

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP829-2018

Radicación n.º 48555

Acta 65

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO

La Sala examina la demanda de revisión presentada por el apoderado judicial de Arturo Enrique Vargas Nucci, en contra de la sentencia del 11 de julio de 2011, en virtud de la cual, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó el fallo emitido el 15 de diciembre de 2010, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó como autor del delito de peculado por apropiación.

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 DEMANDA

El representante del condenado inicia identificando la actuación procesal, para luego resaltar algunos apartados de las consideraciones de las sentencias de instancia, de los hechos y, bajo el amparo de la causal 3ª del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, realiza una serie de manifestaciones que, según señala, sustentan la acción.

Refiere que la condena se impuso, exclusivamente, por la apropiación de rendimientos financieros por \$105.848.054,00, sin embargo, manifiesta que en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho en el que se adelanta el juicio por otras conductas que emanan de los mismos hechos, descansa material probatorio que desvirtúa la sustracción de los referidos intereses.

Expone que, en ese último proceso, reposan los extractos bancarios de la cuenta corriente

número 2098096239, del fideicomiso a nombre de Fernando Torne Brown Obra Alcaldía Distrital Barranquilla (FAM), según los cuales, sus rendimientos eran trasladados, a medida que se generaban, a la cuenta de la obra identificada con número 098096233 de Fernando Torne Brown - Nueva Sede Alcaldía y aporta una certificación de un contador público con la que pretende sustentar su tesis.

Explica que, los documentos aludidos evidencian la transferencia de los recursos a través de «notas créditos por las órdenes de redención», pero, éstos no fueron incorporados a la presente causa y, por esa razón, no se logró, precisamente, probar la destinación final de las ganancias. En su apoyo indica que, la persona del Cuerpo Técnico de Investigación -CTI-, encargada de realizar el estudio contable, manifestó de forma expresa que la corporación bancaria no suministró la información necesaria para el efecto.

Por tanto, en atención a que los rendimientos que se estimaban apropiados eran restituidos, una vez se causaban, a la cuenta dispuesta para el manejo de los recursos de la obra, considera el litigante, queda desvirtuada la responsabilidad de su representado y la de los demás procesados.

Finalmente, dice anexar la constancia de ejecutoria del fallo condenatorio y solicita la admisión del libelo.

CONSIDERACIONES

La demanda de revisión bajo estudio será inadmitida por las siguientes razones:

En primer término, al escrito no se adjuntó la constancia de firmeza del fallo cuestionado, con lo cual se incumplió el requisito previsto en el inciso final del artículo 222 de la Ley 600 de 2000, esto, en atención a 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 instancia, no aportó la constancia de ejecutoria, la cual

quiso suplir, según se advierte, 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.

Lo anterior impone recordar que, esa exigencia es indispensable, no apenas como simple requisito formal, sino en calidad de condición sustancial para habilitar la intervención de la Sala en sede de revisión, que sólo está facultada, se repite, respecto de sentencias ejecutoriadas, entre otras razones, porque de hallarse vigente el proceso podrá dar lugar a decisiones encontradas.

En ese orden, la omisión de presentar la certificación de ejecutoria se erige en motivo suficiente para desestimar la demanda¹.

Empero, lo anterior no impide subrayar que el peticionario tampoco logra acreditar la configuración de la causal invocada, es decir, el numeral 3º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, «Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad».

El precepto en cita impone la demostración del surgimiento de una prueba o un hecho novedoso que, bajo los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, eran ignorados en el instante de la realización de la investigación y el juicio, pero, ostentan la entidad necesaria para variar el sentido del fallo, al poseer la vocación de acreditar una situación inadvertida y relevante frente a la decisión de fondo o de mutar la percepción fáctica declarada en la sentencia respecto de un suceso conocido². Por ende, además de la impronta de originalidad, es necesario que los elementos de convicción sobrevinientes tengan el poder de trascender e incidir en la realidad histórica definida en la providencia acusada.

Es así como se observa que, el apoderado invoca 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.

