

Descargar  
word



Impugnación especial

Radicado n.º 60189

CUI: 11001600005020121156301

Fidel Martínez Soriano

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada ponente

AP153-2025

Radicación n.º 60189

CUI: 11001600005020121156301

Aprobado acta n.º 06

Bogotá, D.C., veintidós (22) de  
enero de dos mil veinticinco  
(2025).

Nueva Búsqueda



# I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la impugnación especial interpuesta por el defensor de Fidel Martínez Soriano frente a la sentencia del 25 de enero de 2021, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Esta decisión revocó el fallo absolutorio del 24 de mayo de 2018, emitido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad y, en su lugar, condenó a aquél, por primera vez, como autor del delito de peculado por apropiación.

## II. HECHOS

1.- De acuerdo con la formulación de acusación, el 30 de diciembre de 2006, el Instituto Nacional de Vías -INVIAS- suscribió con Fidel Martínez Soriano el contrato de obra n.º 3403 de 2006, para el mejoramiento de dos carreteras ubicadas en los municipios de Yondó y Puerto Berrío del departamento de Antioquia, por el valor de \$106'258.700, con un plazo de ejecución de 3 meses.

2.- El INVIAS desembolsó al contratista un anticipo por la suma de \$52'777.500. La

Nueva Búsqueda



interventoría del contrato reportó un porcentaje de ejecución del 26.7%, correspondiente a la suma de \$27'790.400 y, de los restantes \$24'987.100 se apoderó Fidel Martínez Soriano .

### **III. ANTECEDENTES PROCESALES**

3.- El 28 de julio de 2014, ante el Juzgado 30 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a Fidel Martínez Soriano como autor del delito de peculado por apropiación, consagrado en el artículo 397, inciso 1º, de la Ley 599 de 2000 -el cargo no fue aceptado por el imputado-.

4.- El escrito de acusación fue radicado el 15 de septiembre siguiente y repartido al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá. El 26 de marzo de 2015, se formuló oralmente la acusación por la misma calificación jurídica preliminarmente comunicada a Fidel Martínez Soriano .

5.- La audiencia preparatoria tuvo lugar el 5 de agosto y 1º de diciembre de 2015. En sesiones del 15 de junio, 17 de agosto, 13 de

Nueva Búsqueda



octubre y 31 de octubre de 2016, 15 de marzo, 1º de junio y 25 de octubre de 2017, 24 de mayo de 2018 se llevó a cabo el juicio oral y público. El último día fue anunciado el sentido absolutorio del fallo y, en esa misma fecha, se profirió la sentencia correspondiente. La Fiscalía y la representación de víctimas interpusieron el recurso de apelación.

6.- El 25 de enero de 2021, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, condenó al acusado como autor del delito de peculado por apropiación.

7.- La defensa técnica interpuso impugnación especial. En los traslados de rigor, oportunamente, el recurrente la sustentó, los no recurrentes no allegaron intervención alguna.

#### IV. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA

4.1.- Sentencia de primera instancia

8.- El juez de conocimiento empezó por descartar que Fidel Martínez Soriano cumpliera con

Nueva Búsqueda



la condición de sujeto activo calificado requerido en el tipo penal de peculado por apropiación, esto es, la condición de servidor público. Ello a partir del análisis del objeto del contrato estatal de cara a la subregla jurisprudencial, según la cual, cuando el particular con motivo de la contratación pública asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde dicha condición de particular.

9.- Fue así como catalogó al contratista de colaborador del INVIAS para la realización de actividades con utilidad pública, sin que esa circunstancia lo convirtiera en delegatario o depositario de funciones públicas.

10.- Con esa visión, planteó que eventualmente los hechos descritos por la Fiscalía se ajustarían al delito de abuso de confianza calificado y agravado, previsto en los artículos 249, 250 y 267, numeral 2º, del C.P. En esa dirección, valoró las pruebas practicadas en el juicio oral y público frente a los elementos

Nueva Búsqueda



estructurales del mencionado tipo penal.

11.- Dio por demostrada la suscripción del contrato n.º 3403 de 2006, entre Fidel Martínez Soriano y el INVIAS, que tenía por objeto el mejoramiento de dos carreteras ubicadas en los municipios de Yondó y Puerto Berrío del departamento de Antioquia. Con ocasión del convenio al primero le fue girado, por concepto de anticipo, la suma de \$52.777.500. Luego, el 31 de agosto de 2007, se declaró la caducidad del contrato por cuanto solo se ejecutó el rubro equivalente a \$27.790.400, quedando un excedente por amortizar de \$24.987.100.

