

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

SP3463-2019

Radicación No. 55033.

Acta 217.

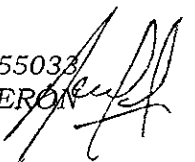
Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación propuesto por el defensor de RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, contra la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2018, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, mediante la cual confirmó el fallo condenatorio emitido el 22 de mayo de 2018, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad, en contra del procesado, como autor del delito de peculado por apropiación agravado.

II. HECHOS

Luis Roberto Velazco Reyes y la Empresa Unipersonal Vargas Calderón, conformaron el 2 de enero de 2006, la



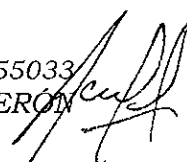
Unión Temporal San Luis, con el fin de participar en la convocatoria pública de RED SALUD CASANARE E.S.E., que tenía por objeto la construcción del centro de salud del municipio de San Luis de Palenque.

RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN fue nombrado representante legal de la Unión Temporal San Luis; tenía dentro de sus funciones firmar la propuesta y, en caso de resultar favorecidos con la adjudicación, firmar el contrato, ejecutarlo y liquidarlo.

La Unión Temporal fue escogida para ejecutar la obra; el 27 de marzo de 2006 se firmó el contrato número 016-2006, por un valor de \$1.091.742.776, cuyo objeto consistía en adelantar obras de reposición del centro de salud de San Luis de Palenque del departamento de Casanare, en cumplimiento del Convenio Interadministrativo No. 772 del 2005.

El contrato suscrito fue objeto de prórrogas y de una adición en el valor, por la suma de \$536.312.672.

RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, como representante legal de la Unión Temporal San Luis, recibió el 4 de mayo de 2006, por concepto de anticipo, el 50% del valor del primer contrato, equivalente a \$545.871.388; luego, el 23 de octubre siguiente, por obra parcial ejecutada según acta No. 001, la suma de \$54.833.350; y, finalmente, el 29 de diciembre del mismo año, el anticipo del segundo contrato, por un monto



de \$268.156.336, equivalente al 50% del valor total de ese convenio.

Los dineros fueron efectivamente girados por RED SALUD Casanare E.S.E., pero RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, dispuso de la última suma entregada a título de anticipo -\$268.156.336-, como si fuera propia, ocasionando con ello un detrimento patrimonial a la Unión Temporal.

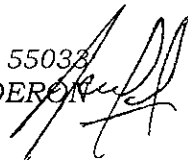
Precisamente, después de recibir este anticipo, VARGAS CALDERÓN desapareció de la región.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

Con fundamento en los anteriores hechos, la Fiscalía 34 delegada ante los Jueces Penales del Circuito ordenó el 20 de junio de 2007, apertura de instrucción en contra de Rafael Quintero Garzón, gerente de RED SALUD Casanare, Dora Milena Acosta, supervisora del contrato No. 016/2006, Ruth Emilse Clavijo Munevar, interventora del referido contrato, y RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, contratista, por los delitos de peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales¹.

Consecuentemente, se dispuso vincular a todos mediante diligencia de indagatoria y, particularmente,

¹ Folios 130 y 131 cuaderno 1



respecto de RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, expedir en su contra orden de captura para tal fin.

El 26 de septiembre de 2007, RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN fue declarado persona ausente².

Los días 13 de noviembre de 2008 y 11 de febrero de 2009 se cumplieron las diligencias de indagatoria con los sindicatos Rafael Quintero Garzón y Dora Milena Acosta Porras, respectivamente.

La orden de captura se hizo efectiva el 23 de mayo de 2009³ y el 1 de junio siguiente⁴, RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN fue escuchado en indagatoria, diligencia en la cual, de los cargos formulados, aceptó el peculado por apropiación y se acogió a sentencia anticipada.

En la misma fecha se resolvió su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, por ese mismo delito⁵.

El 6 de julio siguiente se llevó a cabo diligencia de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, con resultados fallidos⁶.

Recaudada la prueba necesaria para calificar el mérito del sumario, el día 29 del mismo mes y anualidad, se ordenó

² Folios 184 a 188 cuaderno 1

³ Folios 293 y 294 ibídem

⁴ Folios 8 a 11 cuaderno 2

⁵ Folios 12 a 22 ibídem

⁶ Folios 49 a 55 ibídem

cierre parcial de la etapa instructiva respecto de RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN⁷.

Al mismo tiempo se ordenó la ruptura de la unidad procesal para que, por separado, prosiguiera la instrucción respecto de los sindicados Rafael Quintero Garzón, Dora Milena Acosta Porras y Ruth Emilse Clavijo Munevar.

Seguidamente, mediante providencia de 1 de septiembre de 2009, RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN fue acusado por el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía *-superior a 200 smlmv*⁸; decisión contra la cual la defensa interpuso recurso de apelación, declarado desierto el 21 de septiembre del mismo año⁹.

Al Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal le correspondió adelantar la etapa de juzgamiento.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 16 de diciembre de 2009 y la vista pública inició el 2 de febrero de 2010¹⁰, actuación que fue declarada nula el 10 de marzo siguiente¹¹.

El 12 de junio de 2014, se surtió nuevamente esta audiencia. Las pruebas solicitadas por la defensa fueron

⁷ Folio 66 cuaderno 2

⁸ Folios 90 a 113 ibidem

⁹ Folio 124 ibidem

¹⁰ Actas a folios 140 y 243 ibidem

¹¹ Folio 150 ibidem

negadas por impertinentes, inconducentes e innecesarias¹².
No se interpusieron recursos.

La vista pública se realizó el 29 de julio del mismo año¹³ y el 2 de octubre siguiente se decretó la nulidad de lo actuado, a partir del auto de 5 de noviembre de 2013¹⁴.

La actuación nulitada se rehízo el 30 de julio de 2015¹⁵ y el 3 de diciembre ulterior se adelantó el juicio oral¹⁶. Concluido el debate, el 22 de mayo de 2018, se condenó a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN a la pena principal de 122 meses de prisión y \$448.215.195 de multa e interdicción de derechos y funciones públicas “*por el mismo término de la pena principal (72 meses)*”, como autor del delito de peculado por apropiación¹⁷.

Inconforme con la decisión, el defensor interpuso el recurso de apelación, resuelto por la Sala Única de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, mediante proveído de fecha 6 de noviembre de 2018, que la confirmó en su integridad¹⁸.

Contra la anterior sentencia, el defensor presentó demanda de casación, la cual fue admitida el pasado 8 de mayo¹⁹.

¹² Folios 215 y 216 cuaderno 2

¹³ Folio 217 ibídem

¹⁴ Folios 225 a 230 ibídem

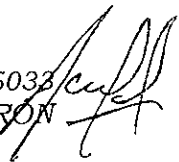
¹⁵ Folio 250 ibídem

¹⁶ Folios 268 a 275 ibídem

¹⁷ Folios 276 a 302 ibídem

¹⁸ Folios 5 a10 Cuaderno Tribunal Superior del distrito judicial de Yopal

¹⁹ Folio 5 cuaderno de la Corte

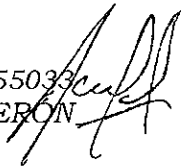


LA DEMANDA

El demandante postula un único cargo al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación del debido proceso y en especial el derecho de defensa, al haberse dictado la sentencia de segunda instancia en un juicio viciado de nulidad.

Aduce, en desarrollo de su pretensión, que el Tribunal desconoció el artículo 250 de la Ley 599 de 2000, que consagra el delito de abuso de confianza calificado, al no encuadrar la conducta investigada y debidamente acreditada con prueba documental en ese tipo penal, ni atender la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, según la cual, los contratistas responden por el delito de peculado por apropiación *—por el cual fue condenado su prohijado—* solo cuando en virtud del convenio celebrado se les delega una función pública, situación que no se aviene al caso presente.

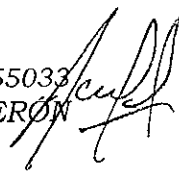
Sostiene que desde los inicios de la investigación la fiscalía apuntaló la tesis del peculado por apropiación y no cumplió su obligación legal de adelantar una investigación integral, pues, ha debido determinar si con el contrato 016, RED SALUD CASANARE, atendiendo su objeto social, conforme a la Ley 100 de 1993, otorgaba al contratista y/o la Unión Temporal San Luis, atribuciones en el campo de la salud.



Agrega que, de esa forma, se desconoció el principio de lealtad consagrado en el artículo 17 de la Ley 599 de 2000, a más que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, al dar por cierta la ocurrencia del delito de peculado por apropiación sin contar con elementos de juicio “válidos” que así lo acreditaran y haciendo caso omiso al ruego del apoderado de confianza de RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN para que no fuera juzgado como autor de este comportamiento punible, de una parte, porque no ostentaba la condición de servidor público y, de otra, no se le podía hacer extensiva esa calidad en los términos del artículo 56 de la ley 80 de 1993.

