SALA DE CASACIÓN PENAL

M. PONENTE	: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
NÚMERO DE PROCESO	: 28016
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: AP7433-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: ÚNICA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 16/12/2015
DELITOS	: Peculado por apropiación
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 235 / Ley 80 de 1993 art. 32 - 3 / Ley 599 de 2000 art. 31, 397 núm. 1,3 / Ley 600 de 2000 art. 75, 397 / Decreto 26 de 1998 art. 23 / Decreto 222 de 1982 art. 163

TEMA: FUERO - Congresista: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones

«La Corte es competente para adelantar el presente trámite, de conformidad con lo previsto por los artículos 235 de la Constitución Política y 75 del Código de Procedimiento Penal (L. 600/00), los cuales le atribuyen la facultad de investigar y juzgar a los miembros del Congreso de la República, aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo siempre que las conductas punibles que se les imputen tengan relación con las funciones desempeñadas.

En el presente asunto, el doctor GA se desempeña como Representante a la Cámara por el Departamento de [...], y los comportamientos de connotación ilícita que se le atribuyen, sucedieron siendo Presidente de esa Corporación y ordenador del gasto de la entidad, condición bajo la cual suscribió diversos contratos, fuente de los eventuales peculados por apropiación que motivaron el inicio de la instrucción.

En tal sentido, en el sumario obra la constancia expedida por el Secretario General de la Cámara de Representantes, con la que certifica que el sindicado fue: i) elegido para el período constitucional [...], cargo del cual tomó posesión el 20 de julio de [...]; ii) nombrado Presidente de la corporación el 25 de julio de [...] y, iii) elegido nuevamente Representante para el período constitucional [...], habiendo tomado posesión el 20 de julio de [...].

Bajo estas condiciones, la competencia de la Corte no genera discusión».

PECULADO POR APROPIACIÓN - Elementos

«La existencia de este delito implica que los bienes se encuentren bajo la administración, custodia o tenencia del servidor público que decide apropiárselos para sí o en favor de un tercero, y que se trate de caudales del Estado, de empresas o instituciones en que éste tenga parte, de bienes o fondos parafiscales o de particulares que le hayan sido confiados por razón de sus funciones o con ocasión de ellas.

La Corte ha precisado, además, que la relación entre el sujeto activo de la conducta y los bienes oficiales de los cuales se apropia, puede ser material o jurídica, y que la disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.

Asimismo, tiene dicho la jurisprudencia de la Corporación que cuando la norma alude a la apropiación, lo que quiere significar es que el servidor público siendo garante de los recursos del Estado, esto es de su correcta utilización y destinación, es la única persona que puede consumir el punible, pues si la apropiación la hace un tercero, vale decir alguien ajeno a la administración o al menos sin incidencia funcional sobre los bienes o recursos, salvo que actúe como determinador, su conducta no sería típica del punible examinado, sino que constituiría otra clase de ilícito, por ejemplo, un hurto u otro atentado contra el patrimonio, según las circunstancias bajo las cuales se produzca.

La apropiación de los bienes, además, no significa necesariamente que tengan como destino las arcas del sujeto agente que desarrolla la conducta, también se afecta el bien jurídico con esta forma de delincuencia, cuando los bienes o recursos se dirigen a engrosar el patrimonio de terceros».

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contrato de Prestación de Servicios: forma excepcional de contratación, regulación / **PECULADO POR APROPIACIÓN** – A través de contratos de prestación de servicios

«El artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993 establece que: “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados... En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Al analizar la exequibilidad de esta norma, la Corte Constitucional precisó que los apartes acusados, hacen alusión a las restricciones que la ley impone a la facultad general de la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando las actividades de administración o funcionamiento de la respectiva entidad, no se puedan realizar con el personal de planta y, además, a la prohibición de que esos contratos generen una relación laboral y prestaciones sociales.

Dicho de otra manera, por regla general, la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Luego, el argumento de la insuficiencia de personal, por sí sólo, no justifica la vinculación indiscriminada de contratistas, teniendo en cuenta que esa modalidad contractual tiene como finalidad que la administración pueda atender sus necesidades o cumplir sus funciones, cuando se requieran conocimientos especiales a nivel profesional, técnico o científico, con los que no cuente el personal de planta de la entidad, y sin que se trate del ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, pues, en tal caso, será necesario que el ente respectivo adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, de conformidad con el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, lo que resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

[...]

Lo anterior, implica, de igual manera, que la contratación indiscriminada, que no consulta las necesidades del servicio, contraría las políticas de racionalización del gasto público y genera detrimento al patrimonio estatal, circunstancia que también prevé el Decreto 26 de 1998, mediante el cual se adoptan normas de austeridad en el gasto público, al señalar en el artículo 23 que 'la prestación de servicios sólo podrá celebrarse cuando no exista personal de planta especializado para la labor requerida'.