12.- Para verificar si el acusado se apropió del último monto señalado, como lo sostenía la Fiscalía, se refirió al testimonio del procesado y a los documentos incorporados por la defensa, relacionados con los gastos en los cuales el acusado aseguró que incurrió para la ejecución de la obra en el municipio de Puerto Berrío, que ascendieron a \$52.568.787.

13.- Concluyó que la defensa acreditó que los dineros girados al procesado por concepto de

Nueva Búsqueda



anticipo fueron destinados a la ejecución de la obra contratada, de ahí que, el verbo rector apropiación no resultaba configurado y, con sustento en ello, absolvió al acusado.

#### 4.2.- Sentencia de segunda instancia

14.- La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, inicialmente, abordó la cuestión relacionada con si Fidel Martínez Soriano tenía o no la calidad exigida por el tipo penal de peculado por apropiación - servidor público-. Trajo a colación la naturaleza jurídica y misión del INVIAS, según el artículo 1º del Decreto 2618 de 2013, así como al objeto del contrato n.º 3403 del 2006.

15.- El último consistía en que el contratista se obligaba a ejecutar para el Instituto, por el sistema de precios unitarios sin ajuste, el mejoramiento de dos carreteras ubicadas en los municipios de Yondó y Puerto Berrío, del departamento de Antioquia. De ese modo, se apartó del argumento del a quo, porque el contratista fue investido de funciones públicas a raíz del contrato suscrito con el INVIAS, pues del negocio jurídico

Nueva Búsqueda



celebrado se infiere que se le otorgó el manejo de recursos públicos y el objeto contractual tuvo relación directa con los cometidos del INVIAS, asumiendo prerrogativas propias de dicha institución.

16.- De otro lado, con las pruebas de cargo, dio por demostrado que a Fidel Martínez Soriano le fue entregada la suma de \$52.777.500, como anticipo, para el desarrollo del contrato estatal n.º 3403 de 2006, sin que ejecutara la totalidad de la obra contratada, ni presentara actas para amortizar la ejecución del anticipo. En particular, se determinó que el monto de \$27.975.669 fue utilizado, quedando sin ejecutar \$24.801.831, valor que debía ser reintegrado por el procesado, en tanto, esos recursos pertenecían a la Nación.

17.- Frente al análisis de las facturas incorporadas al juicio oral y público con el testimonio del acusado, encontró que el análisis del a quo fue errado, porque la conclusión cifrada en que éstas acreditaban gastos por \$52.568.787 no contaba con un medio probatorio que permita corroborar que tales expensas fueron usadas en el mejoramiento de las vías.

Nueva Búsqueda



18.- Agregó dos indicios que contradecían la tesis del a quo. El primero, que el procesado se desentendió de la obra y mostró desidia respecto a los llamados que le hicieron el interventor y el INVIAS. El segundo, ante el competente no allegó las mencionadas facturas, pese a que Fidel Martínez Soriano era conecedor de tal deber por su experiencia como contratista.

19.- En tales condiciones, halló satisfecho el nivel de conocimiento necesario para emitir condena por el delito de peculado por apropiación. Al dosificar las penas principales, impuso 118 meses de prisión y \$24.801.831 de multa. La sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas quedó fijada por el mismo lapso de la privativa de la libertad. El acceso a los mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad fue negado.

## V. IMPUGNACIÓN ESPECIAL

### 5.1. Recurrente

20.- El abogado defensor, en primer lugar, se ocupó de la determinación de la cuantía

Nueva Búsqueda



recibida por el contratista, que ascendía a \$50´138.625, como aparece en la prueba documental n.º 12 de la defensa, más no la suma de \$52´777.500, como erróneamente lo acogió el tribunal.

21.- También, se refirió a los gastos realizados por su representado en la ejecución del contrato de obra n.º 3403 de 2006, probados con la declaración del acusado y los documentos incorporados por aquél, que tienen que ver con facturas, recibos de pago y consignaciones, generados en las fechas para la cual el contrato se ejecutó -enero a julio de 2007- y que ascienden a \$52´708.567.

22.- Resaltó apartes del testimonio rendido por Carlos Ernesto Caviedes Benavides, interventor de contrato, quien sostuvo que no se percató de un mal manejo del anticipo por parte del contratista, ni su intención de apropiarse de tal.

