

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP12152-2014

Radicación N° 43849

Aprobado acta No. 298.

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Se examina en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó), el 30 de abril de 2014, confirmatoria, con modificaciones, de la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito adjunto de la misma ciudad, el 23 de julio de 2012, mediante la cual se condenó a los acusados FLORENTINO CHAVERRA MOSQUERA y MIGUEL ÁNGEL ASPRILLA MOSQUERA, como autores responsables de los delitos de peculado por apropiación y peculado culposo, respectivamente.

Impugnada oportunamente dicha decisión a través del extraordinario recurso por el defensor del procesado CHAVERRA MOSQUERA, presentada la correspondiente demanda y concedida la casación, el libelo fue declarado ajustado a las prescripciones legales, por auto del 27 de mayo del año en curso.

Como la agencia del Ministerio Público en cabeza del señor Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal ha emitido su concepto, se apresta la Sala a resolver lo pertinente.

HECHOS

Entre el 29 de junio de 2001 y el 31 de diciembre de 2002, el señor FLORENTINO CHAVERRA MOSQUERA se desempeñó como pagador de la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó (Chocó), Empresa Solidaria de Salud y Administradora de Régimen Subsidiado -ARS-, encargada de la implementación, administración y aseguramiento del régimen subsidiado en salud, además de la intermediación en la prestación de ese servicio público a la población más vulnerable, cuya personería jurídica le fue reconocida por DANCOOP mediante Resolución 2979 del 9 de octubre de 1995.

Para la misma época, ocupó el cargo de gerente de dicha entidad el señor MIGUEL ÁNGEL ASPRILLA MOSQUERA.

Pues bien, durante ese lapso, ante la cantidad de medidas cautelares que soportaban las cuentas de la citada ARS, su gerente, ASPRILLA MOSQUERA, autorizó que las sumas de dinero que les fueran depositadas por FIDUPES -Fiduciaria a través de la cual se manejaban los recursos, con sede en la ciudad de Medellín- y por otros conceptos, se consignaran en la cuenta personal del pagador, CHAVERRA MOSQUERA, con el objeto de cubrir las prestaciones que les correspondían.

De la anterior forma, mensualmente fueron ingresando dineros de la Asociación a la cuenta de CHAVERRA MOSQUERA, presentándose así sobrecostos y gastos injustificados, que pericialmente fueron determinados en la suma de \$232.228.052.00.

También trascendió en la investigación que durante el mencionado período, el

pagador construyó varias viviendas.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos anteriores, el 18 de junio de 2003 la Fiscalía Quinta Seccional de Quibdó (Chocó) ordenó la apertura de la instrucción y la vinculación de FLORENTINO CHAVERRA MOSQUERA, quien fue escuchado en indagatoria el 24 de los mismos mes y año, por la conducta punible de enriquecimiento ilícito, en tanto, su situación jurídica fue resuelta el 26 de junio siguiente, absteniéndose esa oficina de aplicarle medida de aseguramiento.

El 9 de octubre de 2004 se dispuso vincular a MIGUEL ÁNGEL ASPRILLA MOSQUERA, cuya injurada se recepcionó el 19 de noviembre posterior.

Previamente, el 27 de octubre de la referida anualidad, el ente instructor amplió la indagatoria a CHAVERRA MOSQUERA, al considerar que el ilícito investigado correspondía al de peculado por apropiación agravado. En tales condiciones, le definió la situación jurídica el 16 de agosto de 2005, aplicándole medida aseguratoria de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, ordenando, por tanto, su captura.

Clausurada la fase sumarial el 27 de octubre de ese año, la Fiscalía calificó su mérito el 25 de noviembre ulterior, precluyendo la instrucción en favor de ambos procesados. Asimismo, revocó la medida de aseguramiento impuesta a CHAVERRA MOSQUERA.

Apelada dicha decisión por el delegado del Ministerio Público, mediante pronunciamiento del 28 de febrero de 2006 la Fiscalía Once delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó decretó la nulidad desde la resolución de cierre, pero dejó en firme la revocatoria de la medida detentiva.

