

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA ÚNICA  
YOPAL – CASANARE**

**MAGISTRADO PONENTE: ÁLVARO VINCOS URUEÑA**

**SENTENCIA PENAL No. 017**

(Aprobada según acta No. 093 de dos mil veintidós (2022))

Yopal, veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

**I. ASUNTO**

Mediante esta providencia procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN y la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito – Dirección Especializada contra la Corrupción, respectivamente, contra la sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal – Casanare.

**II. HECHOS:**

Dijo el a quo: “1. El día 9 de junio de 2006 el Gobernador (E) HELI CALA LÓPEZ y el secretario de obras públicas del Departamento del Casanare, LEONIDAS ORTEGA URBANO, suscribieron convenio interadministrativo 00114 con RUBÉN DARÍO HIGUERA MÁRQUEZ representante legal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal con el objeto de transferir recursos a ésta, para la perforación e interventoría de pozos en piedemonte y sabana a todo costo en cantidad de 11.299 metros lineales hasta encontrar abundante agua, análisis físico químico de las aguas subterráneas e implementación de mecanismos para tratamiento de agua cruda a desarrollar en el municipio de Yopal, por un valor de (\$5.097.020.674,50.).

Para cumplir este proyecto, el 19 de septiembre de 2006 el representante de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal GERMÁN IGNACIO BERNATE BERNAL suscribió el Contrato de Obra No. 102 con LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN representante legal de la UNIÓN TEMPORAL LLANOPOZOS por valor de (\$4.854.031.664), por el término de 9 meses.

*El 22 de septiembre de 2006 la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal y la UNIÓN TEMPORAL LLANOPOZOS suscribieron OTRO SI No. 001 modificadorio al contrato de obra No. 102 de 2006 con el que se incluye la cláusula Vigésima Tercera que trata temas como multas, procedimientos para imposición de multas y cláusula de condición resolutoria para declarar la terminación del contrato en caso de incumplimiento por parte del contratista.*

*El 8 de junio de 2007 la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal y LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN suscribieron OTRO SI No. 002 modificadorio del contrato de obra No. 102 de 2006 con el que se prorroga por 5 meses más el plazo inicialmente pactado en el contrato No. 102.*

*El 7 de abril de 2008, se amplió por 5 meses más, inició actividades el 10 de octubre de 2006 vencido el plazo el 9 de diciembre de 2007 no cumplió el contratista con las obligaciones, se dio por terminado el contrato.*

*2. El 23 de noviembre de 2006 JOSÉ GERMÁN VARGAS PERILLA, Alcalde Municipal de Chámeza Casanare, suscribió el CONTRATO DE OBRA No. 025 con LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN como representante legal de la empresa INCO LTDA. para la optimización del acueducto del Municipio de Chámeza, por un valor de (\$1.138.662.914) por el término de seis (6) meses.*

*El 4 de noviembre de 2008 el Alcalde Municipal de Chámeza y LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN suscriben contrato adicional con el propósito de adicionar el valor inicial del contrato en la suma de (\$569.319.806), y aumentó el plazo en seis (6) meses.*

*El 26 de noviembre de 2008 el Alcalde Municipal de Chámeza y JUAN SIBEL MARIÑO INOCENCIO en nombre y representación de LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN por la sociedad INCO LTDA suscribieron OTRO SI AL CONTRATO ADIICONAL DE OBRA PÚBLICA No. 025 DE 2006, que establece la forma de manejo y giro del anticipo.*

*El 16 de noviembre de 2007 LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN como representante de la sociedad INCO LTDA y NICOLÁS ARENAS ZÁRATE suscriben CESIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS en la ejecución del contrato No. 025 de 2006.”*

### **III. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO**

**LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.655.786 de Yopal - Casanare, nacido en 23 de febrero del año 1967 en Sogamoso - Boyacá, de 55 años de edad; hijo de Olga María Rincón y Luis Antonio Castro; de estado civil casado, grado de escolaridad universitario, ocupación comerciante. Características morfológicas: persona de sexo masculino, estatura 1.67 mts; peso 67 kg aprox.; piel trigueña; frente media; cabello crespo; cejas pobladas; ojos medianos, color café; nariz dorso recto, base media; boca mediana; labios delgados; orejas medianas, lóbulo separado. Sin señales particulares.

