas presentaron múltiples fallas constructivas (humedades, goteras, cubiertas mal instaladas, fisuras en pisos y paredes) según acta de visita del 26 de abril de 2010, lo mismo que en un fallo emitido por un juez administrativo en proceso de acción popular de 2015, donde se emitieron órdenes tanto al IDM como al Consorcio TORRES OSPINA en lo relacionado con la etapa dos de esa urbanización.

- Con ese proceder irregular se actualizaron múltiples normas del Código Penal: Interés Indebido en la Celebración de Contratos (por interventoría pasiva durante la ejecución del contrato, o sea que hay una grave sospecha del no interés de hacer seguimiento a la ejecución de la obra). Contrato sin el cumplimiento de requisitos legales (por falta de planeación); y, adicionalmente, se desprende del informe principal del investigador OMAR VÁSQUEZ (obrante al folio 270 del Cuaderno # 1) que este contrato no se liquidó como era el deber del IDM. Y si bien para ese momento ya no estaba el Dr. IVÁN DE JESÚS MUÑOZ, entonces se pregunta: ¿dónde está la responsabilidad que le cabe al director para esa época del IDM?, como situación que da pie a sostener que se estaría hablando de un prevaricato por omisión al no haberse liquidado ese Convenio tal como lo manda la Ley 80/93.

- Tampoco ha aclarado la Fiscalía qué pasó con la interventoría que debía ejercer la empresa INTERVIS contratada para el efecto, dado que se entiende que esta entidad contrató a su vez al señor **ALBERTO ARIAS** -sic-. Y se pregunta: ¿si no hubo interventoría, cómo se hicieron los pagos totales al constructor? De allí que la indagación está huérfana de evidencia rotunda acerca de la ausencia de responsabilidad.

- Se destaca igualmente la posible configuración de un delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, porque no se sabe qué pasó con los dineros invertidos en esas viviendas, cuando de antemano están plenamente establecidas las falencias de los materiales con los cuales se hicieron esas obras.

Concluye diciendo en consecuencia que hay muchas personas involucradas que no han sido vinculadas (entre ellos los funcionarios de INTERVIS y el Director del IDM para el año 2009 cuando supuestamente se hizo entrega de la obra y se emitieron algunas constancias para lograr los pagos totales sin haberse hecho la liquidación). Y debe profundizarse acerca de la participación de los señores **IVÁN MUÑOZ** y **ALBERTO ARIAS** respecto a cada una de estas temáticas, ya que no hubo informes de seguimiento a la obra por un período muy amplio, a lo cual se suma el incumplimiento severo de parte del contratista **TORRES SALGADO**, ya que hay múltiples entrevistas de los residentes acerca de las inundaciones por andenes más altos que las casas, lo cual constituye una marcada improvisación.

1.6.- La apoderada judicial de los indiciados **GERMÁN TORRES** y **ALBERTO ARIAS** dijo compartir plenamente la argumentación fiscal acerca de la atipicidad, y estar en total desacuerdo con el Ministerio Público por lo siguiente:

- En relación con el señor **ARIAS PIMIENTA** se tiene que aclarar que este profesional no trabajó para la interventoría del contrato, sino que ejerció funciones de carácter técnico para el Consorcio TORRES OSPINA. En cuanto a **GERMÁN TORRES**, como representante legal del citado Consorcio, hay lugar a admitir que estamos hablando de un contrato estatal y por tanto el marco normativo no es otro que la Ley 80/93 con sus decretos reglamentarios, lo cual significa que correspondía al IDM como entidad contratante adelantar todos los estudios previos tanto técnicos, como financieros y jurídicos. Y además le correspondía al IDM hacer las especificaciones técnicas del objeto a contratar, porque si se considera que se trataba de unas viviendas de interés social, entonces sus especificaciones no le correspondían al oferente o interesado en el proceso licitatorio, las tenía que establecer por supuesto el IDM.

- También es claro que los contratos estatales se celebran bajo el principio de la buena fe, y ello aplica para todas las etapas de la contratación (precontractual, contractual, de ejecución y de liquidación), a lo que se añade el principio de la confianza legítima en donde operan los poderes exorbitantes de parte del Estado, de allí que el particular llega atado por esas condiciones. De igual forma, acorde con la cuantía, se tenía que adelantar un proceso licitatorio, el cual no es tema de controversia y en el cual resultó adjudicatario la Unión Temporal en cabeza de su cliente. De allí se pasó a la suscripción del contrato. Se pactaron varias garantías, entre ellas la de estabilidad que es materia de la inconformidad. Se empezó a ejecutar el contrato y es sabido que la mayoría de contratos no se cumplen como se estableció en la etapa precontractual. No hay un proceso contractual ideal, a consecuencia de lo cual la ley prevé las modificaciones unilaterales y los arreglos directos entre las partes.

- Ocurrió que en el lugar existían unas redes de energía con sus respectivos postes, y ello ocasionó que no se pudieran ejecutar todas las viviendas que estaban previstas en la etapa precontractual. Se trataba por tanto de un manejo que debía prever la entidad en la etapa precontractual con la interacción para el traslado de esas redes con las entidades de servicios públicos domiciliarios que prestan ese servicio. Lo cual significó la reubicación de la que da cuenta la etapa de ejecución del convenio. Y adicionalmente, por supuesto, la necesidad de hacer devolución de algunos subsidios, tal cual se hizo como consta y está probado. De allí que no cabe hablar de un presunto PECULADO POR APROPIACIÓN en cabeza de **GERMÁN TORRES SALGADO**.

- Se suma a lo anterior la pérdida de dinero de parte del contratista con ocasión de las modificaciones que se tuvieron que hacer al contrato, y ello tuvo su razón de ser en el hecho de no haberse podido ejecutar al 100% el contrato por razones no atribuibles al Consorcio. En efecto, al momento de vencerse el plazo contractual el IDM le adeudaba al Consorcio un valor superior a los 100 millones que aún no se ha devuelto.

- Es sabido que la interventoría tenía que estar precedida de un concurso de méritos, al cabo del cual se adjudicó al mejor oferente, así que de acuerdo con el convenio esa interventoría era la encargada de verificar si el Consorcio estaba cumpliendo o no estaba cumpliendo. Y resulta que aquí no solo hubo esa interventoría, sino que también contó con la supervisión externa de FONADE, la que se sabe es muy meticulosa. En los informes de interventoría se está diciendo que el Consorcio cumplió. El régimen de garantía no es otro que el exigido en la ley de contratación pública, es sabido que aquí se constituyó un amparo de cumplimiento, un amparo de salarios y prestaciones, y le llama la atención que en la etapa de ejecución no se impuso una multa por algún incumplimiento de carácter parcial, cuando bien se hubiera podido hacer con los podres exorbitantes de la entidad oficial. Ni mucho menos se adelantó una declaratoria de siniestro por el incumplimiento de ese contrato, como tampoco se tiene noticia que la Compañía Aseguradora haya sido llamada a esa actuación administrativa porque ello presta mérito ejecutivo.

- El Ministerio Público hizo alusión a una acción popular que está debidamente ejecutoriado. Pero ocurre que allí se tomó una determinación con fundamento en una prueba pericial por medio de la cual se concluyó que se tenían que realizar unas obras en esa etapa II, y para el efecto el IDM debía coordinar con la Unión Temporal para el efecto. Obras que ya están ejecutadas en cuanto a lo que tenía que ver con el Ing. **GERMÁN TORRES**. Reparaciones que no fueron estructurales, porque ninguna de esas casas se ha caído o amenaza algún desastre o ruina, ni es zona de riesgo, e incluso muchos de los propietarios no permitieron la intervención. Hubo reparaciones menores, se hizo un muro de contención, y la estabilización de un talud.

En esos términos, concluye, no hubo detrimento patrimonial o fiscal, y menos comportamiento que ameritara una sanción disciplinaria; antes por el contrario, a contratista que correspondió invertir 450 millones de pesos adicionales; en consecuencia, se debe conceder la preclusión solicitada.