Finiquitada nuevamente la etapa instructiva el 27 de septiembre de 2007, la entidad investigadora dictó proveído calificadorio el 29 de noviembre siguiente, profiriendo resolución de acusación en contra de los sindicatos, así: a CHAVERRA MOSQUERA por la hipótesis delictiva de peculado por apropiación agravado, y a ASPRILLA MOSQUERA por la de peculado culposos.

En decisión de segunda instancia del 26 de febrero de 2008, el superior funcional ya mencionado confirmó íntegramente el llamamiento a juicio.

El conocimiento de la fase del juzgamiento fue inicialmente asumido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, despacho que luego de realizar las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento –el 24 junio 2008 y el 12 de noviembre de 2009, respectivamente–, remitió la actuación a su homólogo adjunto, el cual dictó sentencia el 23 de julio de 2012, declarando la responsabilidad penal de los inculcados en los delitos contenidos en el pliego acusatorio.

Consecuente con su determinación, el A quo impuso a CHAVERRA MOSQUERA las penas principales de 84 meses de prisión, multa por el valor de \$223'228.052.001, e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Por su parte, a ASPRILLA MOSQUERA le aplicó las sanciones principales de 6 meses de arresto, multa por el equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por dicho término. De igual manera, mientras al primero le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria –lo que condujo a que ordenara su captura–, al segundo le otorgó el de la condena condicional.

Impugnado el fallo por el defensor de los sindicatos, la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó lo confirmó parcialmente el 30 de junio de 2014, pues, redujo a

\$198'410.012.00 la pena de multa impuesta a CHAVERRA MOSQUERA, a quien además le aplicó la sanción de inhabilidad temporal establecida en el artículo 122 de la Constitución Política.

En contra de la providencia del Ad quem, la defensa técnica de CHAVERRA MOSQUERA interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la correspondiente demanda, la cual fue admitida por la Corte mediante auto del 27 de mayo de la anualidad que avanza.

El expediente, en consecuencia, fue remitido a la Procuraduría General de la Nación para la emisión del concepto de rigor, el cual se recibió en el despacho el 12 de agosto último.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Cargo único: violación directa por interpretación errónea.

Según el defensor del procesado FLORENTINO CHAVERRA MOSQUERA, se infringió directamente el artículo 133 del Código Penal de 1980, que consagra el delito de peculado por apropiación, asegurando que en la identificación del sujeto calificado a que alude dicho precepto, debieron estudiarse sistemáticamente los artículos 123 de la [Constitución Política](#), 20 de la Ley 599 de 2000, 63 de aquella codificación y 56 de la Ley 80 de 1993, los cuales fueron interpretados erróneamente por el Tribunal.

Precisa que aunque con estas disposiciones se establece cuándo y en qué eventos los particulares desempeñan funciones públicas, a efectos de asemejar su responsabilidad a la de los servidores oficiales, el juzgador consideró “que por la mera ocurrencia de los hechos” y por estar contratado laboralmente su representado por una ARS de carácter privado que ejerce la función pública de salud, ostentaba dicha calidad.

Así, luego de ilustrar sobre la vía de ataque casacional seleccionada, el demandante reitera que al interpretar el alcance de la acepción de “servidor público” en materia penal, el Ad quem la llevó más allá de lo que la doctrina y la jurisprudencia han determinado, concluyendo que su prohijado sí era sujeto calificado del tipo penal de peculado, cuando en realidad no lo es.

Para el casacionista, es claro que las instancias no analizaron las verdaderas funciones del procesado a fin de establecer qué régimen le es aplicable, por manera que si hubiesen interpretado acertadamente las normas invocadas, en lugar de condenarlo, lo habrían absuelto del cargo imputado.