23.- Destacó que no existió una apropiación de dinero por parte de Fidel Martínez Soriano y un asunto diferente se trataba de la amortización que debió realizar el contratista para legalizar los gastos, sin que ello se traduzca

Nueva Búsqueda



en un comportamiento asimilable al peculado por apropiación.

24.- Planteó una serie de interrogantes acerca de si su representado contó con la oportunidad de acudir al INVIAS para presentar la documentación que daba cuenta de los gastos y afirmó que nunca se cumplió con la orden de liquidar el contrato, pese a que el acta de liquidación es un balance económico, jurídico y técnico. Sumó que, el contratista se quedó a esperas de tal acto de liquidación sin que fuera citado, pese a que el INVIAS contaba con sus datos de contacto como se desprendía de la estipulación celebrada en torno al oficio n.º 01-09-08/3403-06 del 4 de septiembre de 2008 y por la información plasmada en el oficio n.º 38624 del 19 de febrero de 2007.

25.- Hizo un amplio análisis de las estipulaciones probatorias para concluir que, el INVIAS estaba llamado a respetar el clausulado establecido y adelantar el trámite sancionatorio allí previsto, previo a declarar la caducidad del contrato. Así mismo, que el contratista estaba interesado en acudir a la aseguradora para buscar apoyo económico y dar cumplimiento al contrato.

Nueva Búsqueda



26.- Cuestionó el trámite para la declaratoria de caducidad y el porcentaje de ejecución del contrato. Igualmente, mostró su desacuerdo con que los inconvenientes de índole climático, de orden público y la construcción de un puente en el municipio de Yondó no fueran ponderados para evaluar la inejecución del contrato.

27.- Para terminar, resaltó que la denuncia no surgió por interés del INVIAS, sino a raíz de una auditoría realizada por la Contraloría General de la República.

28.- Como pretensión, pidió la revocatoria del fallo condenatorio y, en su reemplazo, la emisión de uno absolutorio a favor de su representado.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### 6.1.- Competencia

29.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer la impugnación especial presentada contra la sentencia proferida el 25 de enero de 2021,

Nueva Búsqueda



por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018 y, los lineamientos plasmados en la providencia AP1263-2019 del 3 de abril de 2019, dictada al interior del radicado n.º 54215.

6.2.- Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

30.- En cada una de las instancias la discusión estuvo mediada por la verificación, de cara a la realidad probatoria, de los elementos estructurales del delito de peculado por apropiación, en particular, el sujeto activo y el verbo rector.

31.- El recurrente centra su atención en contrarrestar los argumentos a partir de los cuales la segunda instancia dio por acreditada la apropiación, por parte de su representado, de un porcentaje del anticipo girado con ocasión de la adjudicación del contrato de obra n.º 3403 del 30 de diciembre de 2006.

32.- Por tratarse de un tema inescindiblemente ligado a la

Nueva Búsqueda



impugnación, en primer lugar, a la Sala le corresponde determinar si para efectos penales Fidel Martínez Soriano tiene o no la condición de servidor público. En segundo término, de haber lugar a ello, si la Fiscalía probó más allá de toda duda razonable que el mencionado se apropió de \$24´987.100, que corresponde a una parte del anticipo girado por el INVIAS para la ejecución del contrato de obra antes mencionado.

33.- Con tal proyección, inicialmente, se harán algunas precisiones en torno a las condiciones que deben concurrir para que los contratistas del Estado cuenten con la condición de servidores públicos (6.3) y, por la solución que se adoptará, se dedicará un acápite para describir las diferencias entre el delito de peculado por apropiación y el abuso de confianza (6.4). En ese marco, resolverá el caso concreto (6.5).

6.3.- Contratistas del Estado como servidores públicos

34.- El artículo 123 Constitucional establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del

Nueva Búsqueda



Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Así mismo, que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

35.- Esa es la categorización tradicional y en el ámbito penal aparece recogida con mayor especificidad, como se desprende del artículo 20 de la Ley 599 de 2000. El inciso 1º reproduce la norma superior antes citada, mientras que el inciso 2º agrega a 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 regulados en el artículo 338 de la Constitución Política.

36.- En materia de contratación estatal, el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, señala que para efectos penales el contratista, el interventor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la

Nueva Búsqueda



celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

37.- La exequibilidad de la última norma fue estudiada en la sentencia C-563 de 1998, en la cual, se determinó que como los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente -como se deduce de los artículos 123 y 210 de la Constitución Política- no resulta exótico que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas. No por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales, es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.