Así mismo, refiere que el fallador de segunda instancia, para fundamentar la condena por este delito, se limitó a asegurar que los dineros eran del Estado, departamento de Casanare, transferidos a una entidad pública como lo es RED SALUD, mediante el correspondiente convenio interadministrativo, dejando de lado que RIGOBERTO VARGAS al momento de suscribir el contrato obraba como particular, que ejecutó una obra material –*construir o reparar el centro de salud*–, al que no se le transfirió función pública alguna, de las propias del ente contratante, como sería la atención de pacientes, o la ejecución de procedimientos médicos, de enfermería o gestiones de salud.

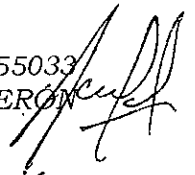
Adicionalmente, considera que el Tribunal, sin prueba que lo sustente, con claro desconocimiento del principio de investigación integral y de imparcialidad en la búsqueda de



la verdad, concluyó que RED SALUD tenía entre sus funciones la ejecución de la obra pública, con lo cual incurre en violación al debido proceso por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia, por suposición de la prueba que demuestre las funciones públicas cumplidas por la entidad contratante y que a su vez se transfirieron con el contrato de obra.

Alega que la decisión de condena por peculado por apropiación desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual, a los contratistas, interventores, consultores o asesores, en un proceso de contratación estatal, únicamente se les podrá considerar servidores públicos cuando en el caso concreto sean titulares de una función pública, lo que no ocurre en el caso presente, en tanto, el objeto del contrato fue la realización de una obra material que requería RED SALUD Casanare, por la cual le fueron efectuados unos desembolsos, representados en los dos anticipos y el pago por un acta parcial.

Desconocimiento que también predica respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, el anticipo entregado al contratista solo puede ser destinado a las finalidades fijadas en el contrato, de donde se infiere que quien lo recibe es un mero tenedor que no puede disponer de las sumas entregadas como si fuera señor y dueño. Siendo ello así, la imputación jurídica debió adecuarse al tipo penal de abuso de confianza calificado.



De otra parte, estima que al no proceder a la variación de la calificación jurídica en la oportunidad consagrada en el artículo 404 del estatuto procesal penal tantas veces citado, el juicio se adelantó viciado de nulidad, con grave afectación para los derechos y garantías constitucionales del procesado.

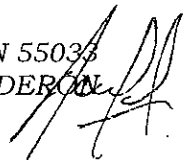
A reglón seguido, discurre sobre diversas situaciones que considera afectaron derechos y garantías fundamentales, las cuales se resumen como sigue:

1. Se viola el principio de legalidad, porque el fallador de segundo grado no adecuó *“típicamente la conducta a la cuestión fáctica predicada en la resolución de acusación”* y tampoco demostró *“los ingredientes subjetivos dispuestos en el tipo”*.

Adicionalmente, impartió confirmación a *“una pena de interdicción por 72 meses que se asevera corresponde a la pena principal”*, sin ser ello cierto.

En su criterio, si el Tribunal hubiera guardado *“coherencia entre lo fáctico y lo jurídico, con argumentación y valoración probatoria”*, habría tasado las penas principales en un monto mínimo, al igual que las demás sanciones privativas de otros derechos.

2. Se vulneró el artículo 24 de la Ley 600 de 2000, relativo a la prevalencia de las normas rectoras, entre ellas, el principio de igualdad, como quiera que el sindicado no tuvo un trato igual al de los demás vinculados al trámite, frente a

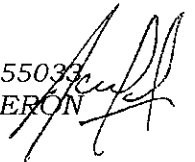


quienes se dispuso la ruptura de la unidad procesal, pero se desconoce cómo culminó el proceso adelantado en su contra.

3. El debido proceso y el derecho de defensa también fueron afectados al no investigar el comportamiento de quien ejerció interventoría y supervisión del contrato, como lo demandaba el hallazgo consignado en el informe rendido el 30 de marzo de 2007 por la investigadora del CTI, según el cual, dentro de la documentación aportada por RED SALUD, se encontró un acta de cesión parcial de un pago sobre el contrato 016 de 2006, por parte de RIGOBERTO VARGAS como representante de la Unión Temporal a la firma INMETRO LTDA, por valor de trescientos cincuenta millones de pesos, lo que hacía sospechar sobre la manera en que se estaba invirtiendo el dinero. Esa omisión *“rompe así la estructura del proceso presentándose un vicio que la doctrina denomina error in procedendo”*.

4. Se pretermitió la aplicación del principio de presunción de inocencia, al ignorar el informe número 0411, rendido por la investigadora del CTI, Sandra Milena Nausan, que daba cuenta de la indeterminación del detrimento al patrimonio del Estado, por parte del procesado.

Esa incertidumbre lesiona el debido proceso, como quiera que el tipo penal de peculado por apropiación tiene tres modalidades: básica, agravada y atenuada, según el monto de lo apropiado. Al no precisarse la cuantía del



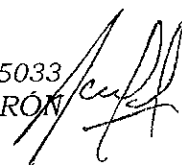
perjuicio causado, se imponía dar aplicación al *in dubio pro reo*²⁰.

5. Se “tergiversó” en la sentencia de segunda instancia el contenido de la certificación expedida por la tesorera-pagadora de RED SALUD CASANARE E.S.E., al no diferenciar que los dineros entregados al procesado correspondían, una parte, al anticipo del contrato, y la otra, al acta parcial No. 1 de obra ejecutada.

6. Para sustentar otro vicio en la estructura del proceso, refiere que después de la aprehensión del sindicado, su situación jurídica no fue resuelta con fundamento en las exculpaciones que entregara en la indagatoria, sino conforme a la declaratoria de persona ausente, acto último afectado de nulidad porque una vez impartida la orden de captura la fiscalía no realizó actividad alguna orientada a ubicar al sindicado y hacerlo comparecer, tampoco allegó informe alguno de la autoridad encargada de su cumplimiento, como lo exige el artículo 344 de la ley 600 de 2000, ni se le dieron a conocer los informes del CTI, menos aún hubo controversia sobre su contenido.

7. La forma en que surtió la diligencia de indagatoria, sin tener en cuenta, para realizar el interrogatorio con el sindicado, la prueba documental recaudada hasta ese momento, le impidió ejercer su derecho a la defensa.

²⁰ Al respecto obra el informe de investigador de campo de 25 de julio de 2009 visto a folios 58 y s.s. cuaderno 2



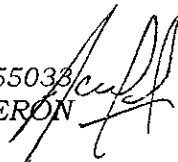
8. Concluye que las afectaciones a la estructura básica del proceso desde una etapa anterior al juzgamiento y la infracción de numerosas normas de orden sustancial y procesal citadas a lo largo de la demanda, hacen necesario que la Corte *“haga propedéuticamente una postura sobre la apropiación de un anticipo para evitar decisiones disímiles o heterogéneas en una materia tan delicada, sin perjuicio que desde antaño ya está decantado el tema, pero que sigue dando interpretaciones contradictorias de los operadores judiciales”*.

9. Finalmente, con fundamento en lo expuesto solicita que la nulidad invocada sea decretada a partir de la resolución de acusación proferida el 1 de septiembre de 2009.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Inicia por señalar que RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN fue acusado y condenado por el delito de peculado por apropiación, por no haberle dado a los recursos públicos que le fueron entregados para la realización de obras públicas, el manejo adecuado, según lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, y apropiárselos para sufragar obligaciones particulares que en nada dicen relación con el objeto contractual.

Refiere que el tipo penal de peculado por apropiación es de sujeto activo calificado y requiere para su configuración que quien se apropie en provecho suyo o de un tercero de



bienes del estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, ostente la calidad de servidor público.

Recuerda que quienes contratan con el Estado la ejecución de obras, por remisión del artículo 56 de la ley 80 de 1993, para efectos penales se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales.

Trae a colación jurisprudencia de la Corte, relacionada con la responsabilidad penal de los contratistas, según la cual, no siempre que un particular interviene en la contratación estatal y despliega conductas punibles lesivas de la Administración Pública, será considerado sujeto activo calificado para efectos de responsabilidad penal; solo cuando se le asigne a través del contrato el cumplimiento de una función pública, se le extenderá la calidad de servidor público.

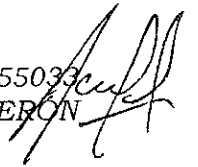
Con fundamento en esa postura sostiene que a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, se le atribuyó responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, al apropiarse de dineros públicos que pertenecían a una entidad de la misma naturaleza y que le fueron asignados

para cumplir el objeto del contrato celebrado entre la Unión Temporal y RED SALUD Casanare.