### **IV. DELITO POR EL QUE SE ACUSÓ**

Las conductas punibles por la que se procede, se encuentran tipificadas en el Código Penal, Libro Segundo, Título XV “Delitos contra la Administración Pública”, Capítulo I “Del Peculado por apropiación”, Artículo 397, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, en **concurso homogéneo y sucesivo** de acuerdo al Artículo 31 del C.P.

## V. SÍNTESIS PROCESAL

Previo **denuncia** formulada por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación el 20 de octubre de 2009 procedió a **abrir investigación previa** por presuntas irregularidades halladas en la ejecución del contrato N. 102 del 19 de septiembre de 2006, suscrito entre la Empresa de Acueducto de Yopal y LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN, como representante legal de la Unión Temporal LLANOPOZOS; como también en el contrato N. 025 del 23 de noviembre de 2006, suscrito entre el antes mencionado como representante de la firma INCO LTDA y la Alcaldía de Chámeza – Casanare; luego el 18 de noviembre de 2009 declaró la **apertura de la instrucción** en contra del procesado; el nueve de diciembre de 2009 se llevó a cabo la diligencia de **indagatoria**. El cinco de octubre de 2011 se adelantó diligencia de **ampliación de indagatoria** rendida por el procesado; el 20 de abril de 2012 se resolvió la **situación jurídica** del investigado; el siete de febrero 2013 de dictó **resolución de acusación** contra el inculpado, decisión que fue apelada para posteriormente ser **confirmada integralmente** por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Bogotá el 31 de octubre de 2013; terminada la etapa de instrucción, el proceso fue remitido para juzgamiento, correspondiendo por reparto al Juzgado Tercero Penal de Circuito de Yopal, autoridad que procedió **avocar conocimiento** y correr el traslado del artículo 400 del CPP (*Ley 600 de 2000*); luego de varios aplazamientos se inició la **audiencia preparatoria** el 31 de julio de 2015, la cual culminó el 31 de agosto de 2015; la **audiencia pública de juzgamiento** se adelantó en varias sesiones iniciando el primero de marzo de 2016 y culminó el 25 de abril del mismo año, en la que se destacó que la Fiscalía varió la acusación (art. 404 Ley 600/2000) en cuanto a imputar el delito de peculado por apropiación para adicionar el concurso, como consecuencia que se imputó la conducta por dos contratos, atribuyendo el concurso homogéneo por Peculado por apropiación descrito en el Art 397 del CP; el procesado **fue capturado** y dejado a órdenes del a-quo por el presente proceso el tres de junio del presente año y ante la orden de captura vigente se ordenó la privación de libertad. Finalmente, el 20 de junio de la presente anualidad se dictó **sentencia condenatoria parcial**.

## VI. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El juez de instancia, luego de observar los principios y garantías brindadas a las partes y sin observar vicio alguno capaz de generar nulidad, procedió a realizar la valoración probatoria de los elementos arrimados al paginario, requisitos exigidos por el Art., 232 del C.P.P (*Ley 600 de 2000*) aspecto subjetivo o de responsabilidad de la conducta, dando paso al análisis del juicio de tipicidad como la modalidad de la conducta, lo pertinente a la antijuridicidad en el sentido que el comportamiento asumido por el procesado contraría prohibiciones normativas y constituye un riesgo cierto para el bien jurídicamente protegido que es el patrimonio del Estado, lo cual dicho trámite se desarrolló conforme a la constitución y la ley respetando los derechos y garantías judiciales que le asiste al procesado, sin evidenciar causal que justifique su conducta o que excluya el desvalor de acción, que el procesado es plenamente capaz como que se trata de una persona imputable; sumado al estudio de los medios de convicción, el Despacho NO encontró desvirtuada la presunción de inocencia, ante la falta de certeza que