[...]

En consecuencia, si la entidad pública respectiva cuenta dentro de su planta con personal idóneo, en cuanto al conocimiento profesional, técnico o científico que demanda el cumplimiento de la función, debe atenderla de manera directa sin que le resulte viable contratar servicios particulares ni destinar recursos del erario con esa finalidad.

[...]

Las pruebas recopiladas en la presente instrucción, demuestran que las labores relacionadas en los contratos de prestación de servicios ejecutados por MRN, OOJC y HSQ, amén de los sobrecostos expuestos por la apoderada de la parte civil, no demandaban especiales conocimientos profesionales, técnicos o científicos, y podían realizarlas los profesionales, los técnicos o el personal operativo vinculado a la planta de la Cámara de Representantes.

[...]

Estas circunstancias, evidencian la injustificada contratación de servicios profesionales y, por esa vía, la apropiación indebida de dineros del erario para sufragarlos.

[...]

En tales condiciones, si por mandato legal (art. 32 L. 80/93), la administración puede acudir al contrato de prestación de servicios únicamente en forma excepcional, cuando el personal de planta no pueda realizar la actividad o si su ejecución requiere de conocimientos especializados, los recursos públicos que se destinaron en contravención de esta preceptiva, para cancelar servicios no requeridos, le ocasionaron un detrimento al patrimonio del Estado, típico del punible de peculado por apropiación en favor de terceros, por el cual debe responder el sindicato en su condición de ordenador del gasto de la Cámara de Representantes, para la época de los hechos.

[...]

La adquisición de servicios profesionales con los contratistas MRNO, OOJC y HSQ, además de exhibirse onerosa frente a las labores desarrolladas y desproporcionados los pagos en uno y otro contrato que suscribieron, se descubre innecesaria para el cumplimiento de las funciones públicas a cargo de la Cámara de Representantes, circunstancia que, vista desde el plano de la tipicidad subjetiva, comprendía plenamente el doctor GA, dadas sus calidades académicas, experiencia como congresista (iniciada en 1991) y su condición de Presidente de esa Corporación, que le permitían tener pleno conocimiento acerca del funcionamiento

de las diversas dependencias de la entidad, la planta de empleados que las integraban, las funciones asignadas, y cuándo, en realidad, se requería contratar servicios profesionales para ejecutar labores que de otra manera no pudieran satisfacerse.

Además, como ordenador del gasto, facultado para ejecutar el presupuesto asignado a la entidad, sabía que en materia de contratos administrativos, debía someterse irrestrictamente a las previsiones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (L. 80-93), el cual establece de manera expresa en su artículo 32-3 que el contrato de prestación de servicios, sólo podrá celebrarse con personas naturales cuando la actividad contratada no pueda realizarse con personal de planta o requiera conocimientos especializados, condiciones que, ha quedado visto, no concurrían en los casos examinados, ya que los contratistas no aportaron un conocimiento mayor al ofrecido por el personal de planta, quienes cumplían esas mismas funciones por una remuneración bastante inferior a la de los profesionales contratados, para lo cual el sindicato hizo imperar el argumento genérico de la insuficiencia de personal, emergiendo evidente que la suscripción de los convenios, no estaba orientada a atender las necesidades de los servicios y el cumplimiento de las funciones de la entidad, sino a satisfacer intereses de variada naturaleza como la recomendación política, en los casos de OOJC, vinculado merced a la gestión que en su favor adelantó el congresista JD, o de MR, de quien dijo el sindicato, la recomendó el Jefe de la División de Personal, TB, o los vínculos de amistad, en el caso concreto del abogado SQ, conocido de antaño del doctor GA y su apoderado judicial en procesos de pérdida de investidura que enfrentó antes de desempeñarse como Presidente de la Cámara de Representantes.

Con base en lo anterior, como quiera que en la actuación aparece demostrada la materialidad de las conductas y existen suficientes elementos de juicio que señalan la responsabilidad del doctor JEGA, procede dictar acusación en su contra, como autor del punible de peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso homogéneo y sucesivo, ejecutado a través de los contratos de prestación de servicios examinados en este asunto, adecuación típica que se corresponde con los artículos 31 y 397-1 y 3 del Código Penal».

NOTA DE RELATORÍA: PROVIDENCIA CON RESERVA LEGAL

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: c-154 | Fecha: 19/03/1997 | Tema: CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA - Contrato de Prestación de Servicios: forma excepcional de contratación, regulación