En soporte de lo anotado, hace extensas transcripciones de sentencias de la Corte Constitucional (C-563 de 1998) y esta Sala (Radicado 23872), en las que se pronuncian sobre la responsabilidad penal de los particulares que fungen como contratistas, respecto de los delitos contra la administración pública. De ellas enfatiza que la asimilación del particular con el servidor público, se condiciona al hecho que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual, estima, no se aviene a este caso, ya que CHAVERRA MOSQUERA ejercía como simple pagador de una ARS.

Insistiendo, entonces, en la interpretación equivocada de los preceptos invocados, el memorialista sostiene, apoyado en jurisprudencia de la Corporación, que la forma correcta de hacerlo apunta a que en el ilícito de peculado por apropiación, los particulares serán sujetos calificados cuando en razón del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el “contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares”.

De índole material, añade, era la función que su defendido desempeñaba como pagador en

la ARS Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, pues, la función pública de salud no le fue transferida. De ahí que continuaba siendo un particular respecto del cual no podía tipificarse la conducta punible endilgada.

En suma, la defensa opina que cuando el Tribunal aduce que todo empleado de una empresa privada que contrate con el Estado una prestación de servicio público, automáticamente adquiere la calidad de servidor oficial para efectos penales, incurre en un error de interpretación grave y ostensible. Por ello, solicita que se case la providencia censurada, para en su lugar dictar la que en derecho corresponda, “exonerando” a su representado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de resumir los hechos, el decurso procesal y la demanda, el Procurador Segundo delegado para la Casación Penal emite su concepto, acorde con el cual solicita que no se case la sentencia impugnada.

Al efecto, el representante de la sociedad parte por referirse ampliamente a la configuración del delito de peculado por apropiación, tanto el regulado en el Código Penal de 1980, como en la legislación de 2000, destacando que es indispensable que los bienes objeto del mismo se encuentren bajo la custodia, administración o tenencia del servidor público, y que se trate de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales o de particulares, que le hayan sido confiados por razón de sus funciones o con ocasión de ellas.

Analizando, entonces, el primer elemento normativo, sostiene que el procesado CHAVERRA MOSQUERA, como trabajador de la ARS privada, tiene por asimilación la calidad de servidor público, luego de lo cual aborda el contenido de los artículos 6° y 123 de la Constitución Política, con el fin de definir que la responsabilidad de los funcionarios estatales es más amplia que la de los particulares, quienes transitoriamente pueden

ejercer funciones públicas, siendo la ley la que determina el régimen que se les aplica, definiendo “sus deberes, prohibiciones, limitaciones, incompatibilidades e inhabilidades”.

En igual sentido, se refiere a las providencias de la Corte Constitucional que aluden a los artículos 20 de la Ley 200 de 1995 y 53 de la Ley 734 de 2002, resaltando que los particulares son destinatarios de la ley disciplinaria cuando administran los recursos fiscales y parafiscales, y cuando excepcionalmente ejerzan determinadas potestades estatales, en los términos de los artículos 338 y 366 de la Carta, respectivamente.

En particular, hace saber el Procurador que de acuerdo con el artículo 49 ibidem, por ser el de salud un servicio público a cargo del Estado, a éste compete organizar, dirigir y reglamentar su prestación, tarea que acometió con la expedición de la Ley 100 de 1993, por medio de la cual creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual explica brevemente, especificando que para el manejo y administración del régimen subsidiado en salud, las ARS son las entidades responsables de la afiliación y prestación del Plan Obligatorio de Salud de los afiliados, deben estar autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud y operan sólo en las regiones y municipios donde estén autorizadas, pudiendo ser cajas de compensación familiar, o empresas solidarias o promotoras de salud, públicas, mixtas o privadas.

Justamente la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, agrega, es una Administradora de Régimen Subsidiado -ARS-, con personería jurídica reconocida, delegada para administrar el régimen subsidiado de salud de esa ciudad, a través del manejo “de recursos públicos y no privados”, provenientes del Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-. Por ello, el pagador de la citada empresa, pese a su condición de particular vinculado mediante contrato a término fijo, custodiaba dineros públicos, haciéndose destinatario del artículo 123 constitucional.

