

# La responsabilidad del contratista en el Código Penal. Especial referencia al contrato de obra pública\*

---

Contractor's liability in the criminal code.  
Special reference to the public works contract

Jorge Arturo Abello Gual\*\*

Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano (Colombia)

---

\*Este artículo es producto de investigación, financiado por el Departamento de Investigación de la Corporación Universitaria La Republicana.

\*\* Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte (Barranquilla); candidato a magíster de la Universidad de los Andes. georabello@hotmail.com

## Resumen

*Este artículo trata la responsabilidad penal del contratista cuando se apropia de dineros dados por una autoridad pública como anticipo para ejecutar un contrato de obra. En él se analizará si es posible imputar el peculado, y en qué condiciones se podría hacer de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia.*

**Palabras clave:** La responsabilidad penal, contrato de trabajo, la responsabilidad penal del contratista, malversación de fondos.

## Abstract

*This article addresses the criminal responsibility of the contractor when it appropriates money given by a public authority in advance to execute a contract for services. It is possible to analyze whether the embezzlement charge, and under what conditions could be done in accordance with the doctrine and jurisprudence.*

**Keywords:** Criminal responsibility, work contract, criminal liability of the contractor, embezzlement.

*Fecha de recepción:* 10 de febrero de 2011

*Fecha de aceptación:* 15 de abril de 2011

## 1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA Y METODOLOGÍA

De acuerdo con la legislación penal vigente, existe una controversia sobre la responsabilidad penal del contratista cuando este se apropia de los dineros entregados por el Estado para ejecutar el contrato en calidad de anticipo. Esta controversia se plantea a partir de los artículos 20, 249, 250 y 397 del Código Penal y el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, en los cuales se regulan, por un lado, el concepto de servidor público y, por otro, las conductas punibles de peculado por apropiación y abuso de confianza calificado. De acuerdo con los artículos 20 del C.P. y 56 de la Ley 80 de 1993, son “servidores públicos” los particulares que ejercen función pública de forma temporal o permanente; y en los casos de celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales, se entiende como servidores públicos el contratista, el interventor, el consultor y el asesor. Aun así queda pendiente por definir (y ello no lo establece el texto legal) si el contratista que ejecuta una obra pública financiada por el Estado adquiere la calidad de servidor público por asimilación o no, pues de ello depende si su responsabilidad penal se enmarca en el delito de peculado (art. 397 C.P.) o, por el contrario, queda enmarcada en el delito de abuso de confianza calificado (art. 249-250 C.P.).

Para lograr plantear una posible solución a la anterior problemática, en este trabajo se hace un estudio sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y sobre el Consejo de Estado para establecer el estado del arte del problema en la jurisprudencia; luego se pasa a estudiar los pronunciamientos de la doctrina, y por último se toma postura sobre todos los planteamientos, para establecer si los criterios esbozados por la jurisprudencia y la doctrina permiten concluir que el contratista de una obra pública que se apropia de los dineros que le son dados en calidad de anticipo comete o no peculado por apropiación.

## 2. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA DE OBRA EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

### 2.1. La posición de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal

Uno de los temas sobre los cuales se ha ocupado la jurisprudencia colombiana, en el caso de la responsabilidad penal del contratista de obra

pública, es la pérdida o apropiación de los recursos dados al contratista en calidad de anticipo (artículo 40 Ley 80 de 1993). Los anticipos son recursos entregados por la Administración al contratista antes de culminar la obra, y deben ser destinados para la ejecución de la misma. Sobre el anticipo, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en Sentencia del 27 de abril de 2005 determinó su naturaleza jurídica de la siguiente manera:

[...] entiende que el anticipo es entregado al contratista con la finalidad específicamente señalada en el contrato correspondiente, sin que le sea permitido una destinación diferente. Son tan reales las limitaciones que el contratista tiene sobre el manejo del anticipo, que es jurídicamente imposible que lo maneje como si fuera su señor y dueño. Por el contrario, debe emplear una cuenta corriente especial para su manejo, que permita su auditoría. Ha de constituir una póliza que garantice no solo la seriedad de su propuestas sino también su correcto manejo, inclusive, es factible pactar que se entregue de manera fraccionada, de tal manera que sólo con la legalización de cuentas sobre el empleo de las primeras cuotas es permitido liberar las siguientes, que integren el valor total del anticipo, todo ello bajo cláusulas de caducidad que conducen a cancelar administrativamente el contrato, permitiéndose la efectividad de las garantías prestadas si no se da buena cuenta sobre su manejo o se deja de gestionar su pago dentro de los términos estipulados. Desde luego, un dinero que se entrega como anticipo con tantas condiciones, no convierte al contratista ni en dueño o condueño, sino en un mero tenedor del mismo.