**1.7.-** El apoderado del funcionario indiciado **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES**, se refiere a la falta de planeación aludida por el Ministerio Público, para señalar que no están dados los presupuestos para el verbo rector PLANEAR que consagra el tipo penal. Ello porque en materia de contratación siempre se debe estar inmerso en la ley marco, Ley 80/93, y sus decretos reglamentarios. Su cliente llevó a cabo todos y cada uno de los pasos y fases del proceso contractual, porque en lo misional, para el deber ser, había una Junta Directiva que efectuó un análisis juicioso de índole técnico, jurídico, y administrativo. Y Junta, contando con la asesoría técnica especializada, certificó que no existía ningún tipo de riesgo para llevar a cabo esa construcción en esa zona. Incluso hay concomitantemente unos certificados acerca de la prestación de servicios públicos, y de igual modo certificados de Planeación Municipal para una zona residencial, con una transversalidad intersectorial con certificado de disponibilidad de energía eléctrica emanada de la CHEC, y unos estudios de suelo, levantamiento de planos topográficos, y otros anexos de índole urbanístico. O sea que hubo unas sinergias de PLANEACIÓN en lo que le correspondía a su representado. Y, por si fuera poco, en todo esto fue coactora la Secretaria de Planeación y la Secretaría de Desarrollo, incluida la Cámara de Comercio. O sea que sí se planeó.

Existe a su modo de ver una dicotomía entre lo administrativo y lo penal, en lo que hace al tipo penal de Interés Indebido en la Celebración del Contrato, porque el verbo rector planear no encaja en el ilícito en comento. Con mayor razón cuando su cliente salió de la entidad mientras el contrato estaba en una etapa contractual y no se había finiquitado.

Por último, es del criterio que el Ministerio Público exhorta a la investigación de un presunto PECULADO POR APROPIACIÓN que no está en cabeza de su prohijado, y el fiscal depreca con argumentos sólidos una preclusión, así que la judicatura debe acompañar la solicitud en esos términos.

**1.8.-** Lo determinado por el juez de instancia consistió en negar la preclusión y su decisión descansa en los siguientes argumentos:

- La causal genérica que permite la procedencia de una preclusión, descansa en la ausencia de mérito para acusar, y en este caso especifico la causal que se esgrime acorde con esa exigencia es la atipicidad de la conducta investigada.

- De la actuación se extraen que efectivamente se celebró el convenio para la construcción del barrio PANORAMA COUNTRY II, que durante la ejecución se presentaron variaciones tales como el retiro de uno de los contratistas, las modificaciones en los materiales de las viviendas, y la no entrega de las vías según lo acordado.

- No es clara la función de interventoría, porque la actividad que cumplía en la obra el señor **ALBERTO ARIAS PIMIENTA**, según se afirma solo era la de supervisor a nombre del Consorcio.

- Se sabe que las viviendas a construir eran 120 y apenas se construyeron 114, a consecuencia de la existencia de unas torres de energía en el sector; pero no se entiende la razón por la cual no fue prevista esa circunstancia tanto por el Consorcio como por el IDM, ni se sabe tampoco si los dineros correspondientes a las casas no construidas fueron devueltos.

- Según el principio de la buena fe, se presume que los contratantes conocen los requisitos para la contratación, con mayor razón tratándose de la construcción de una obra. De ese modo, era un deber de todos haber constituido los estudios previos que son de carácter obligatorio, y no se aprecia en el expediente que efectivamente ello se hubiere realizado.

- Es aventurado sostener desde ya que el contratista **GERMÁN TORRES** no incurrió en alguna conducta punible habida consideraciones a las irregularidades detectadas en la ejecución del contrato según quejas de los propietarios, y por el hecho de no requerir la liquidación del convenio como era su obligación.

- Respecto a lo atinente al señor **ALBERTO ARIAS**, no obstante asegurarse que él solo operó como supervisor de la constructora, los documentos que reposan en la carpeta demuestran totalmente lo contrario porque allí figura como “interventor externo del IDM”, y de los cuales se destaca la inconsistencia en la función ejercida, al igual que las contradicciones surgidas entre los reportes suscritos por el citado con los resultados de la supervisión de FONADE. Incluso llama la atención la exhortación de FONADE para que el interventor de la obra rinda informes con periodicidad mensual, y el hecho de aparecer un acta de certificación de terminación de obra del citado convenio, el cual suscriben **GERMÁN TORRES** como constructor, y **ALBERTO ARIAS** como interventor delegado por IDM de fecha 31 de marzo de 2008.

- Al indiciado **IVÁN DE JESÚS RAMÍREZ** no lo desliga el hecho de haberse desvinculado de la empresa oficial antes del fenecimiento del convenio, porque tenía la obligación de verificar y estar atento a las variaciones en la ejecución del contrato, con mayor razón cuando existían múltiples quejas de parte de la comunidad.

- No es posible justificar la no constitución de la póliza de estabilidad en el hecho de no haberse liquidado el contrato, ya que era una obligación liquidarlo, tal cual lo pone de presente la doctrina autorizada en la materia. Lo dicho, en cuanto esa garantía tiene aplicación precisamente a partir de la entrega de la obra con miras a amparar los deterioros futuros.

- No se entiende la razón por la cual se dejaron pasar todos los términos legales para liquidar el contrato (bilateral, unilateral o judicial), con mayor razón si como lo dice el constructor **TORRES SALGADO** la administración le quedó debiendo una suma de dinero considerable (saldo a favor).

Ante esas inconsistencias y vacíos, el juez de conocimiento fue del criterio que se debían vincular a otras personas para que dieran cuenta razonada de sus gestiones, entre ellos los funcionarios que participaron en calidad de Directores del IDM y el interventor GASTÓN GÁMEZ BULLA; en consecuencia, no decretó la preclusión solicitada por la Fiscalía General de la Nación con miras a que se continuara la investigación por un delito contra la Administración Pública.

1.9.- Inconforme con la decisión adoptada, el delegado del ente acusador la impugnó, y procedió a sustentar su inconformidad en el acto.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -recurrente-

En cuanto al indiciado **ALBERTO ARIAS PIMIENTA** no es correcto afirmar que fungió como interventor de la entidad IDM, ni tampoco estuvo vinculado con la entidad INTERVIS LTDA, sino que fue un supervisor de la constructora a cargo del señor **GERMÁN TORRES**. Si aparece en algunas de las actuaciones fue en razón a la condición quizá de auditor de la constructora, motivo por el cual no hay forma de vincularlo formalmente a la presente actuación, en atención a que obra como un particular sin estar en ejercicio de funciones públicas. Quiere por tanto que el Tribunal valore el oficio remitido por la entidad oficial por medio del cual desvincula a esta persona de toda participación como interventor en esa obra.

Respecto al vinculado **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ**, se tiene que bajo sus auspicios se inició el contrato y se empezó a ejecutar la obra, pero el cargo solo lo desempeñó hasta el 31 de diciembre de 2007, motivo por el cual ya no tenía el dominio del hecho ni es posible atribuirle responsabilidad porque no podía estar presente al momento de la liquidación del contrato, a consecuencia de lo cual no comparte la decisión en el sentido de sostener que él estaba en el deber de permanecer vigilante de esa obra, porque de hacerlo estaría incurriendo en un abuso de la función pública, un abuso de autoridad, o quizá una usurpación de funciones.