Para el delegado, aunque dicha Asociación es “privada por delegación de la ley 100 de 1993, tenía la función pública de administrar los recursos de la Seguridad Social en Salud, concretando dicha función en el pagador CHAVERRA MOSQUERA”, la cual opera por ministerio de la ley y fue aceptada de manera voluntaria por él, para manejar y custodiar los recursos estatales. En esa medida, para los efectos aquí analizados, adquiere la calidad de servidor oficial, tal como lo indica el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, ya que ejerce “funciones públicas en el momento de administrar recursos públicos de la salud”.

En suma, estima que la ley penal establece que los particulares encargados de administrar bienes parafiscales tienen, por asimilación, la calidad de servidores públicos, la cual igualmente ostentan en materia de contratación estatal el contratista, interventor, consultor y asesor, como lo ha señalado la Corte en precedente que trae a colación.

Con relación al segundo elemento normativo, el representante del Ministerio Público cita varias disposiciones y providencias de la Corte Constitucional, con el fin de señalar que no hay duda acerca de la naturaleza jurídica de los recursos del sistema de seguridad social en salud, enfatizando que “uno de los aspectos consustanciales a la parafiscalidad es el carácter público de los recursos”. Por ello, opina, los dineros recaudados con destinación a ese sector, son recursos parafiscales por mandato constitucional y no pueden utilizarse para fines diferentes, “ni ser objeto de giro ordinario de los negocios de las entidades de aseguramiento, ni formar parte de los bienes de ellas, ni desviarse a objetivos diferentes, ni siquiera con motivo de su liquidación o intervención”.

En este caso, los dineros parafiscales que estaban bajo la tenencia y custodia del sindicato CHAVERRA MOSQUERA, eran recursos de la seguridad social en salud que le fueron confiados con ocasión de sus funciones. De ahí que no podía disponer, ni mucho

menos apropiarse de ellos, tal como lo hizo en provecho suyo, configurando así la conducta punible de peculado por apropiación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Planteamiento del reproche.

El defensor de FLORENTINO CHAVERRA MOSQUERA postula una única censura en la que denuncia la violación directa de la ley sustancial, aduciendo que los juzgadores interpretaron erróneamente los artículos 123 de la [Constitución Política](#), 20 de la Ley 599 de 2000, 63 y 133 del Código Penal de 1980, y 56 de la Ley 80 de 1993, pues, determinaron configurada la calidad de servidor público del sindicado para dar por estructurado el delito de peculado por apropiación, dejando de lado su condición de particular, toda vez que fue contratado laboralmente como pagador de una ARS de carácter privado, al margen de que la misma ejerza la función pública de salud.

Para el impugnante, el error consistió en haber considerado a su defendido como “servidor público”, señalando que sí era sujeto calificado del mencionado tipo penal, cuando en realidad no lo es, en tanto, el mero vínculo contractual no le confiere funciones públicas, sobre todo porque no le fue transferido el servicio público de salud y su labor como pagador era meramente material.

Se trata de definir, entonces, si para efectos penales el procesado CHAVERRA MOSQUERA, en su condición de pagador de la ARS Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó bajo la cual se apropió de los dineros de la entidad, ostentaba o no la condición de servidor oficial, a efectos de estimar tipificada la conducta punible de peculado por apropiación.

A continuación, la Sala responderá el planteamiento del recurrente, no sin antes aclarar que no aludirá a los ostensibles defectos de

fundamentación advertidos en la demanda, pues, la previa admisión de la misma implica dejarlos de lado, toda vez que ha adquirido el derecho a que se resuelva de fondo.

Al efecto, adoptará la siguiente metodología: partirá por repasar el cargo imputado al acusado, para luego señalar la normatividad tenida en cuenta por los falladores con el fin de establecer su condición de servidor público; seguidamente, abordará el estudio del caso concreto, determinando si, como lo denuncia el censor, la misma fue interpretada erróneamente por aquéllos.