En consecuencia, se entiende que el anticipo sigue perteneciendo a la entidad pública contratante (Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia del 22 de julio de 2002), y en virtud de ello, el apoderamiento de esos recursos implica la apropiación de dineros del Estado, y no la apropiación de recursos del contratista. Con esta claridad, es posible la configuración de un peculado por apropiación, sin embargo, se hace necesario establecer si el contratista tiene la calidad de servidor público para que se le pueda imputar esta conducta, pues de lo contrario tendríamos que acudir al abuso de confianza calificado.

En primer término, la Corte Constitucional en la Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998 se ocupó del tema estableciendo, por un lado, que un contrato estatal no le hace perder al contratista su calidad de particular, pues lo que interesa no es el vínculo jurídico que surge con el Estado a través del contrato, sino la naturaleza de la función transferida a través del contrato; en consecuencia, solo puede ser servidor público aquel a quien a través de contrato público se le transfiera una función pública; y por otro, que un contrato de obra no implica una función pública, pues se trata de “una actividad o prestación de interés o utilidad pública” dirigida a realizar los cometidos públicos de la entidad contratante. La sentencia antes citada expresa lo siguiente:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública. Lo anterior es evidente si se observa 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. Por lo tanto, por ejemplo, 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 o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.). 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 de un delegatario o depositario de sus funciones. Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece 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, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En otro fallo la Corte Constitucional (C-286-1996) afirmó lo siguiente:

A la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponden a organismos y funcionarios estatales no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia también ha analizado el tema de la responsabilidad penal del contratista en un contrato de obra pública. En la Sentencia del 9 de mayo de 2007 reiteró los criterios de la Corte Constitucional, entendiendo que el contratista no pierde su calidad de particular al suscribir un contrato con el Estado, pues lo que interesa es la naturaleza de la función asignada y no la vinculación con un ente público. En virtud de ello, se entenderá como un servidor público el contratista que en virtud del contrato suscrito por el Estado ejerza una función pública.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada se apartó del concepto expuesto por la Corte Constitucional al considerar que en el contrato de obra no era posible afirmar de forma absoluta que el contratista responde siempre como un particular, pues también se hace necesario analizar, en cada caso en concreto, la naturaleza y las funciones de la entidad contratante, porque es posible que a través del contrato de obra se esté transfiriendo la función pública que ejerce el ente contratante, como, por ejemplo, el Ministerio de Transporte:

Por manera que en cada caso se deberá analizar la naturaleza de la función asignada, para que siempre que sea pública se predique la responsabilidad penal del contratista como si fuera servidor estatal, mayor análisis que se debe exigir también cuando se trata del contrato de obra pública, pues no es dable generalizar y hacer tabla rasa en el sentido de que por ser una labor netamente material no se le transfieren funciones públicas al particular, porque también será necesario estudiar el órgano o entidad contratante a fin de precisar si como en este caso, sus funciones tiene la ejecución de la obra pública.

En la sentencia en comento se estaba juzgando la responsabilidad penal de un contratista que celebró un contrato de obra con el Ministerio de Transporte para la construcción de un muelle fluvial en el río Meta, y la Corte Suprema de Justicia estableció lo siguiente:

[...] el particular se asimila al servidor público no por su nexo con el Estado, sino por la naturaleza jurídica de la función encomendada, si se entiende la función pública como el conjunto de actividades desarrolladas por el Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines, era claro que en este caso le fue atribuida al contratista una función pública inherente al Ministerio de Transporte, como órgano encargado de la infraestructura vial, que no es cosa distinta a la construcción y mantenimiento de las redes de transporte, entre las que se encuentra las redes fluviales precisamente en relación con la construcción del muelle en el río Meta que fuera contratado. Consecuentemente, si la función inherente al Ministerio de Transporte [...] es la de fijar la política, planes y programas en materia de transporte, pero principalmente, construir y conservar la infraestructura vial, no queda duda alguna que en este caso el contratista adquirió las facultadas propias del poder público, y por ello estaba sujeto a la responsabilidad predicada para los servidores públicos.