38.- Allí quedó explicado que la ubicación del particular como servidor público no obedece al vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación

Nueva Búsqueda



jurídica. Ello, en la medida que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados.

39.- La Corte Constitucional indicó que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular. Esa situación tiene ocurrencia cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado.

40.- En simetría con ese entendimiento, esta Corporación ha admitido que la habilitación para que el particular ejerza funciones públicas puede surgir del contrato estatal. Es un

Nueva Búsqueda



parámetro orientado a observar en cada caso concreto el objeto contractual y su vinculación con la misión de la contratante. Por su parte, cuando la naturaleza del contrato no conlleva la transferencia de una función pública al contratista, el mismo continúa manteniendo el carácter de particular.

41.- De modo que, la calidad de servidor público no deviene de una constatación objetiva derivada del carácter de contratista, interventor, consultor o asesor, en los términos del artículo 56 de la Ley 80 de 1993. La jurisprudencia, de tiempo atrás, ha decantado el punto porque en cada evento es necesario establecer si las funciones que debe prestar el particular por razón de la contratación, se traducen en el desarrollo de funciones públicas.

42.- En la sentencia SP064-2023, rad. 61125, esta Sala de Casación sintetizó en dos las condiciones que han de concurrir para verificar el ejercicio de funciones públicas de forma permanente o transitoria por parte de un particular, a saber: (i) que esas funciones hayan sido delegadas por un ente estatal, a título de contratante, de manera directa y (ii) que la labor deferida

Nueva Búsqueda



corresponda efectivamente a la esencia de un servicio público – no un servicio de utilidad pública o una obra material-que deja de prestar directamente el Estado y asume el particular.

6.4.- Diferencias entre el peculado por apropiación y el abuso de confianza

43.- El delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, vulnera el bien jurídico de la administración pública. Se configura cuando el servidor público se apropia, 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.

44.- Los elementos del tipo penal referido han sido precisados por la Sala en diferentes pronunciamientos y corresponden a: (i) un sujeto activo calificado, al requerir en el autor la calidad de servidor público; (ii) el abuso del cargo o de la función para apropiarse o permitir que otro lo haga de

Nueva Búsqueda



bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares y (iii) la tenencia o custodia de los bienes por razón o con ocasión de sus funciones.

45.- Por su parte, el abuso de confianza se encuentra previsto en el artículo 249 del C.P., como atentatorio del patrimonio económico. Se presenta cuando un sujeto activo indeterminado se apropia en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio.

46.- De tiempo atrás, esta Corte ha sostenido que la consumación del delito de abuso de confianza opera, como delito de ejecución instantánea, cuando el sujeto agente, a quien le ha sido confiada o entregada la cosa mueble ajena mediante un título precario, exterioriza el primer acto de apropiación o incorporación del objeto a su patrimonio. (CSJ SP714-2024, rad. 59426)

47.- El abuso de confianza radica en que el tenedor precario -esto es, a quien ha sido confiada la cosa mueble por un título no

Nueva Búsqueda



traslativo de dominio- se apropia de esta, es decir, transforma su posición jurídica respecto del bien recibido, para desconocer la propiedad ajena, defraudando la confianza de la víctima, lo que puede realizar mediante cualquier acto de disposición o alteración del derecho de dominio del bien, en provecho propio o de un tercero, con la respectiva lesión al patrimonio económico del real dueño (CSJ SP419-2023, 20 sep. 2023, Rad. 55143).

48.- Los principales rasgos distintivos entre el peculado por apropiación y el abuso de confianza tienen que ver con el sujeto activo y la relación con el bien objeto de apropiación. Mientras que el delito de peculado por apropiación requiere de un sujeto activo calificado -servidor público- ello no sucede de cara al punible de abuso de confianza.

49.- En cuanto a la relación con aquello que es objeto de apropiación, el servidor público debe poseer competencia funcional para en su ejercicio administrar, tener, custodiar y, en últimas, disponer material o jurídicamente de esos bienes en perjuicio del patrimonio del Estado. Por su parte, el abuso de

Nueva Búsqueda



confianza hace referencia al título no traslativo de dominio, de ahí que para dar contenido al ingrediente normativo de que trata el tipo penal, se ha acudido a la definición prevista en el artículo 775 del Código Civil, que define la mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre de este. Es decir, reconociendo el dominio ajeno, como sucede para el acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario y quien tiene derecho de habitación, siendo estos algunos ejemplos que trae la norma en comento.