Esas sumas le fueron entregadas para adelantar el cumplimiento de las cláusulas del contrato 016 de 2006. Luego, al haberse apoderado de dineros públicos que hacían parte del contrato celebrado con una entidad estatal para la ejecución de una obra pública, quedó inmerso en el comportamiento punible contemplado en el artículo 397 del Código Penal.

Y en cuanto al delito de abuso de confianza, que en sentir de la defensa recoge el comportamiento desplegado por el enjuiciado, estima que no procede, por cuanto, para su estructuración requiere que el sujeto activo de la conducta se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio; y *“para el caso, se apropió fue de dineros que hacían parte de las cláusulas pactadas para el cumplimiento de una obligación contractual estatal, son recursos públicos, por lo tanto en sentido de la estricta tipicidad no encuadra dicho comportamiento en esa conducta como lo quiere hacer ver el demandante, en consecuencia las actuaciones en la etapa de investigación y en la de juzgamiento se ajustaron al ordenamiento procesal, penal previsto en la ley 599 y 600 de 2000”*.

Con fundamento en lo anterior, solicita a la Sala no casar el fallo impugnado, en tanto, al verificar las actuaciones no se observan irregularidades que puedan



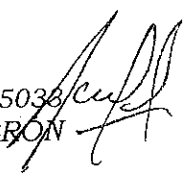
afectar derechos o garantías del procesado y deban ser corregidos en sede de casación.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

5.1 Como quiera que la demanda de casación presentada por el apoderado judicial de RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, fue declarada ajustada, surtido el trámite correspondiente la Sala, en armonía con los fines del recurso extraordinario de casación -artículo 206 de la Ley 600 de 2000- procede a estudiar de fondo los cuestionamientos formulados, haciendo caso omiso a las deficiencias de orden formal y argumentativo que pudieran predicarse en su contenido, para determinar si hay lugar a casar la sentencia condenatoria

5.2 Debe advertir la Sala que el censor acude a la causal tercera de casación, prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, para impetrar la invalidación de lo actuado, esencialmente por tres aspectos:

i) Violación del debido proceso y el derecho de defensa, porque operó su vinculación al proceso mediante declaratoria de persona ausente, sin cumplirse el trámite previsto en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000. Así mismo, porque las explicaciones que suministró en la diligencia de indagatoria no fueron apreciadas al momento de resolver su situación jurídica.



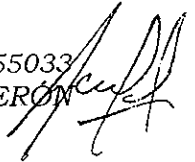
ii) El error grave en que incurrió el a quo al condenarlo por el delito de peculado por apropiación y no por abuso de confianza calificado, desconociendo los supuestos fácticos que orientaron su acusación y las pruebas practicadas en la etapa de juzgamiento, con claro desconocimiento de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, en relación con la responsabilidad penal que se les puede derivar a los particulares contratistas.

iii) la vulneración del principio de legalidad, por la forma en que las penas -principales y accesorias- fueron tasadas.

En ese orden la Sala abordará su estudio, a efecto de establecer si, como lo plantea el impugnante, los yerros demandados tienen vocación de prosperidad.

5.3 De la declaratoria de persona ausente

5.3.1 En cuanto a la supuesta omisión de la fiscalía por no adelantar actividad alguna, con posterioridad a la orden de captura, orientada a ubicar al sindicado y/o que compareciera al proceso, cuando, para ese momento, ya había designado defensor de confianza; y declararlo persona ausente sin que los encargados de hacer efectiva la orden hubieran presentado informes sobre su gestión como lo exige el artículo 344 de la ley 600 de 2000, debe precisar la Sala que ninguna vulneración a sus derechos al debido proceso y defensa se configura.



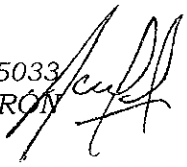
La declaración de persona ausente, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, es un mecanismo procesal supletorio al de vinculación personal mediante indagatoria, al que se acude ante la imposibilidad de ubicar al sindicado para que concurra personalmente al proceso²¹.

En el caso presente, la decisión por cuyo medio fue declarado ausente se soporta en la necesidad de vincular al procesado a la investigación y los resultados negativos obtenidos de la gestión cumplida para hacer efectiva la orden de captura impartida en su contra para escucharlo en indagatoria. Siendo ello así, de su aplicación no puede derivarse afectación alguna a la garantía del debido proceso.

Adicionalmente, se advierte, que el abogado de confianza del procesado presentó un memorial el 28 de agosto de 2007 *-un mes antes de la declaratoria de persona ausente-* en el cual informó que por las especiales circunstancias en que se han desarrollado los hechos y las obligaciones dinerarias que su cliente tiene pendiente por cancelar, ha recibido amenazas de muerte que le impiden comparecer ante la Fiscalía, pero que una vez solucione esta situación de forma inmediata se entregará a las autoridades.

Es decir, RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, para ese momento, no tenía interés alguno en presentarse a las autoridades y así lo hizo saber por intermedio de su apoderado de confianza, situación que justificaba optar por la forma de vinculación subsidiaria prevista en el estatuto

²¹ CSJ, 28 de febrero de 2017, Radicado 89798



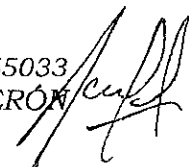
procesal, alternativa que no vulnera, en las condiciones descritas, sus derechos y garantías procesales.

5.3.2 En relación con el supuesto vicio en la estructura del proceso y el derecho de defensa, sustentado en la omisión del funcionario instructor en pronunciarse al momento de resolver la situación jurídica de RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, sobre las explicaciones suministradas por él en la indagatoria, tampoco se estructura.

Ello, porque el censor falta al principio de corrección material, en tanto, en la referida decisión se evidencia que la Fiscalía sí tuvo en cuenta las manifestaciones que hiciera el sindicado en la diligencia de indagatoria *-recibida con posterioridad a su declaratoria de persona ausente-*, y con fundamento en ellas, por ejemplo, precisó que una vez cobrara ejecutoria la resolución de situación jurídica, programaría diligencia de aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada, dispuso ampliarle indagatoria, compulsó copias para investigar un presunto cohecho y ordenó la práctica de otras pruebas encaminadas a verificar sus asertos.

5.4 Del peculado por apropiación frente a los particulares contratistas

5.4.1 Sostiene el demandante que RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN no podía ser condenado por el delito de peculado por apropiación, porque no ostentaba la calidad de

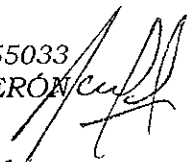


servidor público y tampoco como particular contratista desarrolló una función pública.

Complementa su afirmación señalando que el contrato que suscribió con la Empresa Social del Estado RED SALUD CASANARE, lo fue para ejecutar una obra pública *-la construcción de un centro de salud-*, obra ajena a las funciones propias de la entidad contratante, razón por la cual no le era aplicable el artículo 56 de la ley 80 de 1993, para hacerle extensiva la calidad de servidor público.

Lo procedente, en atención a la hipótesis fáctica por la cual fue investigado su prohijado, era dar aplicación al artículo 250 de la Ley 599 de 2000, que consagra el tipo penal de abuso de confianza calificado, conducta acreditada con la prueba documental allegada al expediente y con consecuencias punitivas menos gravosas que las previstas para el delito objeto de condena.

5.4.2 Al respecto, la Sala evidencia que los errores que predica el actor por haberse dado aplicación a la norma penal que consagra el delito de peculado por apropiación y desconocerse aquella que contempla el abuso de confianza calificado, debieron ser atacados con fundamento en la causal primera de casación *-violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación o aplicación indebida-* y no por la causal tercera; no obstante, en cualquiera de los casos, no se configuraron en el presente asunto, como pasa a explicarse:



5.4.3 RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN fue acusado y condenado como autor responsable del delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, que expresamente señala:

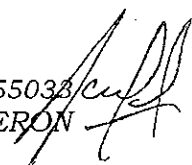
El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de (...).

5.4.4 Los elementos que configuran el tipo penal referido, han sido precisados por la Sala en diferentes pronunciamientos²²:

- i) Un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público,*
- ii) El abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares,*
- iii) La tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones.*

5.4.5 En relación con el primer elemento, sobre el cual se detendrá la Sala para dar respuesta a los planteamientos del casacionista, la cualificación del sujeto activo, cuando se trata de servidor público, debe partir de la definición consagrada en la Carta Política –*artículo 123*- y en la ley –*artículo 20 del Estatuto Punitivo*-, en cuanto, definen quiénes han de ser considerados servidores públicos y en qué casos

²² CSJ SP, 12 de diciembre de 2012, radicado 38289, SP, 9 de septiembre de 2015, radicado 12042



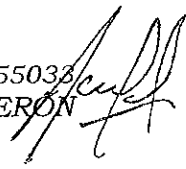
los particulares desempeñan una función pública, de forma permanente o transitoria.