acompañaba al acusado y por tanto lo **absolvió** por los cargos enrostrados respecto al contrato de obra No. 025 suscrito el 23 de noviembre de 2006 con el municipio de Chámeza, Casanare; situación diferente respecto del contrato de obra No. 102 fechado 19 de septiembre de 2006 celebrado con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal, debido a la credibilidad que ostentan los elementos materiales aportados por lo que resulta indudable la existencia del delito atentatorio contra el patrimonio del Estado, pues se acreditó la apropiación de dineros del Estado, razón por la que declaró penalmente responsable a LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN como autor del delito de Peculado por apropiación y lo **condenó** a 102 meses de prisión y a la pena de multa por \$1.247'778.215, es decir, el valor de lo apropiado. Igualmente, a la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el término de la pena principal, esto es 102 meses de prisión; negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como también la prisión domiciliaria. Como el procesado CASTRO RINCON se encuentra privado de la libertad a disposición de este proceso, se deberá asignar lugar para el cumplimiento de la pena impuesta. Adicionalmente, lo condenó en perjuicios materiales demostrados dentro del proceso por la suma de \$1.247'778.215.

## VII. RECURSOS DE APELACIÓN

### 7.1.- DE LA DEFENSA:

Representada por el abogado HENRY ALBERTO SAZA SÁNCHEZ, inconforme con el fallo de primera instancia, **en cuanto a la condena**, interpuso recurso de apelación bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, indicó que si bien el juzgador de instancia desechó el concurso homogéneo de la conducta indilgada, ha de tenerse en cuenta que el delito de peculado prevé que para establecer la calidad de sujeto activo calificado que exige el reato, con respecto a que debe ser servidor público, por lo que se ha de tomar lo dispuesto en sentencia C-563 de 1998, en la que la Corte Constitucional expresó que cuando el particular es titular de funciones públicas adquiridas por el vínculo contractual público, este adquiere automáticamente la investidura de servidor público y por lo mismo asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios. Pero cuando la naturaleza del contrato no conlleva el trasferimento de una función pública al contratista sigue manteniendo su calidad de particular.

Agregó que, de lo anterior el a-quo hizo errada interpretación, en el entendido que el contratista del Estado no tiene la calidad de servidor público y los particulares no pierden su condición de particular, pues la vinculación jurídica como es el contrato de obra, *per se* no les confiere investidura pública, aunque por razón del contrato reciben el encargo de realizar prestación de interés o utilidad pública, y cierta autonomía no quiere decir que haya existido transferencia de funciones propias de la administración donde el particular deba representarlo, aunque sea temporal como servidor público.

Y es que el procesado en calidad de particular realizó contrato de obra con la Empresa de Acueducto de Yopal, con el objeto determinado: perforación de pozos; pero nótese que no señaló delegación de función al contratista, lo único que debía era ejecutar el contrato de obra en favor del Acueducto de Yopal; por lo que el anticipo que la empresa giro a favor del procesado, tenía reglamentación especial en cuanto a uso y amortización, simple regla de

ejecución de carácter administrativo frente al objeto del contrato, que no consistía, en administrar el anticipo. Reiteró que el objeto del contrato es de obra, como particular, por lo que se torna como auxiliar de la administración para cumplir con sus fines, sin transferir función pública. Insistió que no se puede confundir el ejercicio de función pública con la prestación de servicios públicos, definidos en la sentencia C-037 de 2003.

Respecto a la cuantía de lo presuntamente apropiado, señaló la defensa que el juzgado de primera instancia se limitó a establecer lo presuntamente apropiado sin darle estudio pertinente a lo probado por la fiscalía en la investigación, como tampoco lo probado en favor del procesado, ya que simplemente lo determinó como no ejecutado. Ahora, el acta de liquidación en la que no participó el procesado, pues por lo contrario fue la supervisión el contrato y la entidad, quienes la suscribió y consideró que hubo conciliación, pero contrario a ello, en autos está demostrado que no fue aprobada por el Tribunal lo que traduce que no existió conciliación alguna.

El anticipo gozaba de unas garantías, como cláusula de aseguramiento por el Estado frente a las actividades de ejecución de la obra, cubierto por un seguro del 100%, pero al momento del fallo no se tiene como prueba, pero la entidad debió declarar el siniestro y perseguir la devolución del mismo. Por ello, la indemnización de perjuicios, pierde su asidero probatorio, pues sin fijarse o establecerse probatoriamente la suma exacta que no ha regresado al patrimonio estatal, tampoco puede hablarse de una indemnización de perjuicios que no tiene un monto determinado y que como repito solamente se soporta en una conciliación inexistente lo que hace que sea un fallo evidentemente contradictorio.

