

Proceso n.º 31986

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta N° 264.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010).

VISTOS

Se pronuncia la Corte en torno a la acción de revisión promovida por el defensor de IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2004 por el Tribunal Superior de Quibdó, confirmatoria de la emitida el 8 de marzo anterior por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma sede, mediante la cual condenó al prenombrado a las penas principales de 84 meses de prisión y \$305.146.352 de multa, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término antes mencionado, a título de autor responsable del delito de peculado por apropiación.

HECHOS

En pretérita oportunidad la Corte los reseñó de la siguiente manera:

“Con ocasión de la licitación pública No 002-97, el 22 de agosto de 1997 la Gobernación del Chocó adjudicó al ingeniero civil IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN el

contrato para la construcción y pavimentación de la carretera Quibdó – La Mansa sector K7+000 al K10+000 por un costo de \$789.285.244. Conforme a lo pactado, el 16 de septiembre de ese año se reconoció y ordenó pagar el 50% de ese valor como anticipo. Antes de la iniciación de las obras -1º de noviembre de 1997- el contratista había dispuesto de la casi totalidad del anticipo entregado y como consecuencia de que en los meses de noviembre y diciembre el retraso en su ejecución de acuerdo a lo programado y la parálisis de la misma eran evidentes, en mayo de 1998 se determinó la liquidación unilateral del contrato”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la denuncia presentada el 28 de septiembre de 1998 por el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Chocó, la Fiscalía 4ª Seccional de la Unidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública inició la averiguación pertinente.

Mediante resolución del 15 de octubre de ese año dispuso la captura de LOZANO CERÓN, a quien el día 23 del mismo mes declaró persona ausente. En cumplimiento de una acción de tutela revocó la orden de captura y el 15 de enero de 1999 lo escuchó en indagatoria.

El 3 de febrero de 1999 resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, decisión confirmada el 17 de marzo de ese año por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Quibdó.

Agotada la etapa instructiva, el 19 de julio de 1999 la Fiscalía dispuso su clausura y el 17 de agosto del citado año acusó formalmente a LOZANO CERÓN como autor de la conducta punible atribuida en la medida de aseguramiento.

Ejecutoriada la acusación, correspondió el trámite posterior del proceso al Juzgado

Segundo Penal del Circuito de Quibdó, despacho que adelantó la fase del juicio conforme a la ritualidad procesal entonces vigente, profiriendo sentencia de carácter condenatorio, recurrida en apelación por la defensa, aun cuando confirmada en su integridad por el Tribunal Superior.

Por lo anterior, el mismo sujeto procesal acudió al recurso extraordinario de casación, que luego de ser admitido, fue resuelto por la Corte mediante fallo del 16 de marzo de 2006, en el cual se abstuvo de casar la sentencia por los aspectos impugnados, pero la casó parcial y oficiosamente con el fin de declarar que la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas se impone de manera permanente.

LA DEMANDA

El demandante invoca la causal 6ª del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, conforme a la cual la acción de revisión procede cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Para fundamentar su pretensión, el actor empieza por destacar cómo el juez de primera instancia condenó a IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN por el delito de peculado por apropiación, porque al celebrar con la administración un contrato cuyo objeto era la construcción y pavimentación de la carretera Quibdó – La Mansa, adquirió la condición de servidor público, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, acorde con el cual para efectos penales el contratista se considera como un particular que cumple funciones públicas, en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

Dicha decisión, añadió, fue confirmada por el Tribunal Superior de la mencionada ciudad, tras avalar el criterio del a quo, sin que la Corte abordara el punto cuando desató el recurso de casación, por no ser ese el objeto de la impugnación.

Precisó el libelista que con posterioridad a los pronunciamientos de primera y segunda instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cambió su posición jurisprudencial en torno al aspecto en mención, al señalar que el simple hecho de ostentar el particular la calidad de contratista no implica la realización de funciones públicas y la adquisición consiguiente de la calidad de servidor público, porque si la labor asumida tiene carácter eminentemente material, como ocurre en los casos de contratos de obra pública, dicho particular no puede ser considerado como tal y, en consecuencia, como autor del delito de peculado por apropiación.

