

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado ponente

AP2818-2018

Radicación n.º 48555

Acta 218

Bogotá, D. C., cuatro (4) de julio de dos mil dieciocho (2018).

## ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de judicial de Arturo Enrique Vargas Nucci, en contra del auto del 28 de febrero de 2018, que inadmitió la demanda de revisión.

## HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

1. Los acontecimientos que dieron origen a la investigación, consisten en que el 27 de diciembre de 1993, el alcalde de Barranquilla, luego de realizar un concurso de méritos, suscribió un contrato de administración delegada con el arquitecto Fernando Jorge Torne Brown, para la ejecución de las obras de remodelación interna y externa del edificio municipal, en un inmueble en donde antes funcionaban las oficinas del Banco de la República, por valor de \$1.490.744.524,55.

En el acuerdo se estipuló un anticipo del 40 % del valor de los costos directos y gastos

administrativos, y el pago del 60 % restante se pactó mediante actas parciales de obra. Igualmente, se convino la constitución de un fondo rotatorio conjunto para el manejo de los recursos.

Empero, en el mes de marzo de 1994, se entregó al contratista un monto de \$1.401.342.180,55, lo que equivale a un 94 % del valor total, sin que las actividades hubieran iniciado.

Además, Torne Brown, sin autorización del distrito, abrió simultáneamente un fideicomiso de administración mobiliaria -FAM-, en el que invirtió los recursos públicos y obtuvo rendimientos por \$105.584.665,00.

Por último, en el mes de agosto de 1994, se suscribió un contrato adicional por el monto de \$1.495.000.000,00.

2. En lo que respecta a la actuación, el 15 de diciembre de 2010, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga condenó, entre otros, a Arturo Enrique Vargas Nucci a 6 años de prisión y multa equivalente a \$200.000.00, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena privativa de la libertad, como autor del delito de peculado por apropiación, negándole los mecanismos sustitutivos de la pena.

3. La anterior determinación fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, el 11 de julio de 2011, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

4. En            contra de la sentencia de segunda instancia, el citado sentenciado a            través de apoderado, impetró recurso extraordinario de            casación y, mediante sentencia de 4 de septiembre de 2012, la            Sala no casó el fallo impugnado.

5. Posteriormente,            también formuló demanda de revisión, en la que            se alegaba la prescripción de la acción penal que, el            10 de febrero de 2015, fue inadmitida por la Sala.

#### LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Corporación precisó que, si bien el litigante allegó el poder otorgado por el condenado, identificó los despachos que conocieron el asunto, los delitos, la causal invocada y los fallos de primera y segunda instancias no aportó la constancia de ejecutoria, la cual quiso suplir con la copia de la anotación de recibido del expediente por el Tribunal, luego de que se resolviera el recurso de casación por parte la Corte Suprema.

Además, observó la Sala que, el apoderado invocó como aspecto novedoso los extractos bancarios de la cuenta corriente número 098-09623-3 del banco Ganadero, sin embargo, el argumento carece de fundamento, pues, los juzgadores sí consideraron los medios que el demandante señala.

En ese orden, como quiera que dentro de los fundamentos del juicio de reproche se encuentra el escrutinio de los documentos que refiere el litigante, sin que el mérito suasorio otorgado a los mismos corresponda al sugerido por el actor, su postulación emerge improcedente.

Se puntualizó que, la lectura de los fallos permite advertir que los dictámenes periciales no excluyeron del análisis los extractos bancarios, ya que fueron el soporte de las experticias aludidas en las determinaciones, por lo cual, los planteamientos propuestos yacen solo como una inconformidad de la defensa frente a las inferencias que hicieron los juzgadores.

Por otra parte, se resaltó el informe de las misiones de trabajo No. 939 y 154 del 23 de junio de 2000, elaborado por los técnicos del CTI, que de forma pormenorizada, detalla la existencia de contratos por valor total de \$2.549.140.938,00, de los cuales sólo se encontraron actas de entrega y liquidación final por un valor de \$2.538.221.892,00, suma, evidentemente, inferior a la facilitada al administrador delegado, que alcanzó los \$2.985.744.524,00, sin contar con el monto de los rendimientos; además, ese mismo estudio indicó la existencia de sobrecostos en cantidades y valores unitarios frente a los precios del mercado de la época y obras ejecutadas sin los soportes correspondientes. Lo anterior permitió concluir que los recursos no se invirtieron en su totalidad en la construcción.

Como si fuera poco, según informe No.01140 del 14 de marzo de 2003, lo contratado alcanzó los \$2.092.990.533,00, de los cuales, con actas de liquidación sólo aparecían \$2.092.946.156,00, pero, al constatar precios y cantidades en la obra física, tan sólo se confirmaron \$1.825.061.844,00 y sobrecostos por \$267.884.312.00.