La defensa refirió que en cuanto a la Prisión Domiciliaria, no existe prohibición alguna para otorgarla al procesado, pues disiente de la postura del a-quo al negarla bajo el argumento que el acusado nunca compareció al proceso, imposibilitando establecer el arraigo y la modificación de su comportamiento. No obstante, ha de observarse que el judicializado tuvo que esperar más de 16 años para la decisión judicial. Y es que el señor CASTRO RINCÓN asistió a las diligencias de Indagatoria efectuada por la Fiscalía, incluso solicitó ampliación de indagatoria, tuvo siempre abogado que lo representó y acudió a los llamados al mismo. Entonces, sin poder trabajar en esta ciudad donde tenía su residencia junto con su familia, tuvo que trasladarse a otra, mientras esperaba el fallo correspondiente; no actuó con la intención de ocultarse, pues era fácil ubicarlo con la inscripción de la seguridad social, contrato de arrendamiento en Bogotá, que está a su nombre, sus hijos estudiantes universitarios lo que implica la custodia y cuidado, con familia constituida, por lo que anexó pruebas soporte para obtención del beneficio correspondiente, probando su arraigo familiar, social y laboral.

Finalmente, solicitó se revoque la sentencia y se profiera fallo absolutorio, en el entendido que no basta con el mal manejo del anticipo, sino que se debió establecer la suma apropiada para juzgarse por Abuso de Confianza o por peculado y con razón a ello se revoque la imposición de indemnización, como quiera que no determinó el valor de lo supuestamente aprovechado como particular. También solicito conceder la medida de Prisión Domiciliaria, bajo los principios de Favorabilidad en materia penal, además, porque reúne los requisitos.

## **7.2.- DE LA FISCALÍA:**

El doctor IVÁN ACOSTA GARCÍA Fiscal 11 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito

*Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Yopal-Casanare Sala Única*

- Dirección Especializada contra la Corrupción, inconforme con el fallo de primer grado, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, **en cuanto a la absolucón**, bajo los siguientes parámetros:

El Juzgador de primera instancia, para absolver al acusado, adujo ausencia de prueba que determine el monto de lo presuntamente apropiado, pues estima que, la Fiscalía reconoce la ejecución satisfactoria del Contrato 025 de 2006 cuestionado solamente el manejo de los recursos como anticipo, pero sin demostrar la cuantía de lo apropiado, pese a la copiosa documentación allegada y a los informes periciales aportados. Por lo que concluyó que no se cumple con los requisitos del artículo 232 del C. de P.P. para impartir condena.

Enfatizó que se aparta de los argumentos expuestos por el a-quo para absolver al procesado en lo concerniente al apoderamiento de los recursos del anticipo entregado con ocasión del Contrato 025 de 2006.

Y es que, no es cierto lo afirmado en el fallo en el sentido que la Fiscalía no demostró el monto de la apropiación. Pues está probado que el Municipio de Chámeza, Casanare, suscribió el 23 de noviembre de 2006, el Contrato de obra No. 025 con la empresa INCO LTDA., representada por el acusado, por \$1.138'662.914, también se acreditó que, en cumplimiento del mismo la Entidad Territorial depositó el 24 de noviembre de 2006, a título de anticipo \$563'314.570, esto es, el 50% del valor del contrato en la cuenta de ahorros 23640466356; también, se demostró que el mismo día fue traslado el dinero de esa cuenta, a la N. 7364700770 cuyo titular era el aquí acusado y que, en tan solo tres días, esto es del 27 al 30 de noviembre de ese anualidad, se efectuó retiros por \$467'441.794,00 no justificados, salvo \$50'000.000, debitados el 24 de noviembre de 2006 a nombre del acusado; el resto, es decir, \$418'262.194, fueron girados a favor de Miguel Bautista Levaco Niño, mensajero de la firma INCO Ltda., de la cual figura como socio con el 5% de las acciones.