Al respecto, pese a lo extenso, cabe destacar lo que la sentencia de primera instancia manifestó:

(...) Conforme los extractos de la cuenta Corriente No. 098-09623-3 del Banco Ganadero o cuenta del fondo rotatorio de administración delegada, ésta fue abierta a nombre de Fernando Torne Brown -Obra Nueva Sede de la Alcaldía Distrital, constatándose que los días 2 y 7 de marzo de 1994 fueron consignados por parte de la administración Distrital de Barranquilla la suma de \$88.508.321 y \$406.491.679 que corresponderían a lo pagado, con las deducciones por impuestos y retenciones de ley, constatándose que el saldo que arrojaba para ese mes era tan sólo de \$15.600.326.67, lo que indica que en ese mismo mes de marzo fueron retirados alrededor de cuatrocientos ochenta millones de pesos. Lo mismo aconteció para los días 19 y 29 de abril de 1994, donde fueron consignados por la Alcaldía de Barranquilla \$180.000.000,00 y \$664.356.362,55 respectivamente, que corresponden a los pagos efectuados el 15 y 28 de ese mes; sin embargo, fueron retirados de manera inmediata por el procesado Torne Brown quedando la cuenta del Fondo Rotatorio para finales de ese mes con tan sólo un saldo \$30.533.302,22 de los \$1.401.342.180.55 que de manera anticipada le habían entregado, gracias a las gestiones que habían realizado los aludidos funcionarios de la Alcaldía de Barranquilla.

Dicha cantidad de dinero se trasladó, de manera inmediata, a la cuenta FAM No. 09623-9 código 2098, que había abierto, con el fin de obtener una rentabilidad financiera, mandato que no estaba contemplado en el contrato de administración delegada suscrito el 27 de diciembre de 1993, ni había sido avalad[o] por el Alcalde de Barranquilla Bernardo Hoyos.

Además de ello, resulta evidente que el contratista Torne Brown conocía de antemano, no sólo que se iba a ver beneficiado con la entrega anticipada de casi la totalidad del precio pactado en el contrato de administración delegada, sino que conocía que las obras no se

iban a ejecutar conforme el cronograma del proyecto, es decir que presentarían considerables retrasos y por ende, disponía del capital y del tiempo suficiente, de ahí que cinco días después de abrir la cuenta No. 098-0966623-3 del fondo rotatorio -3 de marzo de 1994-, abrió la cuenta FAM No.098-096623-9, esto es, el 8 de marzo de esa anualidad, donde periódicamente, a medida que la administración iba consignando el precio del contrato, hacía las transferencias del caso, generando rendimientos a su favor, incrementando el dinero suministrado por la Administración de Barranquilla, para beneficiarse con ello, procediendo después de junio de 1994 a retirarlos de la cuenta bancaria, sin control alguno por parte de los funcionarios encargados de su entrega y verificación de su destino final (fl. 212 C8) (...) Se resalta.

Agregó el pronunciamiento que:

(...) No sobra mencionar que en la cuenta No. 098-9623-3 del Banco Ganadero o Fondo Rotatorio, durante el mes de marzo de 1994 sólo se emitieron cuatro (4) cheques, uno a beneficio del mismo contratista Fernando Torne Brown y, tres a otros contratistas: Ramón Díaz Granados, MODULARES Ltda. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. 'CONFIANZA', por sumas que no superaron los cuarenta y tres millones de pesos (fl. 14 y 15 A. 22). Igualmente, para el mes de abril se emitieron dos (2) cheques, uno a favor del mismo contratista Torne Brown y el otro a favor de un subcontratista, por un valor que no supera los cinco millones de pesos, en tanto que entre mayo y junio de 1994 se emitieron diez (10) cheques que no superaron los veintiún millones de pesos, de los cuales dos fueron librados a favor de Torne Brown por valor de \$4.951.479,00 y otro al Director de la obra, José Manuel Abello, por valor de \$1.782.500.00 (fl. 11 a 14 A.22). Indica lo anterior que la cuenta del fondo rotatorio solamente se estaba utilizando para el pago de obligaciones de poco monto a favor de algunos subcontratistas o para beneficio del mismo Torne Brown, siendo estas las únicas transacciones que se realizaron con cheques que llevaban consigo la firma del contratista Torne Brown, y el visto bueno del interventor Alcibiades Bustillo.