En ese orden, quedó descartado que los dineros entregados por el distrito de Barranquilla, incluidos los intereses emanados del fideicomiso de administración mobiliaria, se invirtieron en la ejecución de la remodelación del edificio gubernamental y, en contraste, se corroboraron irregularidades en la contratación y ejecución de la obra, así como sobrecostos, todo lo cual, afianzó, con creces, la configuración de la conducta de peculado por apropiación.

## FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado judicial insiste en que la providencia que desestimó la demanda de casación y

la copia del «certificado del Tribunal Superior de Barranquilla», en la que se deja constancia del recibo del trámite luego de la resolución del recurso extraordinario, suplen el requisito de la «constancia de ejecutoria» del artículo 222 de la Ley 600 de 2000.

A continuación, manifiesta que la Sala «ha acertado en demostrar de manera indirecta la validez y procedibilidad» de la petición, al relacionar en la inadmisión «los extractos de la cuenta 098-09623-3 del banco Ganadero; un Certificado de la cuenta FAM 098-096623-9; los folios 14 y 15A.22; y 11 a 14A.22».

Y agrega:

Sin embargo, cuando los Magistrados hacen referencia de la cuenta FAM No. 098-096623-9, relacionado en la providencia como (fl 212 C8), es con relación a una respuesta o un certificado que le entrega la entidad financiera a la Fiscalía General de la Nación, pero este certificado es totalmente distinto a lo que se denomina extracto bancario.

Por ello, reitera que esos últimos fueron los considerados por los falladores y no los extractos aportados con la demanda, con lo que alega su originalidad.

Manifiesta que los registros referidos en la determinación atacada tienen relación con la cuenta identificada con número 0980623-9, los cuales acreditan que los rendimientos financieros no fueron retirados ni menos apropiados por parte del contratista.

Acusa a la Sala de incurrir en un error por confundir la cuenta No. 098-096623-3 con la FAM No. 098096239, esa última de la que dice aporta los nuevos extractos.

Reprocha que la Corte indique que los extractos bancarios fueron considerados en las determinaciones de instancia ya que esa es una discusión que se está realizando en otro juicio producto de la ruptura procesal que se decretó en su momento y que el proceder impreciso y equivocado de la Alta Corporación, eventualmente, serviría de sustento para

que el juez de conocimiento «niegue los recursos de Ley que se interpongan en esa otra causa».

Por último, se ratifica en las postulaciones de la demanda.

## CONSIDERACIONES

1. El propósito del recurso de reposición, concretamente, cuando se dirige contra la providencia que rehúsa la asunción del conocimiento del trámite excepcional, es que la Sala analice y corrija los posibles errores de orden fáctico o jurídico en que hubiese podido incurrir, para que, de considerarlo pertinente, proceda a revocarla, reformarla o adicionarla.

La Sala ha sostenido, en múltiples oportunidades, que la acción no es una fase residual del proceso penal en la que sea viable proponer, sin rigor alguno, hipótesis probatorias encaminadas a poner en entredicho una sentencia ejecutoriada. En ese sentido, en el proveído materia de reposición se puso de relieve cómo este instituto comporta un carácter especial que acarrea el cumplimiento de ciertas cargas, a nivel formal y sustancial.

1.1 Bajo esa perspectiva, no es de recibo el argumento del recurrente consistente en que la providencia de inadmisión de la demanda de casación o la constancia de recibo del proceso por parte del Tribunal son suficientes para acreditar la ejecutoria de la sentencia de condena.

Esa forma de proceder impone resaltar que el canon 222 del Código de Procedimiento Penal, indica que con la petición «Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de primera y segunda instancias y constancia de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda» (Subrayado fuera de texto).

Ahora, del examen de los anexos al libelo, se advierte que el recurrente omitió presentar la respectiva constancia de ejecutoria, de modo que emerge diáfano la inobservancia de esa exigencia formal ineluctable para acceder a la revisión.

Así las cosas, el imperativo legal impone acompañar certificación, expresa y directa, que haga una declaración de certeza sobre la firmeza material de la decisión que se reclama examinar<sup>1</sup>, para habilitar el ejercicio de la acción, al establecer, como presupuesto necesario, el agotamiento de cualquier mecanismo de impugnación. Además, la norma en cita no permite que la misma se dé por supuesta, de manera que allegar «la constancia de ejecutoria» no es un mero formalismo sino un requisito previsto por el legislador.