Se probó que tales recursos, es decir \$467'441.794,00 recibidos por el acusado representante legal de INCO LTDA., como anticipo del Contrato 025 de 2006, no fueron destinados a la ejecución como correspondía, porque el 13 de marzo de 2007, es decir tres meses y 17 días después de la iniciación de la ejecución del contrato y a la semana siguiente de su reiniciación se estableció que el avance de la obra solo era del 8%, pues no se trabajaba por falta de tubería y de una retroexcavadora, pese que para ese momento el contratista ya había dispuesto del 80% del anticipo del contrato; no obstante, el procesado al respecto señaló no recordar el destino de los recursos retirados del anticipo del contrato y que ello debía reposar en la contabilidad, la cual finalmente no allegó (resolución de acusación de primera instancia).

Ahora, aunque no se demostró si los recursos entregados al contratista como anticipo del contrato 025 de 2006, generaron o no rendimientos, porque además a la postre se liquidó el contrato y se recibieron las obras a satisfacción; el cuestionamiento de la Fiscalía fundamento de la acusación, obedece al comprobado manejo ilegal del anticipo por la suma de \$467'441.794, que no fueron destinados a la ejecución del contrato, sino que fue objeto de apoderamiento por el acusado, como lo acreditó el hecho probado no obstante haberse retirado el 80% del anticipo el 13 de marzo de 2007 y la obra estuviera detenida por falta de materiales y maquinaria, como aparece consignado en acta del comité de obra de esa fecha. Conclusión corroborada. Además, la prueba documental consistente en que la suma de \$418'262.194, girados a favor de Miguel Bautista Levaco Niño, mensajero de INCO Ltda., carece de

justificación. Reiteró que el acusado no aportó la contabilidad de la empresa, ni hallaron soportes que acreditaran la legalidad de tales gastos.

Por lo anterior, no comparte los fundamentos del a-quo en razón a que en la instrucción se obtuvieron medios de prueba que demuestran la materialidad y responsabilidad del acusado en el manejo ilegal y apoderamiento del anticipo del contrato 025 de 2006.

Por lo anterior, y con fundamento en lo expuesto en la resolución de acusación, de primera y segunda instancia, solicitó revocar parcialmente el fallo en lo atinente a la absolución del acusado por el delito de peculado por apropiación con ocasión del apoderamiento del anticipo del Contrato 025 de 2006 y en su lugar se condene por este cargo.

## **TRASLADO A NO RECURRENTES**

Los sujetos procesales no recurrentes se abstuvieron a comparecer al proceso y guardaron silencio respecto a las apelaciones impetradas.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

### **8.1 Competencia**

La Sala única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal es competente, de conformidad con el numeral 1° del Artículo 76 de la ley 600 del 2000, para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por la defensa y la Fiscalía General de Nación, en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal – Casanare.

### **8.2 Preliminares**

Bien conocidas resultan las limitaciones que impone el art 207 del CPP (*Ley 600 de 2000*) al superior cuando en desempeño de sus labores funcionales decide un recurso, *pues su competencia se limita a resolver el tema debatido y solo de manera excepcional puede abarcar los “... asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”*, por lo que de acuerdo con lo ordenado por el artículo 204 de dicho procedimiento, la decisión de la Sala se limitará a los aspectos que son objeto de inconformidad.

Y es que tal como lo ha venido señalando la jurisprudencia, el análisis del recurso propuesto solo debe estar referido a los cuestionamientos que en él se recogen, pues se debe tener en cuenta que los medios recaudados deben analizarse en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana critica, como ordena el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, la que jurisprudencialmente es definida como *“el estudio de la prueba esencialmente con base en las indicaciones de la lógica y en las pautas trazadas por la ciencia y la experiencia. Es el análisis liberal, racional, cualitativo, que hace el funcionario judicial, mediante el cual puede llegar a la certeza o convicción positiva o negativa frente a la responsabilidad del procesado”*

*“Cuando el servidor de la justicia decide global y libremente pero centrado en la lógica, en la experiencia, en la ciencia, en la razón y en la ponderación, sigue la ruta de la sana crítica y, por tanto, sus conclusiones no pueden ser destruidas con la simple oposición hipotética que se haga a las conclusiones que arriba” (Sala Casación penal Corte Suprema de Justicia SP 23191).*