Resta por tanto analizar la situación del comprometido contratista **GERMÁN TORRES SALGADO**, y a este respecto se tiene que a él se le atribuye el no haber liquidado el contrato y no haber constituido la póliza de estabilidad de la obra. En relación con la no constitución de la póliza de estabilidad trae a colación un reciente precedente de la C.S.J., concretamente la providencia de noviembre 23 de 2016 bajo el radicado 46037, en la cual se analizó un caso similar y se concluyó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el no otorgamiento o aprobación de la póliza de cumplimiento o la presentación del certificado de disponibilidad presupuestal, no representan condiciones de perfeccionamiento ni de validez para la ejecución de los contratos, por ende, su inobservancia no genera la inexistencia o la nulidad del mismo, sino una irregularidad administrativa que deriva en una responsabilidad personal y patrimonial del servidor público, pero no de carácter penal al tenor del artículo 410 C.P., si el requisito incumplido consiste en permitir la ejecución del contrato sin haberse aprobada la garantía de cumplimiento pues ello no concierne al perfeccionamiento ni la validez del contrato, en consecuencia, el comportamiento deviene atípico.

Ya en lo referente a las irregularidades presentadas en la ejecución del contrato y de las cuales daba cuenta la denuncia inicial, como las fallas de unos taques de reserva y demás contratiempos en la construcción. Pero ocurre que esos tanques no hacían parte del contrato sino que fueron una donación del constructor, a consecuencia de lo cual no podían ser motivo estructurante de una infracción penal. Ahora, en cuanto a no haber solicitado la liquidación del contrato, lo que se sabe es que el señor **TORRES SALGADO** sí hizo la solicitud de liquidación ante el IDM; en consecuencia, por no ser un acto unilateral, sino endilgable al trámite interno de la entidad contratante, no es una situación atribuible a su responsabilidad. Además es sabido que las Compañías Aseguradoras no permiten la constitución de las pólizas de estabilidad sin la firma del acta de liquidación.

Finalmente, en cuanto a la necesidad de vincular a otras personas, aclara que como fiscal de apoyo no se podía desligar del lineamiento que le había dado su antecesor a la presente indagación. Pero todo ello se soluciona fácilmente con la respectiva compulsa de copias.

**2.2.-** Apoderado del Municipio –no recurrente-

No hace ningún pronunciamiento porque insiste en que la posición asumida por el Comité de Conciliación es acolitar la posición de la Fiscalía.

**2.3.-** Procurador Judicial -no recurrente-

El señor fiscal no hizo mención a las irregularidades detectadas en la etapa primigenia del convenio. Se contrató la construcción de unas viviendas que quedaron mal terminadas, y además no se realizaron todas las que estaban proyectadas. La planeación fue un principio incumplido y en ello se opone a los planteamientos ofrecidos por el señor defensor cuando alude a que la planeación no es un requisito objetivo del tipo. Lo dicho en cuanto como lo aseguró el señor juez de instancia -sic-, la planeación está consagrada en el artículo 209 C.N., y su incumplimiento da lugar a la configuración del tipo penal de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales.

Es cierto como lo señala el delegado fiscal con apoyo en la jurisprudencia, que las irregularidades que se presentan en la etapa de ejecución del contrato no encuadran en el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cuando se trata de exigencias no esenciales, ya que ese tipo penal se enlista a lo que tiene que ver con la etapa precontractual, la etapa de la celebración y a la de liquidación, mas no a la ejecución del contrato. Pero de la jurisprudencia se extrae que otros delitos sí pueden cometerse en la etapa de ejecución cuando se cometen irregularidades tales como en este caso el cambio de materiales, que bien podría dar lugar al delito de peculado por apropiación, aspecto no dilucidado por la Fiscalía, lo cual impide la preclusión.

La no liquidación del contrato sí es relevante, y si bien no le es atribuible al señor **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ**, si era del resorte del funcionario que lo reemplazó y estaba presente para el momento de la entrega de la obra. La liquidación es un requisito esencial del contrato, y su no realización constituye delito de prevaricato por omisión.

Asegura no compartir la excusa consistente en que el señor **GERMÁN TORRES** solicitó la liquidación pero eso no dependía de él, cuando se sabe que él era para ese momento un promotor de la actividad social que le corresponde al Estado y por tanto le cabe coautoría en el prevaricato por omisión. Y tampoco está de acuerdo con la posición fiscal en el sentido que se compulsen copias en contra de los restantes personajes potencialmente involucrados, cuando se sabe que todo esto es un todo integral, y no es pertinente generar múltiples indagaciones cuando lo correcto es adelantar una sola.

La interventoría es algo bien problemático en el asunto, porque en un contrato tan cuantioso como este no se entiende por qué si el municipio contrata con una empresa de interventoría la misma no aparece y las actas las firma el señor **ALBERTO ARIAS PIMIENTA**, situación que se aprovecha para finiquitar el asunto y proceder al cobro respectivo. La pregunta es, por qué si el referido no era el interventor, entonces a qué se debe que su firma sí sirva para hacer el cobro respectivo. Por qué para esos efectos su intervención si sirve, pero ya para el proceso penal aparece que no tuvo ninguna participación o incidencia en el asunto. Hace falta vincular por tanto al verdadero interventor para que explique estas inconsistencias; se ignora, por ejemplo, si tercerizó la intervención y se la delegó al señor **ARIAS PIMIENTA**.

Llama la atención respecto a los informes presentador por el investigador OMAR VÁSQUEZ, lo mismo que al contenido del fallo administrativo, en el cual se advierten que los dineros entregados para esas obras finalmente no se vieron reflejados en forma efectiva, y no apareció una Aseguradora a responder por esas consecuencias.

**2.4.-** Apoderada de los indiciados TORRES SALGADO y ARIAS PIMIENTA -no recurente-

Comienza por resaltar que el marco normativo que rigió la contratación entre GERMÁN TORRES y el IDM era la Ley 80/93, y si bien esta menciona los estudios previos, fue realmente la Ley 1150/07 que modificó el estatuto de la contratación la que vino a regular de mejor manera la forma como se debían realizar esos estudios previos. A consecuencia de ello resalta que la etapa precontractual es una etapa de exclusiva responsabilidad de la entidad oficial, por ser la columna vertebral de las reglas que van a conducir la ejecución del contrato, y la entidad no podía trasladar esa responsabilidad a sus futuros contratistas, porque precisamente de allí partió el proceso licitatorio en el que resultó adjudicataria la Unión Temporal Consorcio Torres Ospina.

Quedan evidenciados así los principios del poder exorbitante del Estado, la buena fe y la confianza legítima, y hasta allí no hay ningún problema alguno, porque se suscribe el acta de iniciación y se da comienzo a la ejecución de la obra. Pero sucedió que dentro de la ejecución de la obra se presentaron inconvenientes de carácter técnico, que no eran imputables al contratista sino a la entidad contratantes, concretamente que unos postes de energía atravesaban una zona donde se iban a realizar las construcciones, situación que dio lugar a la no construcción de algunas viviendas y los subsidios recibidos por ese concepto fueron devueltos y el contratista en ningún momento se apropió de esos recursos. Textualmente asegura que: “Hubo modificaciones en la ejecución del proyecto y a ese respecto no se ha profundizado en esta investigación”.

Por disposición del estatuto de la contratación pública, en el presente contrato la interventoría tenía que ser externa, y como era externa tenía qué adelantarse un concurso de méritos como efectivamente ocurrió. De igual modo, por la tipología del contrato que se trata de la construcción de vivienda de interés social con subsidios, esos dineros deben ser manejados por medio de una fiducia, a cuyo efecto se tuvo que suscribir un contrato de encargo fiduciario, y esa por esa vía que se debían ir desembolsando los recursos al contratistas. O sea que ni siquiera bastaba la firma solo de la interventoría lo que permitía el desembolso de los recursos.

Destaca que durante la ejecución del contrato no se presentaron requerimientos al contratista por la calidad de la obra por parte de la interventoría externa. Es cierto sí que se tramitó y culminó una acción popular, pero lo allí ordenado se cumplió a cabalidad en su totalidad en lo que correspondía a su cliente, y en ello se gastó más de 600 millones de pesos al día de hoy.