5.4.5 Específicamente, para los particulares que contratan con el Estado, referencia obligada es el artículo 56 del Estatuto General de la Contratación Pública - *Ley 80 de 1993*-, según el cual para efectos penales, quienes actúan como contratistas, consultores, interventores y asesores, se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

5.4.6 Sin embargo, no en todos los eventos en que el particular contrate con un ente estatal, *per se*, adquiere o se le extiende la calidad de servidor público.

Se requiere, para ese efecto, determinar si por razón del convenio celebrado, al particular contratista se le está transfiriendo una función pública, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998 al señalar:

“...el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc”.



5.4.7 Deviene entonces de lo anterior que el manejo de bienes públicos por parte de particulares, lleva implícita la delegación de la función pública que radica en cabeza del Estado, y consecuentemente durante el tiempo que se ejerza esa función, el particular asume la calidad de servidor público para efectos de responsabilidad penal.

Sobre este particular, la Sala ha sostenido que

“el particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y, en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123, inciso 3°, y 210, inciso 2°, de la Carta Política, en armonía con el inciso 2° del artículo 20 del Código Penal de 2000, -63 del estatuto represor anterior- puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales; ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos” (se subrayó).²³

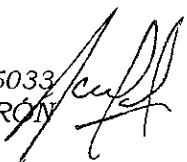
En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas adquiridas a través del vínculo contractual público, éste adquiere automáticamente la investidura de servidor público y por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios. Por su parte, cuando la naturaleza del contrato no conlleva el transferimiento de una función pública al contratista, el mismo continúa manteniendo la calidad de particular.

Posición reiterada de manera pacífica por la Sala; así, en auto del 9 de septiembre de 2015, radicado 45898, señaló:

“ (...) de tiempo atrás la Corte Constitucional²⁴ y esta Corporación han sido del criterio que aquellos solo adquieren tal calidad cuando en razón del contrato celebrado con el Estado se les

²³ Ver casación 19695 del 13 de julio de 2005.

²⁴ SCC C-563 563 de 1998.



trasfiere una función pública, como ocurre, verbi gratia, en los casos en que asumen el carácter de concesionarios, o administradores delegados o se les encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.”.

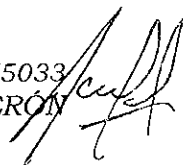
5.4.8 Entonces, si al particular que celebra un contrato con el Estado, se le entrega el manejo, administración, disposición o custodia de bienes públicos, asume una función de igual naturaleza y responde penalmente por su indebido ejercicio en las mismas condiciones de un servidor público.

Ello, en palabras de la Corte Constitucional²⁵ *para garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan cabalmente “la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”.*

5.4.9 En el caso presente, los hechos investigados y por los cuales fue acusado RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, indican que el 27 de marzo de 2006, en representación de la Unión Temporal San Luis, celebró con RED SALUD Casanare E.S.E., el contrato No. 016²⁶, para realizar *“obras de reposición del centro de salud de San Luis de Palenque del departamento de Casanare, en cumplimiento del Convenio Interadministrativo No. 772 del 2005”.*

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Folios 6 a 17 cuaderno 1 del proceso 85001-31-04-001-2009-00036-00.



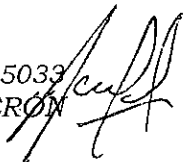
El valor del mismo se fijó en mil noventa y un millones setecientos cuarenta y nueve mil quinientos setenta y siete pesos (\$1.091.749.577,00). De ese total, le fue entregado a la firma y legalización del acto jurídico, el anticipo del 50%, correspondiente a \$545.871.388, y la suma de \$54.833.350, por un acta de avance parcial de obra. Posteriormente, el 29 de diciembre de 2006, se celebró un contrato adicional por \$536.312.672, del cual recibió por concepto de anticipo \$268.156.336.

5.4.10 RED SALUD Casanare, entidad contratante, es un ente público, descentralizado, del orden departamental, con personería jurídica y autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría de Salud del Departamento de Casanare, encargada de la prestación del servicio público de salud a la población en su área de injerencia. Su patrimonio es autónomo y está constituido, entre otros bienes, por aquellos que la Nación, el Departamento, los municipios o cualquier otra entidad pública le transfieran²⁷.

5.4.11 El convenio celebrado entre la citada Empresa Social del Estado y la Unión Temporal San Luis, es un típico contrato de obra, en tanto, se trataba de realizar las acciones que fueran necesarias para la reposición del Centro de Salud de San Luis de Palenque, labor que, en palabras de José Gómez Lozano²⁸, significaba "*volver a hacer el centro de salud*

²⁷ Decreto 0091 de 16 de julio de 2004.

²⁸ Folios 43 a 47 cuaderno 1 del Juzgado.

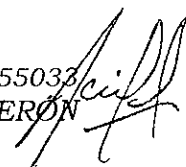


porque no cumple con la ley 445 o porqué su estructura no cumple con la norma sismo resistente del 98 NSR”.

5.4.12 Entre las funciones que por mandato legal se le han asignado a RED SALUD Casanare, no se encuentra establecida la ejecución de obras con las características de la que fue contratada²⁹; no obstante, es innegable que se trata de una obra de utilidad pública, íntimamente relacionada con el servicio público que le corresponde prestar, en tanto, en ese bien inmueble se atenderá a la población de Casanare en materia de salud.

5.4.12 No obstante, aunque el objeto del contrato celebrado fuera la ejecución de una obra material, RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, asumió en desarrollo del convenio una función de naturaleza pública que incide en la determinación de su responsabilidad en el campo penal. El ejercicio de una función pública de manera transitoria permite atribuirle la calidad de servidor público y por esa vía demostrar la configuración del elemento del tipo penal de peculado por apropiación, referido al sujeto activo cualificado.

²⁹ El artículo 4º del Decreto 091 de 2004, expedido por el gobernador de ese departamento, por cuyo medio se transformó “la Unidad Administrativa Especial de la Red de Prestadores de Servicios de Salud del Primer Nivel de Atención en Empresa Social del Estado del Orden Departamental” señala expresamente el objeto general de Red Salud Casanare E.S.E. “ es la prestación de servicios de salud, como un servicio público de seguridad social en salud a cargo del Departamento, que contribuya al mantenimiento del estado de salud de la población en sus áreas de influencia; con capacidad para ofrecer servicios de: Plan de Atención Básica (PAB), promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación acorde con las necesidades determinadas en el perfil epidemiológico y con sujeción al Plan Sectorial de Salud, al Plan de Desarrollo Departamental, al Plan de Desarrollo Institucional de la Empresa y a los criterios operacionales y de Habilitación, señalados para el funcionamiento de la red de servicios del Departamento de Casanare, sin perjuicio de que pueda prestar otros servicios de salud que no afecten su objeto social y que contribuyan a su desarrollo y financiación...”.



En efecto, RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, como representante legal de la Unión Temporal San Luis, recibió de RED SALUD Casanare recursos públicos para adelantar las obras de reposición del Centro de Salud en el municipio de San Luis de Palenque en ese departamento.

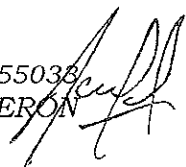
5.4.13 La naturaleza de los dineros entregados para la construcción del inmueble no ofrece discusión alguna. El ente contratante es una Empresa Social del Estado a la cual la Gobernación del Casanare, a través del convenio interadministrativo 8772 de 2005³⁰, le entregó recursos públicos que debían ser invertidos en la ejecución de varias obras de infraestructura, entre ellas, el Centro de Salud de San Luis de Palenque.

A RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, la entidad contratante le entregó dineros del valor del contrato a título de anticipos. Uno, recibido el 4 de mayo de 2006, en virtud del contrato 016, por un monto de \$545.871.388; el otro, por valor de \$268.156.336-, en razón del contrato adicional suscrito el 29 de diciembre del mismo año.

5.4.14 En relación con el anticipo, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece:

“En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos,

³⁰ El objeto del convenio interadministrativo 772 de 2005 era “transferir los recursos a la ESE RED SALUD CASANARE para realizar las obras de reposición de los centros de salud de Nunchía y San Luis de Palenque del departamento de Casanare e interventoría de la obra. Así lo indica el Informe de investigador de campo de 13 de agosto de 2009, visto a folio 61 y s.s. cuaderno de la actuación en fiscalía.



pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

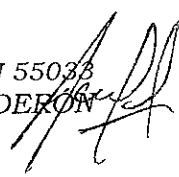
5.4.15 El Consejo de Estado, Sección Tercera, ha expresado sobre la naturaleza y entrega condicionada del anticipo lo siguiente³¹:

“los dineros que se le entregan al contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro”.