## 8.2 Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si le asiste razón a los apelantes para que prosperen sus inconformismos y así lograr absolver y/o condenar al procesado acorde a los preceptos elevados, respectivamente, por cada uno de los recurrentes; o por lo contrario si se dan los preceptos jurídicos para confirmar el fallo apelado. Lo anterior, teniendo en cuenta que por situaciones derivadas del **contrato N. 025** suscrito el 19 septiembre 2006 entre la Alcaldía de Chámeza y la sociedad INCO Ltda, representada por LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN, suscrito el 23 de noviembre de 2006, razón por la que recibió \$569'331.457 a título de anticipo (*una vez recibido, fue amortizado en su totalidad a través actas parciales que se liquidaron durante la ejecución*) fue **absuelto** en primera instancia motivo por lo que apeló la Fiscalía general de la Nación. De otro lado, respecto al **contrato 102** de 2006 entre Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal (EAAY) y la Unión Temporal LLANOPOZOS, también con representación legal del aquí procesado, ni ejecutó ni devolvió \$1.247'778.215 y por ello fue **condenado**, razón por la que recurrió la Defensa.

En consecuencia, la Sala realizará el siguiente análisis metodológico: i).- Conocimiento para condenar, ii).- Caso en concreto, iii).- Inconformismos de la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito - Dirección Especializada contra la Corrupción y, iv).- Reparos de la defensa

## 8.3 Conocimiento para condenar

El artículo 29 de la Constitución Política consagra que *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”*.

De igual manera, es oportuno precisar, que bajo los designios de la Ley 600 de 2000 se tiene que para dictar sentencia condenatoria se requiere que exista certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado, tal y como lo dispone y enseña el Artículo 232 de la citada norma procedimental, *“...Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.”*

## 8.4 Caso en concreto



Teniendo en cuenta los inconformismos de Fiscalía y reparos de la Defensa se centran en la valoración probatoria de los medios de convicción allegados para desarrollo del análisis del proceso de marras, habida cuenta que cada uno de los extremos procesales disidentes en lo pertinente del fallo motivo de alzada, procede la Sala a realizar el siguiente estudio procesal:

#### **8.4.1 Inconformismos de la Fiscalía**

En los reparos, señaló el Ente Acusador que aunque a la postre se liquidó el contrato 025 de 2006 suscrito entre el Municipio de Chámeza y la sociedad INCO LTDA, la cual era representada por el acusado y se recibieron las obras a entera satisfacción, se cuestiona es el comprobado manejo ilegal del anticipo entregado \$467'441.794,00, y que no fueron destinados a la ejecución del contrato, sino objeto de apoderamiento por parte del acusado, como lo acredita el hecho probado que se retiró el 80% del valor del referido, razón por la que no se comparte que en la instrucción se obtuvieron medios de prueba que demuestran la materialidad y responsabilidad del acusado en el manejo ilegal y apoderamiento de los recursos del anticipo del mencionado contrato.

No obstante, encuentra la Sala que tal discrepancia no tiene asidero ya que obra en el paginario informe calendado 30 de septiembre de 2011 rendido por la investigadora MARÍA NEICY JARAMILLO, donde se estableció que el anticipo luego de ser recibido, fue amortizado en su totalidad a través de varias actas parciales que se liquidaron durante la ejecución, acorde a los procedimientos contractuales. Además, el cumplimiento del contrato se recibió a satisfacción, tal como también lo señaló el aquí recurrente, informe que merece total credibilidad ya que no generó glosa alguna posterior al arribo al proceso. Así las cosas, por sustracción de materia entiende la Sala que no habría lugar a más adentramientos quedando claro que no hubo apropiación de dineros públicos entregados para la ejecución del citado contrato. Sumado a que como se dijo en primera instancia como en la propia acusación por parte de la segunda instancia no se logró establecer de manera certera que recursos generaron alguna clase de utilidades que hubiese podido ser objeto de apropiación.

Por lo anterior el cargo no prospera.