En ese orden, el incumplimiento del anterior requerimiento deriva en la inadmisión de la demanda, porque su omisión resulta insubsanable dado el carácter rogado del trámite<sup>2</sup>.

1.2. Por otra parte, en lo atinente a la causal invocada, no puede dejar de señalarse que, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, la misma consiste en aportar evidencias que permitan avizorar la confluencia de elementos de juicio no conocidos al tiempo de la actuación, orientados a demostrar la inocencia o inimputabilidad del condenado, pues, se insiste, no es la revisión un escenario alternativo para pretender retomar una controversia que ya finalizó con la sentencia condenatoria.

Se advierte que, el recurrente acusa a la Sala de confundir la cuenta corriente destinada para el manejo de los recursos del contrato de administración delegada (098-09623-3) con la del fideicomiso de administración (09623-9) aperturada por el contratista, sin embargo, quien incurre en ese error es el libelista.

Al respecto, sea la oportunidad para resaltar que si bien en la demanda refiere como pruebas novedosas (i) la declaración de la funcionaria de policía judicial Mónica Escamilla, (ii) un auto emitido el 14 de marzo de 2014 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga, (iii) los extractos de la cuenta identificada con número 2098-09623-9 y (iv)

el certificado de un contador público, más adelante encausa la queja, tan sólo, los extractos de la cuenta n°. 098-09623-3 y, en apartado final, retoma el ataque con estribo en los soportes de la cuenta n°. 2098-09623-9.

Esa forma de proceder impone precisar que, en el trámite ordinario, se realizó inspección judicial, practicada el 10 de mayo de 1999 (folio 264 C5), al Banco Ganadero sucursal Olaya Herrera, donde se hallaron cuatro cuentas relacionadas con el contratista Fernando Jorge Torne Brown, a saber:

- a) De ahorro gana diario No. 098-09252-1 abierta el 18 de noviembre de 1993.
- b) Corriente No. 098-08138-3 abierta el 24 de octubre de 1993.
- c) Corriente No. 098-09623-3, abierta el 3 de marzo de 1994, a nombre de Fernando Torne Brown, nueva sede Distrital de Barranquilla, constituida como la cuenta del fondo rotatorio del contrato de administración delegada.
- d) Cuenta No. 09623-9 denominada “Administración delegada nueva sede alcaldía de Barranquilla y/o Fernando Torne” sobre la cual se constituyó el fideicomiso FAM, para que esos dineros se invirtieran por FIDUGAN en papeles rentables.

De lo anterior, se pudo constatar, con fundamento en los extractos de la cuenta corriente n°. 098-09623-3, fondo rotatorio de administración delegada, que la misma fue abierta a nombre de Fernando Torne Brown -obra nueva sede de la alcaldía distrital-, para el manejo de los recursos del contrato de obra pública mediante la modalidad de administración delegada, en la cual, los días 2 y 7 de marzo de 1994, se consignaron por parte del ente territorial las sumas de \$88.508.321,00 y \$406.491.679,00, respectivamente, por concepto de anticipo, empero, ese mismo mes fueron retirados alrededor de cuatrocientos ochenta millones de pesos.

De igual modo, se giraron por la alcaldía, el 19 de abril, \$180.000.000,00, y el 29 siguiente, \$664.356.362,55, cantidades también sustraídas de manera inmediata por el contratista, por manera que al finalizar abril el saldo era de \$30.533.302,22 de los \$1.401.342.180,55 pagados de forma anticipada por el distrito.

Ahora, quedó plasmado en la condena que los dineros que el contratista sacó de la cuenta contractual eran trasladados a la cuenta FAM No. 09623-9, código 2098, a efectos de que generaran rentabilidad financiera.

Es por ello que en el proveído que inadmitió la demanda se subrayó que el administrador delegado recibió, en inobservancia del clausulado del acuerdo de voluntades, el 94% del valor del contrato a título de anticipo, montó que se giró a la cuenta del fondo rotatorio, pero luego fue trasladado de manera unilateral por el contratista a una cuenta FAM, que estratégicamente había creado en el mismo banco con el propósito de obtener rendimientos económicos.

Es así como se detalló que para el mes de marzo, Fernando Jorge Torne Brown transfirió de la cuenta oficial a la FAM, \$430.869.012,00, en abril la incrementó en \$578.633.789,00, mayo en \$1.199.297.075,00, y en junio descendió a \$974.745.945,00; de lo cual se generaron, a diciembre de 1994, utilidades financieras por \$105.651.941.00, conforme se advierte de la relación de movimientos a la cuenta FAM emitida por la Fiduciaria FIDUGAN (fl. 212 C8).