Esa nueva postura, según el actor, la adoptó la Corte con fundamento en doctrina constitucional, plasmándola en las sentencias del 27 de abril de 2005, radicación 19562, del 13 de julio de 2005, radicación 19695, y del 13 de marzo de 2006, radicación 24833, y es la jurisprudencia actualmente vigente, la cual pide, por tanto, aplicar al presente caso, pues al sentenciado se le consideró como servidor público, pese a celebrar con el Estado un contrato de obra pública, cuya labor es estrictamente material y no jurídica, que no le transfirió funciones públicas.

Solicita, de esa manera, acceder a la revisión y proferir el fallo de reemplazo, aun cuando declarando la prescripción de la acción penal, pues al sentenciado debió realmente atribuírsele el delito de peculado por extensión, el cual con la vigencia de la Ley 599 de 2000 asumió la forma de un delito contra el patrimonio económico bajo la denominación de abuso de confianza calificado, cuya pena máxima es de 9 años de prisión, de manera que el término de prescripción se cumplió en este caso el 9 de septiembre de 2004, considerando que la ejecutoria de la resolución de acusación ocurrió el 9 de septiembre de 1999.

TRÁMITE EN LA CORTE

Luego de aceptarse los impedimentos manifestados por los H. Magistrados

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS y YESID RAMÍREZ BASTIDAS, mediante auto del 13 de octubre de 2009 se admitió la demanda y se ordenó allegar a la actuación el proceso respecto del cual se solicita la revisión.

Por decisión del 30 de noviembre del precitado año se ordenó correr traslado a las partes para solicitar pruebas, oportunidad aprovechada por el defensor de LOZANO CERÓN. La Sala en determinación del 11 de marzo siguiente negó el acopio de los elementos de juicio solicitados.

Concluido el período probatorio, por auto del 8 de abril de la cursante anualidad se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, haciéndolo la Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal y el defensor del condenado, según el siguiente resumen.

ALEGATOS DE LOS SUJETOS PROCESALES

a) Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal:

Solicitó declarar fundada la causal de revisión invocada y, consecuencialmente, dejar sin efecto la condena proferida en contra de IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN,

Sustentó su posición, trayendo a colación inicialmente decisiones de esta Corporación en torno a la causal 6ª de revisión, en donde se señala que para su prosperidad se hace necesario demostrar que el fundamento de la sentencia cuya remoción se pretende es entendido por la jurisprudencia de modo diferente y, además, que de mantenerse dicho criterio comportaría una clara situación de injusticia.

De acuerdo con la Delegada, el actor acreditó la concurrencia de dichos

presupuestos. Al respecto, destaca cómo el juzgador de primera instancia declaró responsable a LOZANO CERÓN del delito de peculado por apropiación por hacer suyos dineros públicos provenientes de un contrato de obra que celebró con el Estado, lo cual le asignó la condición de servidor público al tenor de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, criterio avalado por el Tribunal de Quibdó cuando confirmó la condena dictada por el a quo.

Considerando de esa forma que el problema jurídico a resolver en este caso es si el condenado adquirió o no la calidad de servidor público, el Ministerio Público encuentra acertada la posición del demandante, pues ciertamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las tres decisiones citadas en el libelo, establecieron una nueva jurisprudencia en torno al alcance del artículo 56 citado, al señalar que solamente frente a eventualidades tales como las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos es pertinente por extensión asimilar al particular a un servidor público.

Esa situación, añade, no ocurre cuando la labor es estrictamente material, como sucedió con la actividad contratada en este caso, es decir, construcción y pavimentación de la carretera Quibdó - La Mansa, la cual, por tanto, no comportó "intromisión en funciones propias inherentes a la entidad territorial", de manera que al contratista no debió condenársele en calidad de servidor público, sino como particular.

Sobre la base entonces de sobrevenir un cambio jurisprudencial favorable a los intereses del condenado, insistió en solicitar dejar sin efecto la sentencia objeto de revisión y proferir fallo de reemplazo por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, aun cuando declarando la prescripción de la acción penal, pues dicho fenómeno se consolidó el 9 de septiembre de 2004.

b) Defensa:

Tras recordar nuevamente el criterio jurídico con sustento en el cual los falladores de primer y segundo grado condenaron a IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN, insistió en afirmar que dicha postura fue variada por esta Corporación en las sentencias remembradas en la demanda, cuyos fundamentos medulares trae a colación una vez más.