Lo anterior, era evidente pues la gran cantidad de dinero que había consignado la Administración de Barranquilla, aproximado al 94% del precio del contrato en la cuenta del fondo rotatorio, había sido trasladado a la cuenta FAM que había abierto de manera estratégica el contratista Fernando Torne Brown en el Banco Ganadero para obtener rendimientos financieros a su favor, inicialmente en el mes de marzo de 1994 con una transferencia de \$430.869.012.00, que se incrementó en el mes de abril en \$578.633.789.00, en el mes de mayo a \$1.199.297.075,00, descendiendo en el mes de junio era de \$ 974.745.945.00, causándose por esa cantidad de dinero a diciembre de 1994 rendimientos financieros que ascendieron a \$105.651.941.00, conforme se advierte de la relación de movimiento a la cuenta FAM emitida por la Fiduciaria FIDUGAN (fl. 212 C8), los cuales empezaron a ser retirados, a partir de junio de 1994, por parte de su titular Fernando Torne Brown cuando se iniciaron en concreto las obras de la remodelación en junio de 1994, dejando tan sólo un saldo a diciembre de 1994 de \$1.237.381.45, que finalmente fueron retirados en julio de 1995, quedando la cuenta FAM con un saldo de \$252.00. Dichos retiros –se insiste- se efectuaron solamente con la firma del procesado Torne Brown, sin control alguno por parte de la Administración de la Alcaldía de Barranquilla, que permitiera verificar que efectivamente los recursos públicos eran invertidos en dicha remodelación y, en especial, establecer la destinación dada a los rendimientos financieros que éste había obtenido de manera irregular, así como otros dineros del capital principal, de los cuales podía apropiarse en su beneficio o el de terceros, por lo que las apreciaciones en torno a que el dinero contractual nunca estuvo a disposición del contratista, resultan desatinadas. (...) Subrayado original.

En ese sentido, es claro 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, con lo que su postulación emerge sin sustento.

Igualmente, la lectura de los fallos permite observar que los dictámenes periciales no

excluyeron del análisis los extractos bancarios, ya que fueron el soporte de las experticias, por lo cual, los planteamientos propuestos yacen solo como una inconformidad de la defensa frente a las inferencias que hicieron los juzgadores.

Es así como mediante informe de fecha 25 de junio de 1999, se determinó que el contratista recibió del distrito de Barranquilla, por concepto del contrato de administración delegada, celebrado el 27 de diciembre de 1993, la suma de \$1.490.544.534.55, y, por el contrato 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 contratos, actas de iniciación, liquidación y finalización de las actividades convenidas.

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.

En igual senda, el informe de las misiones de trabajo No. 939 y 154 del 23 de junio de 2000, elaborado por los técnicos del CTI, de forma más pormenorizada, detalla la existencia de contratos por valor total de \$2.549.140.938,00, de los cuales sólo se encontraron con actas de entrega y liquidación final 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; debe agregarse que, ese mismo estudio advirtió de la existencia de sobre costos 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, y con creces, la configuración de la conducta de peculado por apropiación.

Dentro de ese contexto, refulge con nitidez que no le asiste razón al letrado cuando afirma que el comportamiento atribuido a su poderdante se centró, exclusivamente, en el reproche por la apropiación de los réditos financieros, pues, conforme se expuso, en el trámite se puntualizaron, entre otros aspectos, el desconocimiento de las obligaciones en torno al monto del anticipo otorgado al contratista, -equivalente al 94 %, esto es \$1.401.342.180.55, cuando el acuerdo señalaba el 40%-, sin que la obra hubiera iniciado, el traslado irregular de los recursos a una fiducia, las utilidades económicas, los sobrecostos y la diferencia entre los fondos entregados y la realidad de lo ejecutado, circunstancias, a partir de las cuales, se estructuró el juicio de responsabilidad en contra de los procesados.

En todo caso, la información consignada en los documentos arrimados con la demanda tampoco evidencian la presunta devolución de los intereses, como lo postula el libelista, y no poseen ni la más mínima entidad para debilitar las bases fácticas que edifican la condena, pero además, debe decirse que los argumentos planteados guardan identidad con los expuestos con ocasión a la demanda de casación desestimada por la Sala dentro del mismo trámite.

Siendo lo anterior así, es evidente que el abogado se limita a prolongar el debate probatorio por esta vía jurisdiccional, desconociendo que el proceso judicial ya finalizó y se encuentra amparado por el efecto de la cosa juzgada, además, logra acreditar la configuración de la causal evocada derivada de prescindir de medios de conocimiento que, por su estrecha relación con el caso, tenían la virtualidad de modificar los supuestos de hecho que sirvieron de fundamento a la decisión cuestionada, en evidente abuso del derecho de acudir a la jurisdicción y en detrimento de la administración de justicia, pues, se insiste, la discrepancia que se formula fue, en su oportunidad, considerada por los falladores.

Así las cosas, los elementos de convicción allegados no son novedosos ni trascendentes y los argumentos del defensor no configuran la causal alegada, razón por la cual la demanda presentada se inadmitirá.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de revisión presentada a favor de Arturo Enrique Vargas Nucci, por conducto de apoderado judicial.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

IMPEDIDO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

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, 25 feb. 2015, rad. 45133.

2 CSJ AP, 5 ago. 2015, rad 46157, CSJ AP, 29 may. 2013, rad 38312.