También enfatiza el Ente Fiscal que dentro de la instrucción quedó demostrado el manejo ilegal del anticipo por parte del contratista procesado, pero para la Colegiatura tal aseveración no es acorde con lo plateado por el ente acusador a lo largo de la indagación, pues en la instrucción en lo referente a la tipicidad de la conducta enrostró un verbo o modalidad como es el de manejar sin que para nada haya enfocado la misma hacia el verbo APROPIAR. Siendo como lo dio el a-quo uno de los motivos de la absolución por dicho cargo.

Cargo que tampoco sale avante.

Por lo anterior, una vez resueltos los reparos, ha de confirmarse la sentencia recurrida en cuanto a la absolución del procesado, en punto del contrato 025 de 2006 suscrito entre el Municipio de Chámeza y la sociedad INCO LTDA, representada por LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN

#### **8.4.2.- Reparos de la defensa**

En primer lugar, señala el defensor que al procesado LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN debió judicializarse por el delito de abuso de confianza más no por el delito de peculado, el cual prevé que para establecer la calidad de sujeto activo calificado debe ser servidor público, pero cuando se es contratista de obra como en el presente caso, sigue siendo simplemente un particular auxiliador que contribuye a cumplir las funciones de la administración pública y por ende continua siendo y ha de verse como particular, pues la naturaleza del contrato no trasfiere función pública, conllevando a que el contratista siga manteniendo la calidad de particular; no obstante, para la Sala el contratista LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN, si tiene investidura de servidor público, bajo el análisis previsto por la Corte Suprema de Justicia, al resolver idéntica controversia, en sede de casación, frente al recurso extraordinario impetrado contra la sentencia proferida por este Tribunal, Rad. 85001220800120090003601 del 06/11/2018 M.P. Jairo Armando González Gómez, la Sala de Casación Penal señaló:

*“... si al particular que celebra un contrato con el Estado, se le entrega el manejo, administración, disposición o custodia de bienes públicos, asume una función de igual naturaleza y responde penalmente por su indebido ejercicio en las mismas condiciones de un servidor público”. Y concluyó “5.4.22 En ese orden de ideas, la decisión de declarar responsable a RIGOBERTO VARGAS CALDERON, a título de autor, por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, fue ajustada a derecho, en tanto, de acuerdo con lo expuesto, a él se le encomendó el manejo de los anticipos constituidos con recursos públicos, función propia del poder público asumido cuando se le encargó el manejo y administración de esos bienes”. Y agregó “Es que, en este caso, la labor del contratista [...] no se limitó a la ejecución material de la obra, sino que se amplió al manejo de dineros públicos a él encomendados como anticipo, los cuales debía destinar y amortizar en la ejecución de la obra...”. (SP3463-2019, Rad N. 55033, 27 agosto 2019, M.P. Jaime Humberto Moreno Acero).*

Por lo anterior, queda perfectamente definido que el delito por el que se procedió a juzgar al procesado, efectivamente debía ser por peculado por apropiación y no por abuso de confianza como lo aseveró la defensa en punto de alza; por tal motivo el cargo no prospera.

En segundo lugar, difiere el defensor respecto a la sentencia de primer grado, en el sentido que no se debió condenar en perjuicios al procesado, ante la inexistencia del valor exacto de los mismos, ¿pues se pierde el asidero jurídico cuando no se estableció de forma puntual la cuantía que no ha regresado al patrimonio de la Entidad del Estado; además, ¿hace cuestionamientos respecto a que si acaso no hubo inversión del anticipo en los pozos construidos? Entonces, para la Sala, tal como lo señaló el a-quo y con las pruebas allegadas al plenario se tiene que con ocasión del contrato 102 de 2006 suscrito entre la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal y la Unión Temporal que representaba el procesado CASTRO RINCON, recibió a título de anticipo \$2.354'205.357, con el propósito de ejecutarlos en obras tendientes a suministrar el servicio de acueducto a la población de Yopal, pero no ejecutó ni devolvió \$1.247'778.215, por lo que se concluyó de forma concreta la materialidad del peculado por apropiación enrostrado al procesado, en la suma descrita lo que conllevó a propiciar el aspecto subjetivo concluyente para condenar.