#### 6.5.- Caso concreto

50.- Siguiendo la metodología trazada en el planteamiento del problema jurídico, es necesario determinar si Fidel Martínez Soriano , con ocasión de la suscripción del contrato n.º 3403 de 2006, adquirió o no funciones públicas, a efectos de establecer si cumple con la categoría de servidor público exigible en el tipo objetivo del delito de peculado por apropiación.

51.- Para desarrollar el ejercicio señalado por la jurisprudencia en casos como el de la especie, acorde con lo expuesto en el

Nueva Búsqueda



acápito 6.3., la Sala advierte que el objeto del contrato celebrado por el acusado y el INVIAS tenía que ver con que el primero se obligaba a ejecutar el mejoramiento de dos carreteras ubicadas en los municipios de Yondó y Puerto Berrío del departamento de Antioquia. Las carreteras se denominan No te Pases-El Taladro y San Juan de Bedout-La Cabaña.

52.- Es un auténtico contrato de obra, por encontrar adecuación en la descripción del numeral 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual, son contratos de esa categoría aquellos que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

53.- Ahora, las funciones del INVIAS, para la fecha de los hechos, estaban definidas en el Decreto 2056 de 2003 y, en términos generales, abarcan órbitas de planeación, ejecución, dirección, aprobación, control y asesoramiento. En esencia, tienen que ver con el cumplimiento de las políticas públicas del Gobierno Nacional

Nueva Búsqueda



relacionadas con la infraestructura no concesionada de las redes vial nacional de carreteras primeras y terciarias, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima.

54.- Tras una revisión de la mencionada norma no se advierte que, en este caso, la particular actividad contratada esté cubierta por el ámbito de la función pública.

55.- La función pública, en sentido amplio, está determinada por el conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines (CC, sentencia C-563 de 1998). También, se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares y a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado (CC, sentencia C-037 de 2003).

56.- De hecho, en la sentencia C-563 de 1998, la Corte Constitucional trae como ejemplo en el cual no se

Nueva Búsqueda



transfieren funciones públicas a los contratistas, el contrato de obra. En sus palabras, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material, y no jurídica, se reduce a construir la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

57.- En varias providencias esta Corporación ha acogido el referido criterio, en punto de señalar que si bien el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal carácter se adquiere únicamente cuando en razón del contrato estatal, aquellos, quienes por regla son particulares, de manera excepcional asumen funciones públicas, esto es, cuando el contrato les transfiere una función de tal naturaleza, no cuando, como ocurre en la mayoría de situaciones, se trata

Nueva Búsqueda



de una labor simplemente material.

58.- En un caso de un particular contratado por el municipio de Garagoa para realizar la obra de ampliación del acueducto rural, en aras de determinar si tenía o no la condición de servidor público, la Sala concluyó que se trataba de ejecutar una obra de utilidad pública, razón por la cual, el primero no pierde la calidad de particular. (CSJ SP, 13 de marzo de 2006, rad. 24833)

59.- Igualmente, cuando se analizó un asunto en el cual el objeto contratado tenía que ver con el mejoramiento del carreteable Guarinocito, vereda Río Purnio de La Dorada, se fijó que el contrato no tenía por objeto transferir de alguna manera funciones públicas, sino únicamente la realización de actividades del Fondo Nacional de Caminos Vecinales en procura de cumplir algunos de sus cometidos en beneficio de la comunidad del departamento de Caldas. (CSJ SP, 29 de agosto de 2012, rad. 38695)

60.- Igual razonamiento acompañó la visión de un caso en el que en virtud de un contrato de obra, se pactó la construcción

Nueva Búsqueda



de una planta para el tratamiento de aguas residuales. (CSJ SP8415-2015, rad. 38768)

61.- También, es pertinente recordar que, frente a eventos de corrupción por apropiación de dineros públicos, el tratamiento dado a contratistas particulares se identifica con el de intervinientes del delito de peculado por apropiación, siempre y cuando concurren junto con el servidor público en la comisión de la conducta punible -premisa que no se identifica con las características de este asunto-. (CSJ SP1677-2024, rad. 63403 y CSJ SP14496-2017, rad. 39831, entre otros)

62.- Bajo tales parámetros, en el caso examinado, es claro que el comportamiento punible se enmarca en un contrato de obra en el cual, dada la naturaleza de la prestación, no se le atribuyó función pública alguna al acusado. El objeto del contrato se restringió a una actividad eminentemente material. Ante esa conclusión se sigue que Fidel Martínez Soriano no actuó en condición de servidor público.