El acta de liquidación sí la solicitó el ingeniero **GERMÁN TORRES**, pero ello no es tan sencillo, porque si bien se trata de un ajuste de cuentas entre los contratantes, lo cierto es que tal situación requiere el lleno de unos requisitos como es la comprobación del pago de parafiscales y seguridad social, Sena, etc, etc, y la legislación establece que ello se deberá realizar dentro de los cuatro meses siguientes al fin de la obra, pero si no se hace dentro de ese lapso la gestión corresponderá a la entidad quien cuenta con un plazo de dos años a partir del fenecimiento del plazo contractual para hacerla de manera unilateral. Pasado ese plazo el funcionario pierde la competencia para obrar en ese sentido, y eso fue lo que al parecer sucedió en este caso. De allí que el contratista no podía estar incurso en un prevaricato por omisión, porque él cumplió lo que estaba de su parte.

Ahora, en cuanto a los deterioros en la construcción, debe aclararse que el tema de los tanques está demostrado que fue una donación de parte de su cliente y por lo mismo no podía atribuirse responsabilidad alguna por ese concepto. Las casas no quedaron mal construidas, cumplieron las especificaciones técnicas exigidas por el IDM. Si posteriormente con la acción popular se hicieron algunos ajustes, es necesario resaltar que ninguna de esas casas se ha caído, o presenta deficiencia estructural.

Finalmente, en cuanto al ingeniero **ARIAS PIMIENTA**, él no fue interventor de la obra, para haberlo sido tendría que haber suscrito un contrato de consultoría con el IDM, y no hay ese contrato de consultoría. En relación con ello hay que diferenciar lo que es una supervisión y lo que es una interventoría, y en este caso el ingeniero **ARIAS** realizó una labor específica para el contratista relacionada con la supervisión, pero era propia del contratista y no relacionada con el IDM porque ni siquiera hay contrato de prestación de servicios entre ARIAS y el IDM.

2.5.- Apoderado del indiciado IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES -no recurrente-

Nunca dijo como lo sostiene el Procurador Judicial, que la planeación no fuera un principio de la actividad contractual del Estado, lo que indicó es que su cliente realizó todas las actividades de planeación a las cuales hace alusión la Ley 80/93 y sus decretos reglamentarios.

El señor juez sostiene que lo ocurrido obligaba al señor **MUÑOZ** a verificar el contrato, pero lo que está claro es que no existen elementos materiales probatorios para sostener que existió un provecho propio o a favor de terceros en relación con este contrato, y de ese modo no se colman las exigencias del artículo 409 C.P. referido al interés indebido en la celebración del contrato.

Se hizo mención al artículo 410 C.P. atinente al contrato sin cumplimiento de requisitos legales y se trajo como argumento la no constitución de la póliza de estabilidad de la obra, pero es clara la jurisprudencia en el sentido que ello no constituye un requisito esencial para la ejecución de los contratos. Con mayores veras en este caso cuando su prohijado en esa etapa ya no ejercía como funcionario, y por lo mismo no se le puede atribuir responsabilidad penal alguna.

**2.6.-** Sustentado en debida forma el recurso de apelación, el juez de conocimiento lo concedió en el efecto suspensivo, y dispuso la remisión de los registros a esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Para resolver, se considera

**2.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395/10-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

**2.2.-** **Problema jurídico planteado**

El asunto que concita la atención de la Sala se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la decisión emitida por la primera instancia, mediante la cual se negó la preclusión solicitada a favor de los indiciados GERMÁN TORRES SALGADO, IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES, y ALBERTO ARIAS PIMIENTA, al considerar que no se encuentra acreditada la causal invocada por el representante de la Fiscalía.

**2.3.- Solución a la controversia**

De la situación fáctica mencionada con antelación, se observa que la decisión adoptada por el funcionario judicial de primera instancia de no precluir a favor de los investigados TORRES SALGADO, MUÑOZ TORRES, y ARIAS PIMIENTA el trámite preliminar que en contra de éstos se adelanta por la conducta punible de interés indebido en la celebración de contratos, es compartida por el agente del Ministerio Público, pero cuestionada por el representante de la Fiscalía, quien a su vez es coadyuvado por el apoderado de la víctima y por los defensores de los indiciados.

Las posiciones que fueron esbozadas en el trámite de la instancia son múltiples y de variada índole, a consecuencia de lo cual el Tribunal procederá de la siguiente manera: Indicará primero qué se requiere para que prospere una solicitud de preclusión. Luego penetrará en el tema de los principios que orientan la contratación estatal, en particular lo atinente al principio de la planeación, ya que el mismo fue mencionado por el Ministerio Público pero finalmente ni el señor juez, ni el señor fiscal hicieron referencia a esa temática, no obstante la abierta oposición que presentó en esa materia el señor apoderado del funcionario indiciado **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES**. Finalmente, se dirá qué posición asume la Sala con respecto a los argumentos en pro y en contra de la tesis de la atipicidad que propone el delegado fiscal respecto a las acciones y/o omisiones adjudicables a cada uno de los indiciados, y la viabilidad o no viabilidad de proceder a una preclusión con efectos de cosa juzgada en el caso concreto.

 *- Requisitos para que prospere una solicitud de preclusión.*

Ha hecho carrera el pensamiento según el cual el simple hecho de existir duda con respecto a la coautoría y responsabilidad de un indiciado, es situación que justifica per se la preclusión. Se trata de una forma de pensar que llama la atención de la Sala y amerita que la Corporación haga una reflexión previa a ese respecto, porque si ese pensamiento prospera, múltiples investigaciones tendrían que ser archivadas definitivamente sin que previamente se haga un esfuerzo por esclarecer la verdad. Explicamos:

A juicio del Tribunal, dígase desde ya, para que proceda una preclusión con efectos de res iudicata, la susodicha duda probatoria debe tener la condición de “insuperable” o “insalvable”; de lo contrario, es decir, si existe alguna posibilidad de allegar nuevos o mejores elementos de conocimiento que contribuyan a dilucidarla o disiparla, el funcionario judicial no puede optar por un cese de la acción penal sino por su persistencia para que se agote en debida forma el trabajo metodológico. O dicho de otro modo, para que la preclusión se viabilice debe existir plena prueba de alguna de las causales establecidas en la ley, y en nuestro caso lo que se está proponiendo es la declaratoria de la atipicidad del comportamiento, lo cual traduce que la acción o la omisión endilgada no encaja en ninguno de los tipos penales existentes en el estatuto represor.

Precisamente por lo que se acaba de explicar, con total ecuanimidad la jurisprudencia desde siempre ha sido enfática en precisar que:

**“Cualquier duda u oscuridad que desdibuje o haga borrosa su prueba y** **aún la simple posibilidad de que el motivo pueda ser más tarde desvirtuado, debilitado o eliminado**, impide legalmente dar aplicación a la norma, que en tal evento debe dar paso al adelantamiento de la acción, bien para que se califique el sumario, ya, si es del caso, para que se dicte sentencia”.[[1]](#footnote-1) -negrillas excluidas-

Con la expresión IMPOSIBILIDAD se está indicando que no puede existir ningún otro enfoque que haga viable la acusación y se contrapone a lo probable, a lo que puede llegar a ser en caso de que se tenga otra visión del asunto o se analicen otras hipótesis investigativas.

Lo anterior nos lleva a precisar igualmente, que hay un equivocado análisis del nivel de convencimiento para acusar, porque al decir del Tribunal de Casación existe una progresividad de las exigencias probatorias que caracterizan el proceso penal, para sostener que la imputación requiere la mera posibilidad, la acusación la probabilidad, y la sentencia la certeza, así que, será la posibilidad o la probabilidad en su caso, y no la certeza, la que debe regir el análisis del caso que nos convoca. Textualmente se ha dicho:

“En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple *posibilidad*.