Así las cosas, refulge con claridad que en los fundamentos de las determinaciones concurrió el examen de los documentos que refiere el litigante, sin que el mérito suasorio otorgado a los mismos corresponda al sugerido por el actor, con lo que su postulación emerge sin sustento. Además, es ilógico señalar que los beneficios bancarios retornaron a la cuenta principal -098-09623-3-, sin que en los registros de los movimientos de la misma, que se valoraron en la actuación, se consignara esa circunstancia.

A la par, no es cierto que el juicio de reproche giró, exclusivamente, en torno a la destinación de los intereses generados, pues, la lectura de los fallos permite observar que, según informe de fecha 25 de junio de 1999, Fernando Jorge Torne Brown recibió del distrito de Barranquilla, por concepto del convenio de administración delegada, celebrado el 27 de diciembre de 1993, la suma de \$1.490.544.534.55, y, por un adicional del mes de agosto de 1994, un monto de \$1.495.000.000,00, para un total desembolsado de \$2.985.744.524.00. No obstante, la verificación de la inversión de la obra, según el estudio, sólo se pudo realizar con base en los libros de contabilidad, no registrados ante la Cámara de Comercio, suministrados por el mismo contratista, en atención a que el distrito nunca los proporcionó, como tampoco ocurrió con los soportes de los acuerdos de voluntades, actas de iniciación, liquidación y finalización de las actividades estipuladas.

En otros términos, el ente territorial no aportó la documentación pertinente y la obtenida se hallaba, en su mayoría, en poder del contratista, lo que a la par originó que no pudiera establecerse con certeza si el dinero desembolsado se destinó, efectivamente, a la obra referida.

Por su parte, a través de sendos informes se evidenció la suscripción de contratos por \$2.549.140.938,00, de los cuales sólo contaban con actas de entrega y liquidación final un valor de \$2.538.221.892,00, cantidad inferior a la entregada al administrador delegado que fue de \$2.985.744.524,00; además de la existencia de sobrecostos en cantidades y valores unitarios frente a los precios del mercado de la época y obras ejecutadas sin los soportes correspondientes. De igual forma, la verificación de precios y cantidades en la obra física arrojó un total de \$1.825.061.844,00 y sobrecostos por \$267.884.312.00.

En consecuencia, no es cierto que la condena giró, exclusivamente, alrededor de la obtención y destinación de los rendimientos financieros de la cuenta FAM, sino del cúmulo de irregularidades descritas, las cuales dan cuenta de que los dineros entregados por el distrito de Barranquilla, incluidos los intereses emanados del fideicomiso de administración

mobiliaria, no se invirtieron en la ejecución de la remodelación del edificio gubernamental.

Como se observa, el litigante, en estricto sentido, no confronta los fundamentos de la determinación recurrida y a través de afirmaciones confusas, basadas en su opinión subjetiva, pretende auspiciar un debate propio del trámite de las instancias, ignorando que esa discusión feneció una vez agotados los recursos ordinarios y extraordinarios en el desarrollo de la actuación, por lo que devienen improcedentes los cuestionamientos del accionante en contra de una decisión judicial amparada por la presunción de acierto y legalidad.

En estas condiciones, se debe señalar que la remoción de la cosa juzgada impone demostrar ante la Corte, a partir de medios suasorios convincentes, no aleatorios ni especulativos o genéricos, susceptibles de verificación, la necesidad de adelantar un trámite en el que atendiendo los fines y la dinámica de la revisión, se constate su alcance para que en el caso de declararse fundada la petición rescisoria, sea dable dejar sin efectos el proveído correspondiente.

2. Puesto que los elementos de convicción allegados por el recurrente no son trascendentes ni novedosos y tampoco se avizora un dislate en la providencia con ocasión al escrutinio de la Corporación, la determinación será confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

## RESUELVE

Primero. No reponer el auto del pasado 28 de febrero de 2018, por medio del cual se inadmitió la demanda de revisión formulada en nombre del sentenciado Arturo Enrique Vargas Nucci.

Segundo. Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Impedido

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Impedido

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Impedido

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ AP 5 jul. 2007, rad. 24.421; CSJ AP 14 nov. 2007, rad. 28.466; CSJ AP, 10 dic. 2010, rad. 35.249; CSJ AP, 27 jul. 2011, rad. 35057; CSJ AP, 9 abr. 2013, rad. 39.374; AP457-2015, 4 feb. 2015, rad.43.620; CSJ AP, 28 jun. 2017, rad. 50280.

2 CJS AP1508-2015, 25 mar. 2015, rad. 43681; CSJ AP, 29 may. 2013, rad. 36224; CSJ AP, 28 jun. 2017, rad. 50280.