Según el actor, el nuevo criterio de la Corte apunta a plantear que el particular por el sólo hecho de suscribir un contrato con la administración no pierde esa calidad, salvo si la actividad contratada consiste en desarrollar funciones públicas. Si el objeto del contrato, añade, no es ese sino la realización de labores de carácter estrictamente material, la investidura de servidor público no cubre al particular, quien en tales condiciones se constituye en colaborador de la entidad estatal, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Para la defensa, el mencionado cambio jurisprudencial es trascendente para este caso, pues con el mismo ya no es posible imputar a LOZANO CERÓN el delito de peculado por apropiación, conforme a la interpretación de los juzgadores, habida cuenta que el contrato administrativo celebrado por el aludido con la Gobernación del Chocó no tenía como finalidad la transferencia de funciones públicas al contratista sino conseguir la ejecución práctica del objeto contractual.

Siendo así la situación, considera que al sentenciado debió atribuírsele el delito de peculado por extensión, el cual con ocasión de la vigencia de la Ley 599 de 2000 adquirió la forma de un delito contra el patrimonio económico en la modalidad de abuso de confianza agravado, cuya prescripción, sin embargo, se consolidó el 9 de septiembre de 2004.

Por consiguiente, solicitó dejar sin valor la sentencia condenatoria y, en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como reiteradamente lo ha expuesto la Sala, la acción de revisión constituye una excepción al principio de la cosa juzgada, en la medida en que la inmutabilidad de una decisión con esa connotación se rescinde cuando se establece a través de alguna de las causales previstas en la ley para el efecto, que la providencia comporta un contenido de injusticia material, en cuanto la verdad procesal allí declarada se opone a la verdad histórica de lo acontecido.

En el presente evento, la pretensión revisora se fundamenta en la causal 6ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal de 2000, conforme a la cual dicha acción procede “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”.

Sobre el mencionado motivo de revisión, la Sala tiene dicho que para su configuración es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo.

Así mismo, ha sido insistente en señalar que para su demostración no basta invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento de la Corte, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto¹.

De la misma manera, la Sala ha precisado que el pronunciamiento judicial con sustento en

el cual se apoya la solicitud sólo debe provenir de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, por ser esta Corporación el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, atendiendo la función que cumple de unificar la jurisprudencia nacional como tribunal de casación (art. 206 del Código de Procedimiento Penal)2.

En tal virtud, conforme a la previsión normativa y los precedentes jurisprudenciales de la Sala, se tiene que los presupuestos sustanciales de la causal 6ª de revisión son: i) que la acción se dirija contra una sentencia condenatoria ejecutoriada, ii) que el fallo sea proferido por un juez o Corporación Judicial, iii) que la Sala Penal de la Corte, en decisión posterior, haya variado la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se pide, y iv) que el nuevo criterio jurídico expresado por la Sala sea favorable, en cuanto de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia.

Observa la Sala que tales presupuestos, ciertamente, se presentan en el caso sometido a su decisión. En efecto, la sentencia se dirige contra una sentencia ejecutoriada proferida por una Corporación Judicial.

De otro lado, se ha acreditado en esta actuación que el criterio jurídico con el cual se sustentó la sentencia condenatoria fue variado con posterioridad por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para cimentar este aserto se requiere, desde luego, traer a colación los fundamentos de los fallos de primera y segunda instancia y luego reseñar la nueva postura jurisprudencial de esta Corporación. A ello entonces se procede en seguida.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó condenó a IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN por hacer suyos dineros oficiales entregados a título de anticipo, luego de celebrar un contrato administrativo cuyo objeto era la construcción y pavimentación de un sector de la carretera Quibdó - La Mansa. Le atribuyó el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 133 del Código Penal de 1980, al considerar que

quien celebra un contrato con la administración adquiere la condición de servidor público, de manera que si se apropia de los dineros recibidos en desarrollo del objeto contractual incurre en dicha conducta punible.

El a quo predicó dicha postura con fundamento en lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual:

“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”.

En concreto, el juzgador de primera instancia sostuvo sobre el particular en su sentencia, cuya data es del 8 de marzo de 2004:

“Y, al realizar el proceso de subsunción se considera que la conducta de IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN recae en el precepto transcrito³

, habida consideración que según voces del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Contratación Administrativa), para efectos penales el contratista se considera como un particular que cumple funciones públicas, en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que se celebren con entidades estatales y, por lo tanto, está sujeto a las responsabilidades que en esta materia señale la ley para los servidores públicos; de manera, que el sindicado LOZANO CERÓN, en su calidad de particular que cumplía funciones públicas, se apoderó de unos recursos estatales, cuya administración se le confirió para desarrollar un contrato de obra, tal proceder lo hace autor del delito de peculado por apropiación”.