Lo anterior, muestra que si bien es cierto se adelantó análisis y ponderación estimativa del valor echado de menos en la ejecución contractual, también lo es, que la diferencia entre éste y el anticipo de \$ 2.354'205.357, fue lo invertido por la UT LLANOPOZOS, en el objeto del

contrato. Lo anterior, en respuesta a los interrogantes planteados por la defensa en este ítem.

Ahora, como lo dejado de ejecutar o invertir, y que a la vez no ha retornado al presupuesto del Municipio de Yopal, en atención al contrato de marras, es equivalente a \$1.247'778.215, como valor del dinero de ANTICIPO ello es el detrimento patrimonial al Ente territorial y a la vez el perjuicio a la Entidad, conllevado, como acertadamente lo dijo el a-quo, a la condena en perjuicios prevista en el Artículos 56 de la Ley 600/2000, por lo que el citado valor es el mismo valor de la indemnización por perjuicios.

Nótese como el procesado giro más de 62 cheques en dos semanas sin justificar las compras que supuestamente efectuara y mucho menos soporto pago alguno a los proveedores, desconociendo todo el plan de inversiones del anticipo, sumado al reconocimiento tácito que hizo el procesado sobre el valor de lo apropiado en el anticipo en las actas respectivas llevadas a cabo ante la vía gubernativa como contenciosa.

Por lo anterior el cargo no sale adelante.

Por último, en cuanto a la petición de Prisión Domiciliaria, negada por el a-quo bajo el argumento que el acusado nunca compareció al proceso, imposibilitando establecer el arraigo y su actuar comportamental, solicitada por la defensa sea otorgada al procesado LUIS CARLOS CASTRO RINCÓN, bajo la argumentación de la inexistencia de prohibición alguna para concederla, y darle aplicación al principio de favorabilidad; además, aunque posterior al fallo allegó pruebas soporte para demostrar el arraigo familiar, social y laboral del acusado. Al respecto estima la Colegiatura que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal el principio de favorabilidad está definido como:

*“... un principio de orden convencional y constitucional, según el cual una situación regulada desventajosamente por la ley vigente, puede solventarse mediante la aplicación ultra o retroactiva de normas que regulan de mejor manera la misma situación fáctica y jurídica de quien se encuentra avocado a un proceso penal. En términos generales, estas eventualidades se suelen presentar cuando una norma posterior es más favorable que la ley vigente para el momento de la comisión del hecho (retroactividad), o cuando la anterior que regulaba el hecho trata de mejor manera dicha realidad (ultractividad), o incluso, como se ha aceptado, ante la vigencia simultánea de leyes, cuando estatutos procesales coexistentes tratan de distinta manera una misma situación que debe ser resuelta mediante la norma más favorable al procesado, siempre que su aplicación no implique desconocer las bases esenciales del sistema” (AP3329-2020, Rad. # 56180, dos de diciembre de 2020).*

Ahora, el artículo 38 del Código Penal vigente para la fecha de los hechos, contempla que este mecanismo sustitutivo de la prisión intramural por la domiciliaria, procede cuando la pena mínima contemplada en el respectivo tipo penal impuesto al condenado no sea superior a cinco años, monto bien superado por el delito de peculado y atendiendo la cuantía de lo apropiado. Ahora, en la normatividad vigente para delitos contra la Administración pública, ley 1474 de 2011 en su artículo 13 que modificó el artículo 68ª del C. Penal prohíbe de manera expresa el otorgamiento de subrogados penales para este tipo de conductas. Como que la suma apropiada estaba destinada a solucionar una necesidad básica de la población de Yopal como es el servicio público de Agua potable, aspecto del objeto del contrato y conocido de antemano por el autor, lo que le permitía saber de las consecuencias para la ciudadanía Yopaleña que de

tiempo atrás sufre ese gravísimo problema y jamás hizo esfuerzo alguno en reintegrar lo más mínimo posible a efectos de aminorar sus consecuencias.

Teniendo en cuenta los inconformismos planteados por la fiscalía y reparos de la defensa, no prosperaron se confirmará integralmente la sentencia recurrida.


Por lo expuesto, la **SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL-CASANARE**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

#### IX. RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR INTEGRALMENTE** la sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Yopal – Casanare.

#### CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
ALVARO VINGOS URUEÑA  
Magistrado

  
JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ  
Magistrado

  
GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA  
Magistrada