2. La imputación.

Sea lo primero señalar, que no es objeto de debate el marco fáctico que sustenta el presente proceso, dado que, de los elementos probatorios recaudados emerge claramente que el sindicado FLORENTINO CHAVERRA MOSQUERA, en su condición de pagador de la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó (Chocó), Empresa Solidaria de Salud y Administradora de Régimen Subsidiado -ARS-, entre los meses de junio de 2001 y diciembre de 2002 sustrajo dineros de la entidad, apropiándose de una suma cercana a los doscientos treinta millones de pesos (\$230'000.000.00), con los cuales incrementó ilícitamente su patrimonio, ya que los invirtió en la construcción de varias viviendas.

Lo anterior ni siquiera es discutido por el libelista, cuya crítica, como se anotó antes, se centra en establecer si dicho comportamiento lo ejecutó su representado en calidad de servidor público, tal como lo consideraron las instancias, bajo el entendido de que se trata de dineros públicos, pues, la mencionada entidad es la encargada de la implementación, administración y aseguramiento del régimen subsidiado en salud, además de la intermediación en la prestación de ese servicio público a la población más vulnerable, efecto para el cual recibe recursos del

Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA-.

Acorde con lo anotado, teniendo en cuenta la fecha de comisión de los hechos, CHAVERRA MOSQUERA fue acusado y condenado por el delito de peculado por apropiación, tipificado en el artículo 133 del Decreto-Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, que sanciona al:

“...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”.

La conducta punible en comento se encuentra descrita en idénticos términos en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, a su vez modificado por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora bien, el fundamento normativo estudiado en las instancias para derivar su condición de servidor público de cara a la estructuración del citado ilícito, será reseñado en el siguiente apartado.

3. El sustento normativo tenido en cuenta por los juzgadores para determinar la condición de servidor público del procesado.

De acuerdo con lo estimado por los juzgadores A quo y Ad quem, la función desempeñada por el sindicado CHAVERRA MOSQUERA permite adecuarlo al concepto de servidor público contenido en el artículo 63 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, en estos términos:

“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 considerarán servidores públicos, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas permanentes o en forma transitoria, los funcionarios o 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 tratan el Artículo 338 de la [Constitución Política](#).

PARÁGRAFO. La expresión ‘empleado oficial’ se sustituye por la expresión “servidor público”, siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal”.

Tópico que en el artículo 20 de la legislación sustantiva de 2000 se reitera de esta forma:

“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”.

Como ambos preceptos aluden sin equívoco alguno a los particulares que transitoriamente ejercen funciones públicas, deben armonizarse con lo establecido en el artículo 123 de la Carta, que consagra:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y

trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Y con el artículo 6° ib., acorde con el cual “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

En refuerzo de lo anterior, el Procurador delegado cita los artículos 20 de la Ley 200 de 1995 y 53 de la Ley 734 de 2002, el primero de los cuales dice:

“DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitorias (sic), los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha ciudadana contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional”.

En tanto, el segundo, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, dispone:

“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes

administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”.

La disposición original de la Ley 734 fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador.

Una de esas potestades, como bien lo resalta el representante de la sociedad, corresponde a la prestación del servicio público de salud, en los términos del artículo 49 de la Constitución Política, así redactado:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción,

protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

En el mismo orden de ideas, los juzgadores aludieron a la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, definido allí como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Con esa finalidad, creó el régimen subsidiado, constituido por un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en

salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata dicha ley, cuyo propósito es el de financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares, que no tienen capacidad de cotizar (artículos 211 y 212).

En consecuencia, para el manejo, control y administración del régimen subsidiado en salud, la Ley 100 de 1993 creó las Administradoras de Régimen Subsidiado -ARS-, encargadas de la vinculación y prestación del Plan Obligatorio de Salud -POS- de las personas afiliadas, lo cual puede hacerse a través de cajas de compensación familiar o de empresas promotoras o solidarias de salud, de naturaleza pública, privada o mixta (Decreto 515 de 2004).