En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato”.

Entonces, las sumas entregadas por este concepto son recursos públicos, de propiedad de la entidad contratante, no entran al haber patrimonial del contratista, tienen una naturaleza especial que deriva de su entrega bajo la condición de destinarlos específicamente a la ejecución de la

³¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2001, radicado 44001-23-31-000-1996-0686-01 (13436), Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.



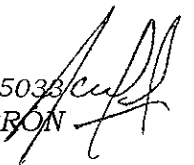
obra, lo que traduce su sujeción a criterios de buen uso y manejo que se garantiza mediante póliza; pues en esas condiciones se obliga a cumplir la función de manejo y correcta administración de dineros públicos.

El contacto directo del contratista con los dineros públicos, cuyo manejo se le encomienda por razón del contrato de obra, coloca de inmediato a ese particular en la posición de cuidar, resguardar e invertir esos caudales en los fines oficiales anejos al contrato estatal, función que correlativamente demanda una protección más amplia y eficaz del bien jurídico tutelado mediante imposición de pena mayor y restricción de subrogados al agente que transitoriamente facultado de funciones públicas, atenta contra los fondos públicos destinados taxativamente al desarrollo social o al cubrimiento de necesidades dirigidas a la realización del interés general.

5.4.16 Esas características, propias del anticipo, se replican en el Manual de Interventoría para la supervisión de los contratos, expedido por la Gobernación de Casanare, con el propósito de reglamentar e implementar lo estipulado en el Estatuto General de Contratación.

En su texto se define la naturaleza, el destino del anticipo, las garantías que se constituyen para su debido manejo e incluso los controles que se ejercen sobre su gasto³² en los siguientes términos:

³² Folios 134 a 169 cuaderno 1 del Juzgado.



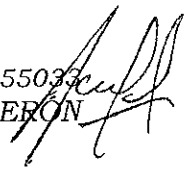
“recursos financieros públicos entregados por el Instituto al contratista, en cuenta conjunta a nombre del proyecto quien se obliga a destinarlos en forma exclusiva a la ejecución del contrato, de acuerdo con el programa de inversión previamente aprobado por el contratante, bajo su supervisión y vigilancia se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato.

El monto no podrá exceder el cincuenta por ciento 50% del valor total del contrato, el cual será amortizado, descontando el mismo porcentaje de cada acta de recibo que se presente...”

5.4.17 Los anticipos que recibió RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN por razón del contrato celebrado con RED SALUD Casanare, como se señaló líneas atrás, eran dineros públicos que debían ser destinados a la ejecución de la obra bajo un régimen de buen uso y manejo, garantizado mediante la constitución de póliza, como lo acredita el hecho cierto de que en el contrato No. 016, se incluyera una cláusula sobre la constitución de garantía única para cubrir, entre otros riesgos, el *“Manejo y buena inversión del anticipo cuya cuantía será equivalente al cien por ciento (100%) del valor básico del mismo, vigente por el término de duración del contrato y tres (03) meses más, contados a partir de la fecha del perfeccionamiento del contrato de obra.”*

5.4.18 La propiedad de los recursos entregados a título de anticipo permanecía en cabeza del ente estatal, hasta tanto se cumpliera el objeto del contrato, o se fuera amortizando su valor por entregas parciales de obra.

Así se desprende del contenido del numeral 9.1.5.2. del mismo manual, referido a los requerimientos que cobijan el



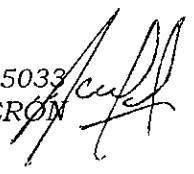
anticipo, entre ellos el contenido en el literal k), según el cual, esos dineros:

“no podrán destinarse a fines distintos a los relacionados con la ejecución y cumplimiento del contrato y tienen la condición de fondos públicos hasta el momento que sean amortizados mediante la ejecución de las obras contratadas o actividades realizadas según lo pactado, momento hasta el cual su mal manejo, el cambio de destinación o su apropiación darán lugar a las responsabilidades penales correspondientes”.

5.4.19 En consecuencia, tratándose estrictamente de anticipos, resalta en la definición del delito objeto de juzgamiento, no solo la obvia condición de dineros públicos, sino la específica e ineludible obligación de administrarlos bajo un concreto y específico fin, circunstancia que los diferencia de las otras sumas pagadas al contratista y que incluyen su beneficio económico, respecto de las cuales no existe tal sujeción legal.

De tal suerte que cuando el ente estatal le entrega al particular contratista la administración o el manejo de los recursos destinados a la ejecución de la obra, a título de anticipo, como medio de financiación de las actividades contratadas, se genera un deber que en esencia es el mismo que le asiste a la administración pública, de destinarlo al cumplimiento de los fines que le son propios al Estado.

Ese deber, se itera, surge de la especial naturaleza y propiedad de los dineros que se entregan al contratista por concepto de anticipo, los cuales siguen perteneciendo a la

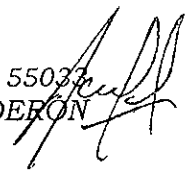


entidad contratante mientras el contratista no los amortice totalmente³³.

5.4.20 Ese rol que asume RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN como representante legal de RED SALUD Casanare, al administrar los recursos recibidos por concepto de anticipo bajo pautas previamente establecidas, al tiempo que se van adelantando las actividades propias de ejecución del contrato, se traduce en ejercicio de una función estrictamente pública, de administrar o manejar pulcramente en el marco del objeto contractual esos bienes públicos *-recurso que conserva ese rasgo distintivo a pesar de aplicarse a la ejecución de un contrato celebrado con un particular-*, como si se tratara de un órgano directamente estatal, para que sean adecuadamente destinados en el servicio público, motivo por el cual, en estos casos, no obra como simple particular que adelanta una obra para obtener un beneficio económico.

Por tanto, la responsabilidad penal que le asiste ante el incumplimiento de la función pública asignada, al apropiarse de los dineros entregados a título de anticipo, debe guardar correspondencia con la de funcionarios públicos que incurren en los mismos comportamientos, asimilación a través de la cual se busca cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad,

³³ Sección Tercera del Consejo de Estado, 5 de julio de 2006, Expediente: 24.812, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

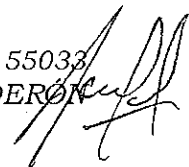


transparencia y publicidad, que se persiguen con la contratación administrativa.

5.4.21 No puede perderse de vista que la actividad desplegada por RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, trascendió la simple ejecución de la obra material a la cual se comprometió la Unión Temporal de la que era su representante legal, para incursionar en el manejo y administración de un bien público que le fue entregado para avanzar en la construcción del centro de salud, y lo más importante que no perdió su calidad de fondo público porque en ningún momento entró al patrimonio del contratista particular, ni éste tuvo libertad de disposición sobre el mismo, a pesar de estar destinado a la ejecución de la obra para la cual fue contratado.

RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, con pleno conocimiento sobre la naturaleza del dinero recibido y su destinación específica, y consciente del deber que le asistía de darle buen manejo, optó por apropiarse del anticipo y abandonar la tarea que se le había encomendado.

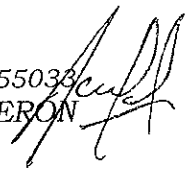
5.4.22 En ese orden de ideas, la decisión de declarar responsable a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, a título de autor, por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, fue ajustada a derecho, en tanto, de acuerdo con lo expuesto, a él se le encomendó el manejo de los anticipos constituidos con recursos públicos, función propia del poder público que asumió cuando se le encargó el manejo y administración de esos bienes.



Aquí el procesado RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN al fungir como contratista con el ente oficial para realizar la obra de restauración del centro de salud, asumió transitoria y excepcionalmente funciones públicas por cuanto por virtud del contrato le fue encomendado el manejo de bienes públicos, como lo son los dineros del anticipo, cuyo siguiente apoderamiento la realizó con evidente abuso del destino público encargado.

Es que, en este caso, la labor del contratista VARGAS CALDERÓN no se limitó a la ejecución material de la obra, sino que se amplió al manejo de dineros públicos a él encomendados como anticipo, los cuales debía destinar y amortizar en la ejecución de la obra, por lo que al optar por apropiárselos denotó abuso de la función pública transitoriamente asumida y con ello, incursionó en el delito de peculado.

Solamente por su condición de contratista de la obra pública, fue por lo que la entidad contratante le encomendó la administración de los dineros públicos del anticipo, de modo que al haberlos malversado fue infiel con su función contractual de administrar tales dineros públicos, pues con la apropiación de los mismos desconoció el cometido estatal de preservar el patrimonio público.