[…]

El escrito de acusación se adopta atendiendo a la *probabilidad* de que el hecho o hechos configuradores de la *notitia criminis* puedan ser atribuidos penalmente a una persona. Es decir, la adquisición de la categoría de acusado se reconoce a toda persona a quien se le atribuya, **más o menos fundadamente**, un hecho punible. Para devenir formalmente en acusado no basta con ser sospechoso sino que se requiere un estudio y valoración de los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida por parte de la Fiscalía, para así señalar en el escrito de acusación a una persona como probable responsable de los hechos (art. 336 *ib*.).[[2]](#footnote-2)-resaltado ausente-

Dígase incluso, para reforzar lo dicho, que para llegar al proferimiento de un fallo de condena basta la verdad formal que se desprende del acervo probatorio, y no indispensablemente la verdad material que nunca estará al alcance del juez. Así se dijo:

“En los Estados de Derecho contemporáneos, para administrar justicia sigue siendo necesario acceder a una verdad acerca de lo ocurrido. Pero **se abandona la idea de llegar a verdades absolutas, y se opta por una aproximación confiable o razonable al conocimiento de esa verdad**; esta es una noción normativa de verdad y un aspecto fundamental de la lógica del método judicial moderno, pues se parte del supuesto de que una vez agotado el trámite de manera adecuada, la conclusión a la que llegue el juez debe revestirse políticamente con las presunciones de veracidad y legalidad. Esto implica muchas cosas relevantes. En primer lugar, que al Juez no le es exigible que agote la totalidad de las pruebas susceptibles de practicarse para que se forme un juicio acerca de la realidad de lo ocurrido; **el primer fin del proceso no es llegar a la verdad, sino aproximarse tanto como sea razonablemente posible, lo que se traduce en hacer el mejor esfuerzo por establecer lo realmente ocurrido”.** [[3]](#footnote-3) -resaltado de la Sala-

Consignadas esas premisas que la Colegiatura considera fundantes de la determinación que aquí habrá de adoptarse, lo que sigue es resolver el siguiente interrogante: ¿ha hecho la Fiscalía su mejor esfuerzo por dilucidar el compromiso delictual que se le atribuye a las personas aquí indiciadas?, o mejor: ¿podrá estar tranquila la judicatura que la presentación del caso por parte del delegado fiscal satisface los fines de justicia en el asunto concreto?

A dilucidarlo nos dedicaremos en el apartado final de esta providencia, no sin antes hacer esta última reflexión de trascendental importancia para el caso que nos convoca, y consiste en lo siguiente:

Para que prospere una preclusión por la causal 4ª consistente en la atipicidad de la conducta endilgada, debe tratarse de una atipicidad absoluta y no meramente relativa. Y eso es primordial entenderlo, porque no son pocas las ocasiones en que la Fiscalía propone la preclusión por un tipo penal determinado con respecto del cual evidentemente no están dados los elementos que lo configuran, pero se olvida o se pasa por alto que la acción o la omisión de la cual se trata sí encaja pero en un tipo penal distinto al que se viene averiguando. De allí que la Corte haya tenido que hacer esa claridad en diversas providencias, entre ellas en el radicado 31763 de fecha primero de julio de 2009, cuando expresó:

“La causal 4ª del artículo 332 de la Ley 906 del 2004, se refiere a la “atipicidad del hecho investigado”, contexto dentro del cual resulta incontrastable que la atipicidad pregonada debe ser ***absoluta***, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la ***relativa***, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). **Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido**”. -resaltado excluido-

Aclarado lo anterior, ahora sí penetraremos a los aspectos relevantes del asunto materia de debate.

* *Principios que orientan la contratación estatal, en particular el de planeación.*

Basta decir que existe la necesidad de respetar los principios de planeación, economía, transparencia y responsabilidad que orientan la actividad contractual del Estado. Pero muy particularmente, el de la **planeación** tiene una gran incidencia en todas las fases del contrato, en especial en la precontractual. Generalmente este principio procura garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación ni del desorden, sino de una metodología en la cual se tracen los pormenores y eventos de cada una de las fases del proceso contractual. Pero cuando este principio se manifiesta en la fase precontractual, opera como una especie de dique de contención al condicionar a la entidad pública interesada en contratar bienes y servicios, con el deber o la obligación de efectuar análisis y estudios previos en los cuales se demuestre la utilidad, la factibilidad y la necesidad de contratar, así como la viabilidad técnica y económica del objeto del contrato.

Si bien es cierto que el principio de planeación no se encuentra incluido de manera expresa dentro del grupo de principios orientadores de la contratación estatal consagrados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1.993, tal omisión no puede considerarse como una negación de la existencia de tal principio, como bien lo ha expuesto la doctrina autorizada en la materia (Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Contratación Indebida, pgs.144 y 145, reimpresión de 1a Edición, 2.005. Ediciones Universidad Externado de Colombia) en el siguiente sentido:

“Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1.993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículo 209, 339 y 341 de la C.N.; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, 3 del artículo 26, 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1.993; y del artículo 2o del Decreto 01 de 1.984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. De esta relación normativa se concluye sin mayores esfuerzo que la idea central de constituyente de 1.991 y del legislador al establecer los parámetros para los contratos de las entidades estatales fue la de exigirle perentoriamente a las administraciones publicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos”.

De ese modo, entiende el Tribunal, el principio de **planeación** vendría siendo una especie de manifestación del principio de **economía** regulado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, lo que es una obvia consecuencia de lo consignado en los numerales 6, 7 y 12 a 14 del artículo 25 ibídem, normas éstas que procuran la aplicación de los preceptos que orientan al principio de planeación dentro de los postulados de economía.

De igual manera corresponde decir, que todos esos principios que guían la contratación estatal tienen una gran incidencia en el campo del derecho penal, en atención a que aquellos se encuentran incorporados en la estructura típica de los delitos amparados por el interés jurídico de la celebración indebida de contratos, el cual tiene como característica esencial el respeto que merece el régimen de la contratación estatal, cuando una entidad de derecho público o un servidor público vaya a adelantar un proceso contractual.

Acerca de la incidencia que estos principios tienen en el campo de la tipicidad, de vieja data la Corte ha expresado (cfr. casación penal, sentencia de única instancia del 19-12-00, radicación 17.088, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón):

“Si la Constitución establece los principios reseñados y si el Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993 los reitera e incrusta dentro de todo lo relacionado con el proceso de contratación, es obvio que los encargados de ello deben hacerlo con sujeción absoluta y franca a tales axiomas, y que estos se hallan implícitos en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal. Afirmar lo contrario, es decir, pretender prescindir de ellos, haría pensar en la banalidad y vacuidad de la Carta Política y en el aislamiento de las diversas áreas que componen el ordenamiento jurídico. La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas”.

En conclusión, todos los principios que orientan la contratación oficial se entienden incorporados en el análisis de los tipos penales que tienen conexión con el bien jurídico de la Administración Pública, como quiera que constituyen soporte constitucional en el ejercicio de esa específica función estatal. Y, frente a ello, no está ausente por supuesto el de la debida planeación. Aunque, valga aclarar desde ya, que la defensa de los indiciados **TORRES SALGADO** y **ARIAS PIMIENTA** tiene razón cuando afirma que no hay contratos perfectos o ideales, porque es totalmente verídico que en la gran mayoría de los contratos se presentan imprevistos, tanto es así que un porcentaje de lo presupuestado se destina al cubrimiento de potenciales imprevistos y existen mecanismos previamente establecidos para darle solución a esos impasses. Empero, y he aquí lo importante, el principio de planeación no está en contravía de esa realidad, porque de lo que se trata es de precaver las improvisaciones irresponsables que afectan indebidamente el erario público, y que no tiene asidero en casos fortuitos o circunstancias de fuerza mayor, sino que se encuentran permeados por la desidia, el desinterés o el desafuero rayano con el denominado dolo eventual en materia penal.

Ya tendrá ocasión por tanto la Sala de analizar más adelante si lo sucedido en este caso estuvo acorde con una situación imprevisible que escapaba a la posibilidad de un conocimiento previo; o si, por el contrario, se estaba en presencia de circunstancias abiertamente previsibles que debían o tenían que ser conocidas por ambas partes de haberse dado una diligencia media.