De esa manera, se definió en este asunto, sin que tampoco haya sido objeto de controversia alguna, que la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó es una Empresa Solidaria de Salud y Administradora de Régimen Subsidiado -ARS-, con personería jurídica reconocida, de carácter privado, responsable de la implementación, administración, aseguramiento y prestación del régimen subsidiado en salud en esa ciudad.

Asimismo, que manejaba recursos públicos provenientes del Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-, también creado por la citada normatividad como integrante del sistema general de seguridad social en salud, debiendo velar “por la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del sistema general de seguridad social en salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en la mencionada ley” (artículos 155 y 156).

Acorde con las disposiciones referidas, el Tribunal y el delegado de Procuraduría concluyeron que no obstante el carácter privado de la Asociación Mutual Barrios Unidos

de Quibdó, ejercía la función pública de salud y administraba recursos oficiales y de índole parafiscal. De ahí que su pagador, el sindicato CHAVERRA MOSQUERA, independientemente de que fuera vinculado por contrato a término fijo, es servidor público para efectos penales y, por tanto, sujeto calificado del delito de peculado por apropiación.

4. Respuesta de la Corte.

La Corporación comparte la interpretación realizada por los falladores, a la cual adhirió el representante del Ministerio Público, pues, del plexo normativo traído a colación en precedencia no puede concluirse cosa diferente a que el procesado CHAVERRA MOSQUERA ejercía de manera transitoria funciones públicas, en la medida en que tenía bajo su cargo la administración y custodia de recursos oficiales, de los cuales se apropió ilegalmente.

Al efecto, basta recordar que cometió el ilícito imputado cuando fungía como pagador de la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó, cuya naturaleza jurídica quedó ampliamente explicada en el acápite anterior, destacándose que no obstante su carácter de ARS privada, por disposición legal le correspondía la prestación del servicio público de salud y era la encargada de administrar dineros públicos para el cumplimiento de su misión.

En concreto, dichos recursos eran manejados por CHAVERRA MOSQUERA, quien estaba vinculado a la entidad mediante contrato a término fijo.

Precisamente esa forma contractual de vinculación, fue la que llevó al actor y al Procurador a aludir a la responsabilidad penal de los particulares que fungen como contratistas -refiriendo de manera específica a los interventores, consultores y asesores-, respecto de los delitos contra la administración pública. Para ello, el primero cita extensa jurisprudencia de la Sala, con la finalidad de

enfaticar que la asimilación del particular con el servidor público, se condiciona al hecho que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual no se aviene a este caso, ya que su defendido ejercía como simple pagador de la ARS.

Sin embargo, si bien la doctrina y jurisprudencia referida a este tipo de conductas punibles ejecutadas por quienes intrínsecamente no son funcionarios ha recalado en el tópico de los contratos, su naturaleza y finalidades, la Corte debe precisar que el caso concreto examinado se aparta con mucho de ese tipo de institutos, pues, aquí se aprecian unas muy particulares circunstancias, ajenas a las de aquellos, que obligan incluso advertir una mayor vinculación del pagador con el delito funcional que se le atribuye, atendidos, como ya se dijo, el tipo de tarea asignada a la entidad en la que prestaba sus servicios y el origen de los dineros objeto de apropiación.

Es por ello que de alguna manera deben considerarse impertinentes o ajenas del objeto central del debate las alusiones que de consuno, aunque con efectos diferentes, realizan el defensor y el delegado del Ministerio Público al tipo de contratación estatal, su naturaleza y efectos.

Ahora bien, como acertadamente lo reseñaron los falladores, la función desempeñada por el sindicato como pagador de la ARS, permite adecuarlo al concepto de servidor público previsto en el artículo 63 del Código Penal de 1980, que como tal considera expresamente a “los particulares que ejerzan funciones públicas permanentes o en forma transitoria”, siendo reiterado ello en el artículo 20 de la Ley 599 de 2000.