5.4.23 Así se acreditó con las pruebas allegadas en la etapa instructiva y en el juicio³⁴, según las cuales, a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN le fueron girados dineros por concepto de anticipos y dispuso de ellos como propios, lo que generó incumplimientos en la ejecución de la obra y en los pagos a proveedores de materiales y nómina de los trabajadores, al punto que, mediante resolución 760 de 2007, se declaró la caducidad administrativa del contrato de obra No. 016 de 27 de marzo de 2006.

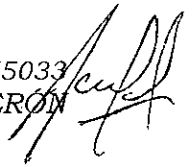
Particularmente, se estableció que después de retirar el anticipo del contrato adicional por la suma de \$268.156.336, representado en un cheque del banco Agrario, girado a nombre de la Unión Temporal San Luis de Palenque, RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, como su representante legal, hizo efectivo el título valor, el 2 de enero de 2007³⁵, y a partir de ese momento no se volvió a tener noticia de su paradero; desapareció con los dineros recibidos, sin aplicarlos al destino específico para el cual fueron entregados, como quedó visto.

Tan evidente resultó su ilícito proceder, que RED SALUD Casanare celebró en el mes de febrero de 2007, una reunión³⁶ con la participación de Rafael Quintero Garzón, gerente de la E.S.E., Dora Milena Acosta, asesora, Ruth Emilse Clavijo, interventora del convenio 772, y Luis Roberto Velasco Reyes, entre otras personas, donde se informó que

³⁴ Denuncia y posteriores ampliaciones de Luis Roberto Velasco Reyes, folios 2 a 5, 25 a 27 y 48 a 52; declaración de Fabián Enrique Hernández Díaz, folios 32 a 34, informe 0584 de 30 de mayo de 2007, cuaderno 1 del juzgado

³⁵ Folios 21 y 22 cuaderno 1 del Juzgado

³⁶ Folios 57 a 62 ibídem

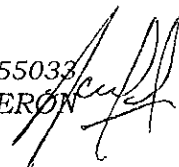


RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, “se encontraba desaparecido o no se encontraba en Yopal, nadie sabía de su paradero”³⁷, por lo cual era necesario que algún integrante de la Unión Temporal San Luis se hiciera cargo de la ejecución del objeto contractual; ante ello, Luis Roberto Velasco asumió la representación legal de la UT San Luis.

5.4.24 Aquí, debe precisar la Corte que, si bien, los hechos objeto de acusación contemplan como base de apropiación delictuosa, la totalidad de dinero entregado como anticipos y actas parciales de obra ejecutada, dado que no se discriminan unas y otras sumas, es lo cierto que la dinámica misma de la obra y la actuación específica que se registra del acusado, en cuanto Administrador de dineros estatales y no apenas contratista de obra, permiten advertir solo demostrada, en cuanto objeto de sustracción ilegal, la cantidad referida como última adición, en tanto, se sabe que nunca fue utilizada en la obra, mientras frente a las otras sumas se determinó su ocupación en el trabajo contratado, mismo que, también obliga destacar, solo fue suspendido por ocasión de la desaparición repentina del procesado.

5.4.25 De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se demuestra que los falladores de instancias no incurrieron en violación directa de la ley sustancial, menos aún en nulidad, al condenar a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN por el delito de peculado por apropiación agravado tipificado en el inciso 2º del artículo 397 del Código Penal.

³⁷ Declaración de Álvaro José Gómez Lozano folios 43 a 47 ibídem.

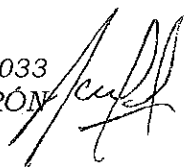


Lo aquí decidido constituye desarrollo de la configuración del delito de Peculado cuando el particular contratista asume funciones públicas por razón del contrato estatal, puntualmente, en este caso, por habersele encomendado, acorde con el objeto y fines del convenio oficial, el manejo de dineros públicos, situación en la cual *“adquiere automáticamente la investidura de servidor público y, por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios”*, como lo resaltó la Corte el 13 de mayo de 2006, dentro del radicado 2483, anteriormente citado.

5.5 De la legalidad de la pena

5.5.1 El principio de legalidad, consagrado en nuestro ordenamiento interno, en el canon 29 de la Constitución Política, y desarrollado en los estatutos sustantivo y procesal penal -artículos 6 de las Leyes 599 y 600 de 2000 y Ley 906 de 2004-, implica, esencialmente, que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente y con la plenitud de las formas propias de cada juicio.

De su contenido se deriva, no sólo que la pena esté claramente definida en la ley, sino que el juez debe atender los parámetros legales – *arts. 54 a 62 del Código Penal*- al momento de proceder a dosificar la pena contemplada para la conducta punible objeto del proceso, y expresar las

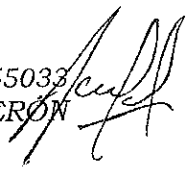


razones en las que apoya su determinación. De esta forma se garantiza no solo la objetividad y ausencia de arbitrariedad en el cumplimiento de esa tarea, sino que se posibilita el ejercicio del derecho de contradicción.

5.5.2 Acorde con lo expuesto, al juzgador le corresponde, en primer lugar, definir los mínimos y los máximos de la pena aplicable, siguiendo los derroteros fijados en el artículo 60 del Código Penal, y a región seguido individualizar la pena con apoyo en los parámetros del artículo 61 *ibídem*, dividiendo el ámbito punitivo en cuartos *-uno mínimo, dos medios y uno máximo-* para proceder luego a establecer en cuál se ubica dependiendo de si están presentes circunstancias genéricas de atenuación y/o agravación.

Superada esa labor, fijará el quantum dentro del cuarto que corresponda, ponderando aspectos como la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad y la función de la pena en el caso concreto.

5.5.3, Aunque en la demanda el defensor no hizo un específico desarrollo en torno de la vulneración del principio de legalidad de la pena, expresó que si el Tribunal hubiera guardado *“coherencia entre lo fáctico y lo jurídico, con argumentación y valoración probatoria”*, habría tasado las penas principales en un monto mínimo, al igual que las



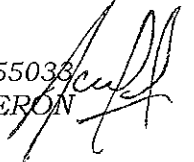
demás sanciones privativas de otros derechos, en clara alusión a la inconformidad que le asiste por la forma en que la sanción fue tasada.

5.5.4. La Sala advierte que le asiste razón al actor en su crítica genérica, como quiera que en el proceso de individualización de la pena a imponer a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, se incurrió en error grave que afecta el debido proceso, al imponerle una sanción de 122 meses de prisión.

En efecto, aunque de manera correcta el a quo estableció los límites mínimos y máximos en los que se movería para determinar la pena a imponer, en tratándose del delito de peculado por apropiación agravado, consagrado en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal, *-pena que oscila entre 72 y 270 meses de prisión-*, así como también dividió el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, se equivocó al escoger el primer cuarto medio.

Así lo razonó en el fallo el juez de primer grado:

“Teniendo en cuenta los criterios del Art. 61 del C.P., el Juzgador podrá moverse dentro de los cuartos mínimo, medios y máximos, teniéndose que dentro del primer cuarto mínimo, podrá ubicarse aquellas conductas en las que no existan atenuantes, ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva y dado que ninguno de los factores le resultan desfavorables, en el presenta caso concurre en su contra causal genérica de agravación, por



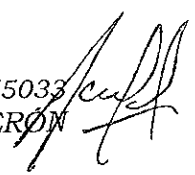
*cuanto lo apropiado supero los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, por lo tanto dicha pena se aumentará hasta en la mitad, por lo que es preciso adecuar la conducta del encartado dentro de tal primer cuarto medio, es decir, que se establecerá una pena de **CIENTO VEINTIDOS (122) MESES DE PRISIÓN.***

Monto que no fue modificado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Yopal al desatar la alzada.

Lo anterior significa que el fallador, utilizando la misma razón que agrava el peculado –*la cuantía de lo apropiado por valor superior a 200 smlmv-*, la cual permitió aumentar hasta la mitad la pena máxima, nuevamente empleó esa razón que denominó genérica de agravación, en el proceso de individualización descrito en el artículo 61 del Código Penal, para ubicarse en el primer cuarto medio y tasar la pena en 122 meses de prisión.

De esa manera contrarió el principio de legalidad de la dosificación punitiva, pues, como se anotó antes, solo es posible ubicarse en un cuarto diferente del mínimo, cuando al hecho le acompaña una circunstancia genérica de agravación, de las propias del artículo 58 del C.P.

Como está claro que ello no es lo que sucede aquí, de ninguna manera podía el Juzgado ubicarse en los cuartos medios; mucho menos, cuando para ese efecto aludió a lo contemplado en el inciso segundo del artículo 61 del C.P., dado que las circunstancias allí descritas operan únicamente



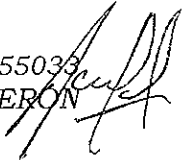
cuando ya ha sido determinado el cuanto de ubicación y resta apenas definir en concreto el monto de pena, desde luego, al interior de este.