63.- No acertó la Fiscalía al acusar al mencionado por el delito de peculado por apropiación,

Nueva Búsqueda



porque dicho delito precisa de un sujeto activo calificado, es decir, de un servidor público, calidad de la cual, como quedó visto, carecía el procesado. Tampoco reviste corrección jurídica la lectura de la segunda instancia en punto a que se estaba en presencia de un servidor público.

64.- Con ese contexto, sin alteración del componente fáctico de la acusación, los hechos jurídicamente relevantes expuestos por la Fiscalía se adaptan, desde una óptica formal, al abuso de confianza calificado, previsto en los artículos 249 y 250.3 del C.P. Ese delito se actualiza cuando el agente se apropia en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le ha confiado o entregado por un título no traslativo de dominio. El calificante citado se configura cuando la conducta recae sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.

65.- Cabe anotar que ninguna de las circunstancias de agravación punitiva reguladas en el artículo 267 del C.P. -que tienen la potencialidad de incrementar el extremo punitivo máximo- se

Nueva Búsqueda



estructura. De un lado, la cuantía de lo apropiado no supera los 100 SMLMV para la fecha de los sucesos[footnoteRef:2], ni se advierten fácticamente los elementos que permitan fundar una tesis de grave daño al INVIAS. [2: Según el Decreto 4686 de 2005, a partir del 1º de enero de 2006, se fijó el salario mínimo legal mensual en la suma de \$408.000. En ese orden, 100 SMLMV equivalen a \$40´800.000 y, el valor de lo apropiado se ubica por debajo. La Fiscalía determinó en la acusación que este último corresponde a \$24´987.100.]

66.- De otra parte, si bien la conducta recae sobre bienes del Estado, tal es el mismo supuesto de hecho que recoge la causal de calificación tomada en cuenta -250.3 del C.P.-, la cual comporta un aumento de la pena máxima en igual proporción al dispuesto en el artículo 267 del C.P. [footnoteRef:3] [3: De acuerdo con el artículo 250 del C.P., la pena privativa de la libertad para el delito de abuso de confianza calificado es de 48 a 108 meses de prisión. Por otro lado, el artículo 267 del C.P. aumenta la pena base del abuso de confianza -16 a 72 meses- de una tercera parte a la mitad. ]

Nueva Búsqueda



67.- Bajo la calificación jurídica de abuso de confianza calificado, la potestad del Estado para el ejercicio de la acción penal no está vigente, en cuanto ha transcurrido el término máximo para que se consolide el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal en la fase de juzgamiento.

68.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del C.P., la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito atribuido, si fuere privativa de la libertad, sin que dicho término pueda, en ningún caso, ser inferior a 5 años ni superior a 20.

69.- A su vez, el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 determina que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, y comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 antes citado, en este tramo, no puede ser inferior a 3 años.

70.- Los anteriores son los parámetros relevantes para el caso concreto, en la medida que, por las aristas fácticas y jurídicas está sujeto a las reglas generales, sin incrementos adicionales.

Nueva Búsqueda



71.- En ese orden, los artículos 249 y 250.3 del C.P. sancionan el delito de abuso de confianza calificado con una pena de 48 a 108 meses de prisión. En el subexamine, la formulación de imputación se llevó a cabo el 28 de julio de 2014, ante el Juzgado 30 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

72.- Entonces, el 28 de julio de 2014, se produjo la interrupción del lapso prescriptivo y se reanudó por un tiempo igual a la mitad de la pena máxima, a saber, 54 meses, los cuales se cumplieron el 28 de enero de 2019, cuando se surtía el recurso de apelación.

73.- La prescripción de la acción penal detectada genera su extinción, con la consecuente imposibilidad para continuar su ejercicio. A la luz del numeral 1º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es procedente decretar la preclusión que, en efecto, se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

Nueva Búsqueda



# RESUELVE

Primero: DECRETAR la extinción de la acción penal derivada de la conducta punible de abuso de confianza calificado, a favor de Fidel Martínez Soriano , por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, PRECLUIR la actuación adelantada en su contra, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

Segundo: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR  
BELTRÁN

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO BOLAÑOS  
PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

Nueva Búsqueda



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO  
GARAVITO

JOSÉ JOAQUÍN URBANO  
MARTÍNEZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

47

Nueva Búsqueda