En el mismo orden de ideas, el artículo 123 de la Constitución Política establece que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Entonces, por disposición constitucional es la ley la llamada a determinar en qué casos los particulares ejercen funciones oficiales y deben considerarse, por tanto, servidores públicos.

Es lo que sucede con los funcionarios adscritos a las Administradoras de Régimen Subsidiado, que no obstante su naturaleza privada –como ocurre con la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó-, sus empleados tienen la condición de oficiales, debido no solo por la función que desempeñan dichas empresas, sino también por el carácter y origen de los recursos que administran. De ahí que sean sujetos destinatarios de la ley disciplinaria, como bien lo resaltó el Procurador delegado, en atinente alusión a los artículos 20 de la Ley 200 de 1995 y 53 de la Ley 734 de 2002.

Claro está, la condición de disciplinables, como lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, emerge del hecho que el particular que preste un servicio público, ejerza una función que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por la ley.

Es decir, se ratifica que es el legislador el que define en qué casos pueden los particulares desempeñar funciones públicas, siendo ajeno a toda duda el que una de esas potestades corresponde a la prestación del servicio público de salud, cuya organización, dirección y reglamentación, como se dijo antes, corresponden al Estado.

Precisamente en acatamiento de éste mandato constitucional se expidió la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, entendido como una serie de instituciones, normas y procedimientos, establecidos para hacer efectivos, entre otros derechos, el de la salud de los colombianos. De igual modo, creó el régimen subsidiado, fijando al efecto varias disposiciones reguladoras de la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, a

través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad, favoreciendo en últimas a las personas más vulnerables de la población.

Entonces, vuelve a decirse, no puede ser objeto de discusión que por disposición legal, las ARS, y en éste caso la Mutual de Quibdó, a pesar de su origen privado cumple una función pública, por medio de la cual maneja, controla y administra el régimen subsidiado en salud.

Como tampoco puede serlo el carácter oficial de sus recursos, en su mayoría provenientes del Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-, dependencia que, entre otros ingresos, se nutre mayormente del Presupuesto Nacional, ratificándose así el origen estatal de los dineros.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en la Sentencia C-1165 del 6 de septiembre de 2000, señaló:

“Así las cosas, es claro que a la finalidad constitucionalmente consagrada en el artículo 48 de la Carta de extender de manera progresiva la cobertura de la Seguridad Social, siguió la determinación del legislador de regularla de manera integral con la expedición de la Ley 100 de 1993, en la cual en materia de salud se establecieron dos regímenes diferentes, a saber: el contributivo, para quienes perciben ingresos que les permiten realizar aportes al Sistema y, el subsidiado, para atender a aquellos habitantes del territorio nacional que por el desempleo o por cualquier otra causa económico-social no están en condiciones de realizar ninguna cotización, por lo que, para atenderlos y prestarles los servicios que requieran se creó el Fondo de Seguridad y Garantía, que entre otros recursos ha de nutrirse con los provenientes del Presupuesto Nacional, según lo dispuesto en el artículo 221 literal c) numeral 2 de la citada Ley 100 de 1993”.

De manera específica, la citada Corporación ha avalado en múltiples ocasiones el carácter público de los recursos que financian el régimen subsidiado, entre otras, en la Sentencia C-898 del 7 de octubre de 2003, de esta forma:

“Contribuiría a esta conclusión la circunstancia de que la actividad a que se dedican las ARS consiste en la administración de recursos que han sido considerados de naturaleza pública, por lo cual el legislador tendría amplia libertad para determinar por qué tipo de entidades deben ser administrados. En efecto, en diversos pronunciamientos la Corte ha destacado el carácter público de los recursos que financian el régimen subsidiado, y con base en esta consideración ha estimado, por ejemplo, que algunas normas que ordenaban a las ARS destinar un porcentaje mínimo de los recursos del subsidio para contratar con las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud no desconocían la libertad económica. En esas ocasiones se tuvo en cuenta que se trataba de normas que disponían o disponen sobre el destino de dineros públicos, con cargo a los cuales debe desarrollarse una responsabilidad que la ley ha confiado a las entidades territoriales del Estado, consideración con fundamento en la cual se estimó que las normas que limitaban la libertad de contratación de la ARS, obligándolas a destinar parte de los recursos públicos que administran a contratar los servicios de las IPS públicas, no desconocía la Constitución”.