La sentencia condenatoria proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Quibdó obtuvo, ante la apelación interpuesta por la defensa, confirmación del Tribunal Superior de la misma sede en fallo del 10 de mayo de 2004, colegiatura que de esa manera avaló el criterio expuesto por el a quo, estimando de la misma forma que LOZANO CERÓN, al apropiarse de dineros recibidos para la ejecución del contrato celebrado con la Gobernación del Chocó, incurrió en el delito previsto en el artículo 133 del estatuto punitivo de 1980 porque, acorde con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, el contratista es considerado, para efectos penales, un particular que cumple funciones públicas.

De acuerdo con las decisiones de los juzgadores de instancia, por tanto, el sólo hecho de que un particular celebre un contrato administrativo le asigna la condición de servidor público, razón por la cual si hace suyos dineros recibidos a título de anticipo para la ejecución del contrato incurre en el delito de peculado por apropiación.

El fundamento jurídico que sirvió de sustento a las decisiones de los sentenciadores, empero, fue modificado posteriormente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así, en sentencia de casación proferida el 27 de abril de 20054, expuso lo siguiente:

“Para el impugnante y la Delegada, CÉSAR ALEJANDRO MARTÍNEZ HERRERA, dada la condición de particular y su vinculación contractual con los dineros que constituyeron el objeto material de la conducta que dio origen a este proceso, no ejerció funciones públicas, razón por la cual no ostenta la cualificación jurídica exigida para el sujeto activo en el tipo penal del artículo 133 del C.P., modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995, aseveración que la Sala comparte irrestrictamente, por las razones que seguidamente se exponen.

“...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.

La Sala adoptó la anterior postura con apoyo en la sentencia de constitucionalidad C-563 de 1998, en la cual la guardiana de la Carta Política consideró conforme al texto superior el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, sobre la base de expresar:

“Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende 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 a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.

En otras palabras, 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”.

La Corte Constitucional arribó a esa conclusión a partir de los siguientes adicionales razonamientos:

“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”.

Como se observa, esta Corporación, a partir de la doctrina constitucional establecida en la sentencia C-563 de 1998, expresó en la sentencia de casación antes aludida que aun cuando 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 condición solamente se adquiere cuando con motivo del vínculo contractual el particular asume funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esa naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede si la actividad se circunscribe a una labor simplemente material.

El anterior criterio jurisprudencial fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de casación del 13 de julio de 2005 y del 13 de marzo de 2006. En este último pronunciamiento la Sala expresó lo siguiente:

“Para abordar el análisis de este puntual tema, se hace indispensable estudiar primero lo relacionado con la calidad que ostentaba el procesado Fernando Hely Mejía Álvarez cuando suscribió con el municipio de Garagoa el mencionado contrato de obra para la ampliación del acueducto rural “Bancos de Páramos”, es decir, si por razón de ese acto jurídico público adquirió una función pública y, por ende, la condición de servidor público, o siguió siendo un particular, aspecto jurídico que determina, para efectos de los términos de la prescripción, si se aplica el incremento de la tercera parte que establece el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 82 del Decreto 100 de 1980).

En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de

Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.

No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le

encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.

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”.

Recapitulando, se tiene: el fundamento jurídico con sustento en el cual se emitió la condena cuya revisión se solicita, consistente en la adquisición de la condición de servidor público por el sólo hecho de que el particular sea contratista, interventor, consultor o asesor, experimentó variación posterior por parte de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en desarrollo de doctrina constitucional sentó el criterio según el cual para determinar si el particular obtiene o no la condición de servidor público es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.

Y al efecto la jurisprudencia expresa como ejemplo de labor simplemente material el

contrato de obra pública, porque en ese caso la tarea se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal, convirtiéndose el contratista en un colaborador o instrumento de la administración para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Es de anotar que el nuevo criterio se ha ratificado en ulteriores decisiones, erigiéndose en postura actualmente uniforme y consolidada. Sobre el particular, resulta pertinente reseñar las sentencias proferidas el 3 de enero⁷, 6 de marzo⁸ y 23 de abril de 2008⁹, 1º de abril¹⁰ y 7 de octubre de 2009¹¹, y los autos emitidos el 23 de enero¹², 9 de abril¹³ y 30 de octubre de 2008¹⁴.

.