* *Causal de atipicidad propuesta frente a cada indiciado y viabilidad de la preclusión en el caso concreto.*

La atipicidad que propone declarar el delegado fiscal la hace consistir en que no se dan los requisitos para la configuración del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos por ausencia de sus elementos configurantes en relación con cada uno de los indiciados, así:

En el caso del Director del IDM para el momento en que se empezó a ejecutar el contrato, **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ**, porque él hizo dejación de su cargo en diciembre 31 de 2007, fecha en la cual aún no se había concluido la obra, y, en consecuencia, no se le puede endilgar responsabilidad alguna por la forma como el contrato feneció como quiera que no tenía ya dominio del hecho en cuanto cesaba cualquier posibilidad de injerencia suya en los resultados de ese particular proceso contractual, incluida por supuesto la etapa de liquidación con la consiguiente exigencia de una póliza de estabilidad de la obra en general para precaver futuros daños y reclamaciones, que es lo que el investigar OMAR VÁSQUEZ echó de menos en su informe. Añade además, que de conformidad con un reciente precedente del órgano de cierre en materia penal, la póliza no constituye un requisito esencial en la etapa de ejecución de los contratos estatales, y, por lo mismo, no acarrea al decir de la jurisprudencia del Consejo de Estado en esa materia, la declaratoria de inexistencia o nulidad; en consecuencia, tal omisión no da lugar a la configuración del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y por tanto la conducta deviene atípica.

El señor defensor añadió que el funcionario hizo todo lo que estaba a su alcance dentro de los parámetros de la ley de contratación estatal, con miras a realizar la etapa precontractual con el lleno de todas las garantías.

En lo atinente al contratista **GERMÁN TORRES SALGADO**, porque la no construcción de algunas viviendas durante la ejecución del contrato (seis en total) tuvo por causa el hecho de existir en la zona unas redes eléctricas de alta tensión, lo que obligó a plantear una reubicación o relocalización del proyecto. Además, porque él hizo los trámites para la liquidación del contrato pero fue culpa del IDM que esa gestión no se culminara con éxito, a consecuencia de lo cual no se logró obtener la constitución de la póliza de estabilidad de la obra, en cuanto para conseguirla se requería la previa liquidación.

La apoderada del indiciado agregó: (i) las averías de las casas representaban reparaciones menores, ninguna vivienda se ha caído o amenaza ruina; (ii) su cliente cumplió a cabalidad con las órdenes proferidas por el juez administrativo que falló la acción popular iniciada a raíz de esos inconvenientes; (iii) la etapa precontractual no depende del contratista oferente, es la entidad oficial la encargada de su perfeccionamiento con el poder exorbitante que posee el Estado; (iv) a su procurado le quedó adeudando la entidad más de cien millones de pesos, fuera de lo que tuvo que invertir posteriormente a causa de la orden judicial; (v) el ingeniero **TORRES** hizo devolución de los aportes en subsidio que correspondían a las viviendas no ejecutadas a causa de la existencia de las redes eléctricas de alta tensión en la zona; y, finalmente (vi) que todo el manejo de esos recursos por tratarse de la ejecución de vivienda social, debía ser canalizado a través de una fiducia, con lo cual los desembolsos debían cumplir diversas exigencias.

Frente al compromiso del señor **ALBERTO ARIAS**, la Fiscalía sostiene que de conformidad con un oficio obrante en la carpeta, el citado profesional no fue el interventor de la obra a nombre del IDM, sino un supervisor que contrató en forma independiente y exclusiva el Consorcio Unión Temporal TORRES OSPINA para sus particulares intereses; en consecuencia, esa persona no tiene la condición de servidor público y por lo mismo no se le puede atribuir responsabilidad respecto a ninguno de los tipos penales en comento. Por demás, agrega, él cumplió a cabalidad todo lo asignado e incluso ni siquiera recibió el pago de emolumentos por los servicios prestados.

Remata su intervención el señor fiscal con la puesta de presente de una decisión de la Procuraduría Provincial de Risaralda, por medio de la cual se exonera de responsabilidad a los aquí indiciados, en cuanto no se aprecia en su obrar dolo o culpa que ameriten reproche de orden disciplinario.

La defensora añade que en atención a la tipología de contrato, la interventoría debía ser externa y llevarse a cabo por medio de concurso, razón por la cual fue asignada a la empresa INTERVIS LTDA cuyo representante legal era el señor GASTÓN GÁMEZ BULLA, con respecto de la cual ninguna relación tuvo su cliente **ARIAS PIMIENTA**. Además, el hecho de aparecer firmando algunas actas o informes finales, no es una situación que por sí sola permitiera el pago de recursos a favor del Consorcio TORRES OSPINA.

Como es sabido, la oposición a esa pretensión preclusiva estuvo encabezada por el Procurador Judicial y secundada por el juez de conocimiento, a cuyo efecto se destaca: (i) el funcionario **IVÁN MUÑOZ** quebrantó el principio de planeación durante la etapa precontractual; (ii) no hubo un control adecuado de la obra porque estuvo ausente la interventoría; (iii) se dio una modificación en las especificaciones de los materiales de construcción utilizados, lo que derivó en fallas estructurales de varias viviendas, como lo refirió la Contraloría Municipal, y se pudo comprobar por medio de perito al momento de tramitarse la acción popular. Y tal situación no solo se apreció en las casas, sino también en las zonas comunes y en las vías de acceso; (iv) de conformidad con el principio de la buena fe, todas las partes contratantes debían conocer la realidad existente, en consecuencia, no podía ignorarse la presencia de las redes eléctricas en la zona; (v) la ejecución del contrato se tardó mucho más de los plazos convenidos; (vi) se hacía indispensable la liquidación del contrato con miras a obtener la póliza de estabilidad y así precaver el pago de futuras reclamaciones, y no se entiende cómo se estrega una obra y se cancelan esos subsidios sin la correspondiente liquidación; y (vii) el contratista estaba en el deber de hacer devolución del valor de las viviendas que no fueron construidas.

A consecuencia de los argumentos de la oposición, se indica que la Fiscalía no ha esclarecido todo lo necesario frente a las personas hasta el momento vinculadas, que no figuran aún como indiciados otros más que deben ser llamados a responder (entre ellos el Director del IDM para el momento en que finiquitó el contrato, y el representante legal de la empresa INTERVIS LTDA señor GASTÓN GÁMEZ BULLA), y que concurre la posible existencia de otros ilícitos diferentes al de interés indebido en la celebración de contratos, como serían por caso el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el peculado por apropiación, y el prevaricato por omisión.

En criterio del Tribunal, no están dadas las condiciones para decretar la preclusión en el caso concreto con efectos de res iudicata, y en tal sentido acompaña la posición disidente presentada tanto por el Procurador Judicial como por el juez de instancia, con fundamento en lo que a continuación se expone.

Cuatro cosas relevantes observa el Tribunal en el presente asunto: La primera, que el delegado fiscal limitó su intervención a varios aspectos que a su juicio eran los importantes para poder sacar avante su pretensión preclusiva, pero hizo caso omiso y no se pronunció respecto de otros que indicaban la necesidad de continuar la investigación. De ese modo, así la Corporación le conceda razón en varias de sus intervenciones porque se consideran acertadas, el no argumentar respecto de otros puntos esenciales hace inviable la solicitud de preclusión. La segunda, que las posiciones asumidas por los defensores se contraponen entre sí, o dicho de otra forma, por sacar avante la inocencia de cada uno de sus representados, se dejó comprometida la responsabilidad del otro copartícipe. La tercera, que de esas mismas intervenciones defensivas se extrae la necesidad de no precluir, en cuanto se destaca el deber de ahondar en la investigación para esclarecer situaciones que no están debidamente esclarecidas. Y la cuarta, que se han dicho muchas cosas a favor de los hasta ahora indiciados, pero se olvida que una cosa es decir y otra es probar, a consecuencia de lo cual diversas aseveraciones no cuentan aún con el respaldo probatorio respectivo. Obsérvese:

Sostuvo la Fiscalía que al funcionario **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ TORRES** no se le puede reprochar lo atinente a la forma como terminó el contrato y el hecho de no haberse liquidado el mismo con la consiguiente no constitución de la póliza de garantía de estabilidad de la obra. Y ello es cierto con fundamento en que él ejerció el cargo hasta el 31 de diciembre de 2007, fecha para la cual aún el contrato se estaba ejecutando. Pero ocurre que el delegado omite pronunciarse respecto al período precontractual y el comienzo de la ejecución del contrato, tiempo para el cual sí estuvo presente, y respecto del que se sostiene hubo una evidente falta de planeación.