Al no concurrir causales de incremento punitivo diferentes a la que permitió encuadrar el comportamiento de RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN en el delito de peculado por apropiación agravado, el A quo ha debido ubicarse en el primer cuarto mínimo de punibilidad, que oscilaba entre 72 y 121 meses 15 días de prisión.

Por consiguiente, la Sala casará parcialmente el fallo impugnado, aclarando eso sí, que la solución a aplicar no será la nulidad, como lo pretende el demandante, pues, la irregularidad puede corregirse de manera elemental en este estadio, con solo adecuar el cuarto de movilidad, remedio que consulta el principio de residualidad que rige para las nulidades.

En ese sentido, si el primer cuarto mínimo parte de 72 meses de prisión, será esta la pena aplicable, dado que, si bien, el fallador de primer grado excedió en 15 días el mínimo del cuarto equivocadamente escogido, nunca explicó en qué se fundamentó para ello.

Así mismo, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fija en un tiempo igual al de la pena de prisión aquí tasada.



En cuanto a la multa fijada para el peculado por apropiación, el artículo 397, señala en el inciso primero, que será equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; tratándose del peculado agravado por la cuantía de lo apropiado, la pena de multa no superará los 50.000 smlmv, monto que equivale a \$21.685.000.000, como quiera que, para el 2 de enero del año 2007, fecha en la cual hizo efectivo el cheque del anticipo del contrato adicional, el salario mínimo mensual vigente era la suma de 433.700 pesos.

El Juez de primer grado señaló en la sentencia, que la multa será el equivalente al valor de lo apropiado, allí establecido en cuatrocientos cuarenta y ocho millones doscientos quince mil ciento noventa y cinco millones de pesos (\$448.215.195.00)

Sin embargo, como se anunció en el punto 5.4.15, la suma que se acreditó apropiada se asume correspondiente al último contrato adicional, establecido por un monto de \$268.156.336. Será, entonces, este el valor a imponer.

5.5.5 En conclusión, se casará parcialmente la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2018, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, mediante la cual confirmó el fallo condenatorio emitido el 22 de mayo de 2018, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad, exclusivamente, para determinar que las sanciones principales que deberá cumplir el procesado, como

autor del delito de peculado por apropiación agravado, será de 72 meses de prisión, multa por la suma de 268.156.336 millones de pesos, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual término de la pena corporal.

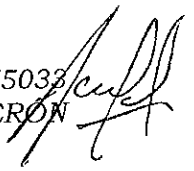
La sanción tasada no afecta la decisión adoptada en primera instancia frente a la negativa a concederle subrogados penales al sentenciado.

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

RESUELVE:

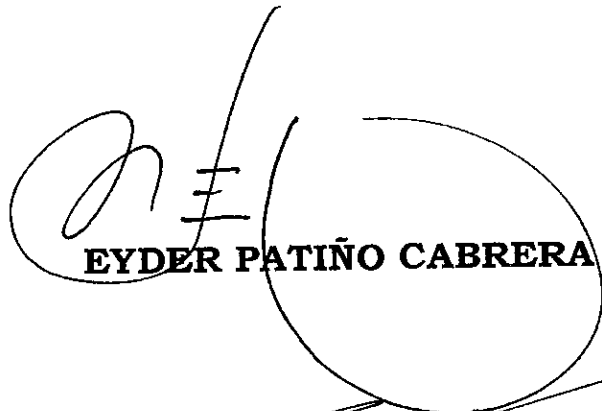
PRIMERO: CASAR parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Casanare que confirmó la emitida el 22 de mayo de 2018, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad contra RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, por el delito de peculado por apropiación agravado, exclusivamente, para fijar la pena de prisión en 72 meses, junto con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa por el equivalente a 268.156.336 millones de pesos.

SEGUNDO: Mantener incólumes las demás determinaciones adoptadas en la sentencia recurrida.

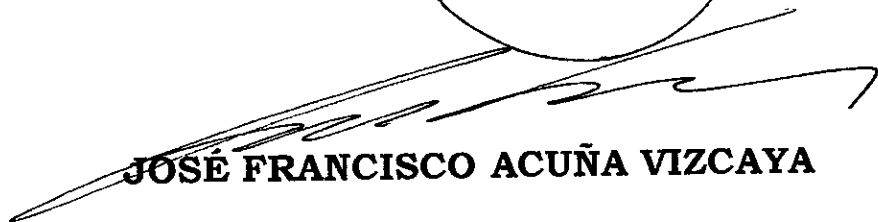


TERCERO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



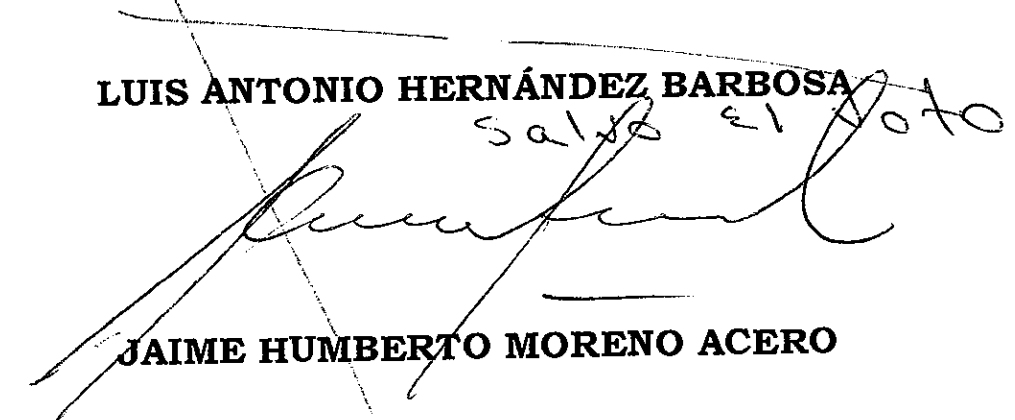
EYDER PATIÑO CABRERA



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

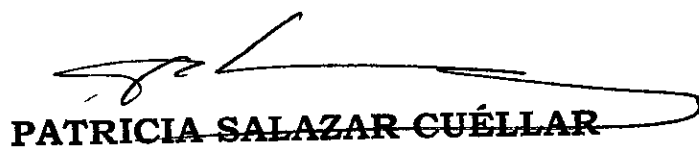


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

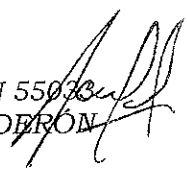


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Salvo el voto

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

27. Aug. 2019

SALVAMENTO DE VOTO:

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala mayoritaria, expongo las razones por las cuales salvé mi voto con relación al fallo proferido por la Corte el pasado 27 de agosto, en el cual concluyó que RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, contratado por la RED SALUD Casanare para realizar obras de reposición del Centro de Salud San Luis de Palenque del departamento, tenía la condición de servidor público y, por tanto, fue condenado como autor del delito de peculado al apropiarse del dinero recibido por concepto de anticipo.

El artículo 20 de la Ley 599 de 2000 establece:

“Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

Por su parte, el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 preceptúa:

“De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”.

La Corte Constitucional declaró exequibles las citadas normas mediante sentencia C-563 de 1998, oportunidad en la cual definió los criterios objeto de ponderación en la labor de establecer cuándo los particulares que intervienen en una contratación con el Estado en calidad de contratistas, interventores, consultores o asesores, pueden ser considerados servidores públicos.

Se precisó en la mencionada providencia:

“Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

“Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo

tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

“En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

“Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por, la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

“En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que

ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.

Ahora bien, en no pocas providencias la Sala ha acogido el referido criterio, al señalar que si bien el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal carácter se adquiere únicamente cuando en razón del contrato estatal, aquellos, quienes por regla general fungen como particulares, de manera excepcional asumen funciones públicas, esto es, cuando el contrato les transfiere una función de tal naturaleza, no cuando, como ocurre en la mayoría de situaciones, se trata de una labor simplemente material.

En tal sentido ha dicho la Corte¹, refiriéndose al caso de un particular contratado por el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT para suministrar e instalar material requerido para el funcionamiento de algunas bombas utilizadas en el riego:

“El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123-3 y 210-2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos”.

¹ CSJ SP, 27 abr. 2005. Rad. 19562.

En otra ocasión, al ocuparse de definir si un particular contratado por el municipio de Garagoa para realizar la obra de ampliar el acueducto rural tenía o no la condición de servidor público, precisó la Corporación²:

“En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública”.