Establecido de esa manera que con posterioridad a las decisiones cuya revisión se solicita sobrevinieron pronunciamientos que modificaron el fundamento jurídico con sustento en el cual se condenó a IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN, es necesario ahora determinar si ese nuevo criterio jurídico se torna favorable para el prenombrado.

Al respecto, se recuerda que el actor celebró un contrato administrativo con la Gobernación del Chocó, cuyo objeto consistía en la construcción y pavimentación de un sector de la carretera Quibdó - La Mansa, por cuya razón recibió una suma dineraria a título de anticipo. Es decir, se trató de un típico contrato de obra pública, lo cual le implicaba la ejecución de una labor estrictamente material, que no le asignaba la condición de servidor público por no asumir la realización de funciones públicas.

En tal virtud, es claro que la apropiación del anticipo no daba lugar a la atribución del delito de peculado por apropiación, por no reunir el contratista la cualificación exigida por la norma para la estructuración de dicha conducta punible.

El proceder de LOZANO CERÓN, en realidad, ameritaba la imputación del delito de

peculado por extensión que tipificaba el artículo 138 del también Código Penal de 1980, cuya sanción hoy en día, conforme lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala¹⁵, se encuentra en el artículo 250 del estatuto punitivo de 2000 bajo la denominación de abuso de confianza calificado, concurriendo la circunstancia de agravación prevista en el numeral 1º del artículo 267 ibídem, porque la cuantía excedió de 100 salarios mínimos legales mensuales.

El artículo 250 en cita contempla pena de prisión de tres (3) a seis (6) años, punibilidad que como efecto de la agravante antes mencionada se eleva a los extremos que van de cuatro (4) a nueve (9) años.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del Código Penal de 2000, la acción penal prescribe en el máximo de la pena imponible, disminuida en la mitad cuando se trata de la etapa del juicio, sin ser inferior a cinco (5) años, conforme lo tiene establecido el artículo 86 ejúsdem, término este último que entonces es el llamado a tener en cuenta en el presente caso para tales efectos.

Como la resolución de acusación, según consta en autos¹⁶, cobró ejecutoria el 9 de septiembre de 1999, significa ello que los cinco (5) años se cumplieron el 9 de septiembre de 2004, fecha para la cual aún no había adquirido firmeza la sentencia de condena proferida en contra de LOZANO CERÓN, pues el recurso extraordinario de casación se desató el 16 de marzo de 2006.

Resulta, por tanto, indiscutible que el nuevo criterio jurídico prohiado por esta Corporación se torna favorable para el actor, pues no sólo le significa una sanción más benéfica, sino que conduce a la prescripción de la acción penal.

En consecuencia, demostrados como se encuentran los presupuestos de la causal de revisión invocada, la Sala dejará sin valor la sentencia condenatoria impuesta a IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN y dispondrá la cesación de procedimiento en su favor, por

prescripción de la acción penal.

Finalmente, ordenará cancelar los antecedentes penales por razón del presente asunto y las demás anotaciones que se hubieren efectuado en los registros policivos y de control de decisiones judiciales.

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

RESUELVE

1. Declarar fundada la causal de revisión invocada por el defensor de IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN.
2. Declarar sin valor las sentencias proferidas el 8 de marzo de 2004 y el 10 de mayo de igual año por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, respectivamente.
3. Decretar la prescripción de la acción penal seguida contra IVÁN ALEXÁNDER LOZANO CERÓN por el delito de abuso de confianza calificado y agravado.
4. Ordenar la cancelación de los antecedentes que aparezcan registrados en los archivos del Estado, en razón de este expediente.
5. En firme la presente decisión, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Magistrada

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Magistrado

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Magistrado

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Magistrado

FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Conjuez

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Conjuez

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

Conjuez

YESID REYES ALVARADO

Conjuez

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. Auto de revisión del 11 marzo de 2003, radicación 19252.

2 Cfr. Auto de revisión del 5 de diciembre de 2002, radicación 18572.

3 Se refiere al artículo 133 del Código Penal de 1980.

4 Radicación 19562.

5 Radicación 19695.

6 Radicación 24833.

7 Radicación 21926.

8 Radicación 27477.

9 Radicación 23288.

10 Radicación 28586.

11 Radicación 29791.

12 Radicación 28890.

13 Radicación 29452.

14 Radicación 30720.

15 Ver, entre otras, sentencias del 27 de abril de 2005, radicación 19562 y del 13 de julio de 2005, radicación 19695.

16 Fl. 425 cuaderno No. 2.