No entiende la Corporación la razón por la cual el delegado no intentó atacar la posición esgrimida por el Procurador Judicial en el sentido que hubo ausencia de planeación de la obra, como un argumento que entraña la posibilidad de configuración del punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tal cual quedó consignado en acápite precedente.

Lo dicho, con mayor razón cuando la defensora de los indiciados **GERMÁN TORRES** y **ALBERTO ARIAS** fue enfática en sostener que la falta de planeación no se le podía achacar a sus clientes sino a los funcionarios del IDM quienes con su poder exorbitante eran los obligados a delimitar el período precontractual que a su vez perfilaba todo lo atinente a los términos de ejecución de la obra. Y cuando además se sabe que las entidades oficiales de control (Contraloría y la misma Fiscalía), al igual que el juez administrativo en la acción popular, dejaron en claro con peritaje a bordo que fallas constructivas tanto de las viviendas, como de áreas comunes y vías de acceso, sí se presentaron, muy probablemente derivadas de un cambio en los materiales que se debían utilizar.

Se pregunta la Sala si ¿acaso no era un deber del ente acusador atacar frontalmente esos episodios que comprometían la posibilidad no solo de una celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales sino igualmente un potencial prevaricato por apropiación?

De igual modo se pregunta el Tribunal: ¿qué hubiese sido entonces de esas familias de escasos recursos si no hubiera intervenido el juez administrativo en pro de proteger sus intereses en acción popular para dar órdenes claras tanto al IDM como a la constructora para mitigar el riesgo, que como lo adujo la defensa implicó un costo adicional en suma bien considerable para su cliente? (se habla de cuatrocientos cincuenta millones que tuvo que aportar el comprometido **GERMÁN TORRES SALGADO,** aunque después se aclara que lo tenido que aportar por esos conceptos de parte del Consorcio ascendió a seiscientos millones)

Es atendible que la Fiscalía considere que la póliza de estabilidad de la obra no constituye un requisito esencial del contrato, en una interpretación analógica del reciente precedente de la Sala de Casación Penal, aunque valga aclarar que se trata de contextos bien diferentes, porque en el caso materia de estudio por parte de la Corte en el citado precedente -C.S.J. providencia de noviembre 23 de 2016, radicado 46037- se habló de la póliza de cumplimiento en relación con la etapa de ejecución, en tanto aquí de lo que se trata es de la póliza de estabilidad que hace relación con la fase de liquidación del contrato. Sea como fuere, lo que está mal es que a renglón seguido se niegue la importancia que frente al régimen de la contratación pública posee la obligación de liquidar los contratos, como una situación que eventualmente podría dar lugar a un prevaricato por omisión, con mayor razón cuando según se afirma el tiempo fue prolongado mucho más allá de lo convenido y autorizado, incluso cuando se menciona que al contratista se le está debiendo aún algo más de cien millones de pesos, y se sabe de las justas reclamaciones que hicieron los habitantes de la urbanización que requerían hacer efectiva la póliza de estabilidad de la obra.

No analizó el ente acusador lo atinente a si la no construcción de las seis casas faltantes con motivo de la existencia de unas redes eléctricas en la zona, se trató de una situación previsible o imprevisible por parte de los contratantes, lo cual era trascendente en criterio del Tribunal a efectos de analizar la existencia del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, habida consideración a que ello generó un perjuicio indebido a los destinatarios de los subsidios. Y al respecto lo que se aprecia es que se trató de una situación conocida por todos habida consideración a que no se está hablando de contingencias que surgieron de un momento a otro, sino de situaciones que ya tenían o debían ser conocidas por todos con anticipación, como la existencia en la zona de redes eléctricas de alta tensión (aunque en algunos apartes se hace referencia a redes de mediana tensión), que por supuesto tenían que ser consideradas antes de la ejecución y durante el desarrollo de la obra, y no solo por la entidad IDM, sino también por el contratista al momento de presentar la oferta bajo las reglas del principio de la buena fe al cual se refirió el señor juez de instancia, cuando sostuvo que debía partirse del entendido que todos los participantes de la negociación eran sabedores de realidad existente y bajo ese presupuesto actuaron.

Lo dicho, sin mencionar otras situaciones que también generaron un innegable perjuicio, como lo referido a la ejecución de la obra con evidente improvisación, verbi gratia la construcción de andenes más altos que las viviendas, como situación que dio lugar a las consabidas inundaciones, al igual que las vías de acceso que se deterioraron rápidamente y al final fue el Municipio el que se tuvo que encargar de darle una solución.

Al respecto nótese incluso que la defensora en su intervención dijo textualmente lo siguiente: “Hubo modificaciones en la ejecución del proyecto y a ese respecto no se ha profundizado en esta investigación”. Si es así, entonces la defensora concede tácitamente la razón a la decisión del despacho de primer grado en el sentido que en tan particulares condiciones no es posible precluir la indagación que se adelanta, porque entre otras cosas recuérdese que según consta en el convenio IDM 001 de 2006, el mismo tenía por objeto la construcción del citado proyecto **a todo costo y riesgo del oferente elegido** en un bien inmueble del IDM para familias de escasos recursos elegidas por el Ministerio del Medio Ambiente; en consecuencia, si ello no se cumplió a cabalidad, lo esperado es por tanto que si existieron condiciones que cambiaron y por ello no se cumplió el objetivo en los términos esperados, tal situación amerita la condigna explicación.

Para excluirse de responsabilidad no sobra con decir según lo refiere la defensora, que a su representado en momento alguno se le hicieron llamados de atención respecto a la forma en que ejecutó la obra, ni se le impusieron multas, ni hubo declaratoria de siniestro por el incumplimiento de ese contrato, ni mucho menos se llamó a la Compañía Aseguradora para los fines pertinentes que además prestan mérito ejecutivo, porque igualmente eso sucede en situaciones ideales, no en casos como estos en donde lo que brillo fue la desidia del ente oficial y no se llevaron a cabo las gestiones propias de una adecuada interventoría.

Mucho menos el asegurar, como lo hace el señor defensor, que su cliente llenó todas las exigencias normativas en cuanto a planeación se trata, como quiera que existía una Junta Directiva que se encargó de todos los análisis técnicos y jurídicos, o que se contó con los certificados de Planeación Municipal, con los certificado de disponibilidad de energía eléctrica emanada de la CHEC, o levantamientos topográficos, planos urbanístico, y la correspondiente sinergia con la Secretaria de Planeación y Desarrollo, incluida la Cámara de Comercio, porque es sabido que la responsabilidad penal es personalísima, y cada quien debe asumir las consecuencia del rol que asume en la actividad contractual, y se sabe que el indiciado **IVÁN DE JESÚS MUÑOZ** se desempeñó como Director del IDM y en esa calidad formalizó el convenio y estaba obligado a hacer seguimiento a la ejecución del contrato, con mayores veras cuando se presentaron las consabidas quejas de parte de los habitantes de la urbanización.