Precisó esa Corte, entonces, que los recursos de las ARS provienen del denominado Sistema General de Participaciones (antiguamente transferencias y participación en los ingresos corrientes de la Nación), de los recursos de cofinanciación derivados de la segunda subcuenta del FOSYGA, así como que también tienen su origen en el esfuerzo fiscal del territorio en donde se destinan para esos efectos.

De igual manera la Corte Constitucional determinó, a efectos de fundamentar la tipicidad del delito de peculado por apropiación, que quien administraba recursos públicos dirigidos a garantizar la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen

subsidiado, ejercía transitoriamente funciones públicas.

Así lo dijo en la Sentencia T-302 del 7 de abril de 2007, de la cual se destaca:

“Ahora bien, el actor sostiene que la indebida aplicación de la norma se presenta porque, en su calidad de particular, no le es imputable un delito con sujeto activo calificado como es el peculado por apropiación. Sin embargo, la Corte encuentra que la decisión proferida por los jueces, en relación con la calificación jurídica, se encuentra debidamente motivada y justificada dado que encontró que el accionante, al ser Gerente General de la Cooperativa COISBU, administraba recursos públicos destinados a garantizar la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado, y por lo tanto ejercía transitoriamente funciones públicas”.

En tales condiciones, es innegable que los recursos administrados por el sindicato CHAVERRA MOSQUERA eran de origen estatal, así como que él ejercía transitoriamente funciones oficiales que le dan el carácter de servidor público, en la medida en que estaba vinculado laboralmente a una empresa encargada, por disposición legal, de prestar el servicio público de salud.

No es, como erradamente alega el casacionista, que apenas ejercía una labor meramente material porque la función pública de salud no le fue transferida, pues, con semejante tesis se incurriría en el desatino de considerar que sólo los profesionales de la salud, que son quienes efectivamente cumplen esa función, podrían ser considerados servidores públicos, dejando por fuera a funcionarios que, como el inculpatado, cumplen funciones administrativas.

En éste orden de ideas, para la Sala no cabe duda respecto de la materialización del delito de peculado por apropiación atribuido al procesado, pues, cabalmente se cubren las exigencias de orden objetivo y subjetivo consignadas en la norma típica respectiva, debiendo agregar apenas a lo ya dicho que en términos materiales y no

simplemente formales, el comportamiento del acusado causó enorme daño al bien jurídico tutelado, no solo porque se puso en entredicho a la administración pública, bajo cuyo innegable mandato ejercía sus actividades aquél, sino porque esos principios de satisfacción del bienestar público insertos en la actividad oficial, fueron claramente desdibujados con el comportamiento que se destaca, al punto de poner en grave riesgo el cubrimiento del servicio esencial de salud, respecto de un grupo poblacional determinado.

Desde luego que vista la conducta del enjuiciado de manera contextualizada a la luz no solo de la norma que determina típicamente su carácter delictuoso, sino del bien jurídico tutelado y, en particular, del juicio de reproche que cabe hacerle, necesariamente debe concluirse en la necesidad de definirlo responsable y aplicar en su contra la condigna sanción.

Descartado, en consecuencia, que los falladores interpretaron erróneamente las normas que permitieron determinar la condición de servidor público del procesado FLORENTINO CHAVERRA MOSQUERA, el cargo se desestima.

5. Decisión.

Como consecuencia de lo antes analizado, la Sala no casará la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación.

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

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Así lo clarificó el Ad quem, tras detectar un error aritmético por parte del juzgador de primer grado.