Después, en el caso de unos particulares contratados por la Secretaría de Salud del Departamento de Santander para que produjeran un material educativo, capacitaran a la comunidad en la prevención de enfermedades y efectuaran un diagnóstico de la población discapacitada en 16 municipios de la provincia de Soto, dijo la Corte que tales contratos no tenían por objeto transferir de alguna manera funciones públicas a los contratistas, pues se trató únicamente de la realización de actividades de la entidad oficial en procura de asegurar algunos de sus objetivos públicos en beneficio de la comunidad del citado departamento, y por tanto, aquellos carecían de la condición de servidores públicos³.

En otro asunto, en el cual un contratista fue acusado y condenado en el curso de las instancias como autor del delito de

² CSJ SP, 13 mar. 2006. Rad. 24833. En sentido similar SP, 3 ene, 6 mar y 23 abr. 2008. Rads. 21926, 27477 y 23228, 1 abr y 7 oct. 2009. Rads. 28586 y 29791, y AP, 23 ene, 9 abr y 30 oct. 2008. Rads. 28890, 29452 y 30720, respectivamente.

³ Cfr. CSJ SP, 14 nov. 2011. Rad. 35121.

peculado por apropiación, pues al contratar con el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, se apropió de dinero correspondiente a parte del anticipo para realizar una obra pública en orden a mejorar el carretable Guarinocito, vereda Río Purnio de La Dorada (Caldas), concluyó la Sala⁴ que si no le fueron transferidas funciones públicas, pues no se trató de figuras tales como la concesión, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos, sino únicamente de la realización de actividades del referido Fondo, en procura de cumplir algunos de sus cometidos en beneficio de la comunidad del Departamento de Caldas, erraron, tanto la Fiscalía como los falladores, al acusar y condenar al contratista por el delito de peculado por apropiación, cuando lo cierto es que dicho punible precisa de un sujeto activo calificado, es decir, de un servidor público, calidad de la cual carecía el procesado.

En este último caso, se precisó que tal proceder no se adecua al punible de peculado por apropiación, pero sí, como ya lo había dicho la Corporación⁵, al de peculado por extensión que tipificaba el artículo 138 del Decreto 100 de 1980, cuya sanción hoy en día, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte⁶, se encuentra en el artículo 250 del estatuto punitivo de 2000 como abuso de confianza calificado, habida cuenta que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales corresponde a un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Transporte.

Tal postura fue luego reiterada⁷ en los siguientes términos:

⁴ Cfr. CSJ SP, 29 ago. 2012. Rad. 38695.

⁵ Cfr. CSJ SP, 24 ago. 2010. Rad. 31896.

⁶ Cfr. CSJ SP, 27 abr. 2005. Rad. 19562 y SP, 13 jul. 2005. Rad. 19695.

⁷ CSJ SP, 9 sep. 2015. Rad. 45898.

“De tiempo atrás la Corte Constitucional⁸ y esta Corporación han sido del criterio que aquellos solo adquieren tal calidad cuando en razón del contrato celebrado con el Estado se les trasfiere una función pública, como ocurre, verbi gratia, en los casos en que asumen el carácter de concesionarios, o administradores delegados o se les encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.; pero no cuando ejecutan una labor simplemente material, como sucede, generalmente, en los contratos de obra pública y suministro de bienes y servicios, por citar algunos ejemplos”.

Entonces, decidió la Sala que si el procesado suscribió un contrato de obra con un municipio para la construcción de un centro educativo, *“mediante dicho acuerdo de voluntades no se le transfirió función pública, habida cuenta que su objeto se circunscribió a la realización de la labor material contratada y, además, porque dentro de las funciones del ente territorial contratante no estaba la de ejecutar ese tipo de obra pública, luego al contratista no procedía asimilárselo a un servidor público”.*

Como viene de verse, la entrega de dinero, en este caso a título de anticipo de un contrato de obra, no corresponde a la delegación de una función pública, de manera que no comparto lo expuesto en el fallo respecto del cual salvo mi voto, al expresar:

“El manejo de bienes públicos por parte de particulares, lleva implícita la delegación de la función pública que radica en cabeza del Estado, y consecuentemente durante el tiempo que se ejerza esa función, el particular asume la calidad de servidor público para efectos de responsabilidad penal”.

⁸ CC C-563/98.

Advierto que en la sentencia de casación se está confundiendo el pago de la obra contratada, sustentado en una relación sinalagmática y conmutativa, en la cual el ente oficial entrega un dinero, generalmente una parte inicial a manera de anticipo –que conforme a la ficción del Consejo de Estado citada en la sentencia, es como una especie de préstamo para conseguir mantener su naturaleza de bien público— y otras de manera parcial y final, a cambio de una obra realizada por el contratista.

Al respecto, el Manual de Interventoría implementado por la Gobernación del Casanare⁹ para la supervisión de los contratos, define el anticipo como *“recursos financieros públicos entregados al contratista, en cuenta conjunta a nombre del proyecto, quien se obliga a destinarlos en forma exclusiva a la ejecución del contrato, de acuerdo con el programa de inversión previamente aprobado por el contratante, bajo su supervisión y vigilancia. Se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato”*.

A su vez, en el numeral 9.1.5.2. literal k) se establece que esos dineros *“no podrán destinarse a fines distintos a los relacionados con la ejecución y cumplimiento del contrato y tienen la condición de fondos públicos hasta el momento que sean amortizados mediante la ejecución de las obras contratadas o actividades realizadas según lo pactado, momento hasta el cual su mal manejo, el cambio de destinación o su apropiación darán lugar a las responsabilidades penales correspondientes”*.

En tal sentido, como tantas veces se ha dicho, el Estado no delega la función de realizar obras, que como en este caso no

⁹ Fols. 134 a 169 c. 1 Juzgado.

tiene, motivo por el cual la administración del anticipo de procedencia oficial, el cual, repito, corresponde a un pago con reglas y destinación específica y rigurosa, no puede ser entendida como delegación de una función oficial.

Así las cosas, si la RED SALUD Casanare, entidad contratante, es de naturaleza descentralizada del orden departamental, adscrita a la Secretaría de Salud de Casanare y encargada de la prestación del servicio de salud, es claro que sus funciones definidas en tal área específica no fueron delegadas en el contratista ROBERTO VARGAS CALDERÓN, como en efecto fue reconocido en el fallo al señalar:

“El convenio celebrado entre la citada Empresa Social del Estado y la Unión Temporal San Luis, es un típico contrato de obra, en tanto de trataba de realizar las acciones que fueran necesarias para la reposición del Centro de Salud San Luis de Palenque, labor que, en palabras de José Gómez Lozano, significaba ‘volver a hacer el centro de salud’”.

Más adelante se expresó en la sentencia:

“Entre las funciones que por mandato legal se le han asignado a RED SALUD Casanare, no se encuentra establecida la ejecución de obras con las características de la que fue contratada; no obstante, es innegable que se trata de una obra de utilidad pública, íntimamente relacionada con el servicio público que le corresponde prestar, en tanto en ese bien inmueble se atenderá a la población de Casanare en materia de salud”.

Advierto en la decisión de la cual me aparto un cambio abrupto en la jurisprudencia de la Sala, que parte de confundir la utilidad pública del servicio contratado, con la función pública y, por ello, hace extensiva la condición de servidor público a quien, pese a no ser delegado de funciones oficiales, se apoderó del anticipo dispuesto para realizar una obra destinada al servicio público, alcance que no se corresponde con el derivado de honrar el *principio de tipicidad estricta*, en oposición a la interpretación extensiva de tal condición exigida por el tipo penal para dicho delito de carácter especial.

Como en el fallo también se manifestó que el contacto directo del contratista con los dineros públicos entregados a manera de anticipo, cuyo manejo se le encomienda por razón del contrato de obra, lo sitúa en posición de cuidar, resguardar e invertir esos caudales en los fines propios del contrato estatal, coincido en que, como ocurre en este caso, es delito que se apropie de ellos, pero sin que corresponda esa hipótesis a la de un servidor público que comete peculado, sino a la de un particular que realiza el supuesto de hecho del abuso de confianza calificado, agravado en razón de la cuantía superior a 100 salarios mínimos legales mensuales (*principio de especialidad* en la solución al concurso aparente de delitos).

En tal situación, debió casarse el fallo impugnado, en el sentido de condenar a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, en su condición de particular, según lo tiene definido la jurisprudencia de la Corte¹⁰, como autor del delito de abuso de confianza calificado, concurriendo la circunstancia de agravación prevista en el numeral 1º del artículo 267 del mismo ordenamiento, por el

¹⁰ Cfr. CSJ SP, 27 abr. 2005. Rad. 19562 y SP, 13 jul. 2005. Rad. 19695.

monto de lo apropiado, efectuar la correspondiente dosificación punitiva y adoptar las respectivas decisiones derivadas de ello.

Cordialmente,

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

~~Magistrado~~