Para el caso en estudio existen además varias aseveraciones de los restantes sujetos procesales que el señor fiscal dio por hecho en forma igualmente tácita, pero que en opinión de la Corporación tienen un trasfondo relevante y ameritan la continuidad de la investigación para lograr su debido esclarecimiento, a saber: (i) que es indispensable la vinculación de quien figuró como Director del IDM para la época en que se hizo entrega de la obra; ello en cuanto no controvierte lo aseverado por la defensora en el sentido que su cliente sí presentó formalmente la liquidación, pero fue responsabilidad de los funcionarios del IDM no gestionar a tiempo lo necesario para que esa liquidación se hiciera realidad. Situación que en criterio de la judicatura es una afirmación que no puede quedarse en palabras sino que requiere los correspondientes soportes probatorios; (ii) que el contratista **GERMÁN TORRES** hizo devolución del valor de los subsidios recibidos atinentes a las seis casas finalmente no construidas -valor que asciendía según se afirma por verificaciones efectuadas por la Contraloría y el perito de la Fiscalía a 59’976.000.oo-. Se trata de una aseveración que hizo la defensora del contratista en su intervención y que en principio debemos creer por virtud del principio de lealtad y buena fe, pero que para los efectos de la presente indagación es un dato que debe ser corroborado porque el señor fiscal no niega pero tampoco ratifica esa afirmación, y allí radica una posible infracción penal por constituir un detrimento patrimonial con el consiguiente enriquecimiento sin causa, no solo por la irregularidad que entraña una no devolución, sino porque igualmente se hace indispensable establecer la legalidad del desembolso a favor del contratista cuando la realidad enseña que esas viviendas no fueron construidas; (iii) que es necesaria la vinculación del señor GASTÓN GÁMEZ BULLA, representante legal de la empresa INTERVIS LTDA, de quien se asegura fue en realidad el interventor oficial de la obra. Tema que no discute el delegado fiscal dada su obviedad, en cuanto se está diciendo que el indiciado **ALBERTO ARIAS PIMIENTA** no es el sujeto a vincular por las omisiones en esa materia habida consideración a no ostentar la condición de sujeto activo calificado, por haber actuado en calidad de supervisor contratado en forma exclusiva por el Consorcio Unión Temporal TORRES OSPINA. A lo cual se une una situación delicada porque el citado ingeniero **ARIAS PIMIENTA** figura suscribiendo documentos en calidad de interventor cuando al decir del IDM con él no se tuvo vínculo alguno, entre ellos un acta final que sirvió para que se hicieran las erogaciones al contratista no obstante la no liquidación del contrato. E incluso, valga anotar, se trata de una situación bien confusa, porque no se comprende bien la razón por la cual al momento de rendir interrogatorio de indiciado el referido **ALBERTO ARIAS** aseguró que quien actuó en la obra como interventor del IDM fue un señor de nombre ADRIAN TORRES; luego entonces, no se sabe bien si el interventor fue GASTÓN GÁMEZ, **ALBERTO ARIAS**, o ADRIAN TORRES, y se hace indispensable precisar ¿a nombre de quién actuaron? y ¿por qué no cumplieron a cabalidad la función encomendada? dado que incluso la Procuraduría en su decisión puso de presente que muchas de las irregularidades existentes se debieron a una inapropiada interventoría, y el informe final de FONADE hizo hincapié a la necesidad que el interventor presentara reportes periódicos mensuales.

Queda claro por tanto que el panorama es bien desolador, porque lo argumentado por la defensora del señor **GERMÁN TORRES** compromete o descarga la responsabilidad en hombros de la entidad oficial a cargo del señor **IVÁN MUÑOZ**, concretamente cuando afirma que las potenciales fallas existentes tuvieron suceso en la etapa precontractual por una falta de planeación y precisión en las condiciones técnicas, lo mismo que una ausencia de efectiva intervención al momento de la ejecución; y viceversa, la argumentación del defensor del exfuncionario **IVÁN MUÑOZ**, de igual modo descarga responsabilidad en la persona del contratista, como quiera que se asegura que si hubo alguna apropiación de recurso la misma es adjudicable al consorcio y no al ente municipal.

incluso, puede sostenerse que la posición de ambos defensores igualmente compromete de manera indirecta a la entidad INTERVIS a cargo del señor GASTÓN GÁMEZ BULLA, en cuanto en su condición de interventor debió percatarse de las irregularidades surgidas al momento de la construcción de esas viviendas con miras a preservar el patrimonio público.

Pretensiones defensivas contrapuestas que contrastan con una posición fiscal inconsistente y maleable, como quiera que con la solicitud de preclusión se desoye el potencial compromiso de otros actores partícipes de la contratación, se exonera de responsabilidad a las personas hasta ahora vinculadas con fundamento en un errado entendimiento de los principios que orientan la contratación estatal, al no atenderse en su justa dimensión la existencia del principio de planeación; se minimiza la obligación que se tenía de liquidar el convenio de manera conveniente antes de disponer el desembolso total de los recursos; y se limita el análisis del compromiso delictual a la omisión de la póliza de estabilidad, cuando del contexto del caso se extrae que la situación comprometedora fue mucho más allá de esa irregularidad contractual.

Así las cosas, la Corporación destaca la necesidad de optar por dos conclusiones que se dejan consignadas de la siguiente manera: La primera, que el principio de planeación si bien es más propio de la etapa precontractual, no es exclusivo de ella en cuanto puede tener incidencia igualmente en la etapa contractual de ejecución, y en su infracción tiene incidencia el dolo eventual. Y la segunda, que el Tribunal es del criterio que independientemente de la potencial inocencia que se pregona de los tres indiciados, del señor **IVÁN MUÑOZ** por haber salido de la dirección de IDM antes de finiquitar el contrato, del señor **ALBERTO ARIAS** por no ser interventor oficial a nombre de INTERVIS LTDA, o del señor **GERMÁN TORRES** por no ser de él de quien dependía la planeación de la obra o porque no se le hicieron reclamaciones previas a la entrega, ora porque las modificaciones al contrato no tuvieron por causa una razón adjudicable a su desempeño, es lo cierto que los argumentos defensivos de unos y otros se contraponen entre sí, y no se debe dar lugar a la preclusión con efectos de cosa juzgada hasta tanto se delimiten responsabilidades.

Como vemos, son múltiples y de variada índole las inconsistencias, deficiencias, y situaciones problemáticas que todavía no encuentran una explicación razonable por parte del ente persecutor, y por lo mismo se hace inviable decretar una preclusión. Y se debe indicar que la solución no puede ser el archivo parcial de la actuación con la consiguiente compulsa de copias para vincular en forma independiente a los otros potenciales copartícipes, como alternativa propuesta respetuosamente por el delegado fiscal, porque se comparte lo anunciado por el señor Procurador en el sentido que aquí debe primar la unidad procesal y se trata de realizar una sola indagación que dé claridad a estos pormenores y defina convenientemente cuál o cuáles de las personas con incidencia en el asunto tienen responsabilidad y por cuál o cuáles conductas al margen de la ley. O si, no obstante la evidencia existente acerca de que irregularidades y afectaciones patrimoniales sí existieron, por razones que hasta el momento se desconocen la Fiscalía logre demostrar que el asunto no ofrece mérito para una imputación con la consiguiente acusación y juzgamiento.

Así las cosas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** la providencia interlocutoria objeto de apelación, en cuanto negó la preclusión de la actuación preliminar y dispuso seguir adelante la investigación en los términos anunciados. Se hace constar que el término que duró el trámite de la presente solicitud de preclusión denegada, será restituido al tenor de lo dispuesto en el artículo 335 C.P.P.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

El Secretario de la Sala,

 WILSON FREDY LÓPEZ

1. *C.S.J.*, Sala Penal, auto del 02-05-81, reiterado el 02-08-83. [↑](#footnote-ref-1)
2. *C.S.J.*, casación penal del 25-04-2007, radicación 26309. [↑](#footnote-ref-2)
3. BARBOSA CASTILLO, Gerardo. “Estructura del Proceso Penal. Aproximación al Proceso Penal Colombiano”, en *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*. Publicación del Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá D.C. 2004, pg. 81. [↑](#footnote-ref-3)