En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia Sala Penal desestimó la aplicación del abuso de confianza calificado al considerar que al contratista se le había delegado una función pública (a través del contrato), y en virtud de ello, la apropiación de dineros del Estado, más la calidad de servidor público por asimilación legal, configuraba un peculado por apropiación:

Es cierto que en el abuso de confianza la acción de apropiación recae sobre bienes que han entrado a la órbita de tenencia del sujeto por un título precario o no traslativo de dominio, por ello implica, en consecuencia, la necesaria entrega de la cosa mueble por parte del titular al agente, saliendo así el bien de manera voluntaria de su esfera de custodia y vigilancia, sin embargo, no se debe desatender que, como ya se anotó, la clase de labor desempeñada ubica al contratista como particular que cumplía transitoriamente funciones públicas, además, la entrega de esos dineros encaminados a cumplir el plan previsto para el anticipo, no los hacía perder su carácter de dineros públicos, pues lo conservaban hasta el momento de su amortización mediante la ejecución de las obras contratadas.

[...] Sin embargo, para acceder a la petición de la Delegada sólo sería posible en el evento de considerar que [...] es un simple particular y predicar de allí que el apropiarse de los dineros que correspondían a la adición del anticipo vulneró el interés jurídico del patrimonio económico específicamente por recaer la acción sobre bienes estatales, porque tanto aquel comportamiento de peculado por extensión como el nuevo de abuso de confianza calificado no requieren para su estructuración sujeto activo calificado.

Pero como aquí el contratista en su condición de particular cumplía transitoriamente funciones públicas, deberá responder por el punible de peculado por apropiación al haberse apoderado de los dineros que correspondían a la adición del anticipo del contrato.

Sobre esta decisión, que sin lugar a dudas produce un cambio sustancial en la configuración típica de la conducta del contratista que se apropie de los dineros dados por el ente contratante en calidad de anticipo, se produjo un salvamento de voto de uno de los magistrados de la Sala Penal, el Dr. Mauricio Solarte Portilla, quien consideró que en el caso estudiado el delito que debió imputarse es el abuso de confianza calificado y no peculado por apropiación, por las siguientes razones:

[...] la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación consisten en desarrollar funciones públicas o simplemente se limitan a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio. Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en la calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Igualmente, destacó el magistrado disidente que la Corte había desconocido otros fallos, como el del 13 de marzo de 2006 (radicación 24833; también en la Sentencia del 13 de julio de 2005, radicación 19695; Sentencia del 27 de abril de 2005, radicación 19562), en el cual se había establecido claramente que

el Contratista conservaba su condición de particular, a menos que a través del contrato se transfieran funciones públicas.

De esta manera, se puede mostrar como contradictoria la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en la providencia del 9 de mayo de 2007, pues no está acorde con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-563 de 1998, ni con otros pro-

nunciamentos anteriores de la misma Corte Suprema antes citados, en los que la ejecución de obras de utilidad pública no es considerada como ejercicio de la función pública. Además, el criterio sentado en la Sentencia del 9 de mayo de 2007 amplía el espectro punitivo del peculado al contrato de obra en los casos en que la entidad contratante tenga como función pública encargada la ejecución de obras. Tal efecto parece evidentemente excesivo, dado que la Nación, los departamentos, los municipios y otros entes públicos tienen entre sus funciones la ejecución de obras públicas, y al momento de contratarlas con particulares, les transmitirían la condición de servidores públicos a los contratistas.

Por otra parte, no se comparte la conclusión a que llega la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 27 de abril de 2005 cuando manifiesta que las restricciones a que se encuentra sometida la administración del anticipo, por parte del contratista, desvirtúa el derecho de dominio que puede ejercer este sobre el anticipo; esta conclusión no parece estar acorde con los conceptos tradicionales de la propiedad, la cual, a pesar de padecer limitaciones como la hipoteca, el usufructo, la prenda, etc., no le hace perder el derecho a su titular. De esta manera, el contratista puede tener limitaciones en la administración del anticipo, pero ello no implica que no sea propietario de estos recursos. Adicionalmente, debe aceptarse que parte de estos recursos dados en anticipo también corresponden a las ganancias que va a recibir el contratista por la ejecución de la obra; no reconocer este hecho evidente coloca al contratista en una situación desventajosa cuando se le conmina a recibir sus ganancias al finalizar la obra.

## **2.2. La posición del Consejo de Estado**

En el caso del Consejo de Estado, el tema no se ha abordado desde la perspectiva de la responsabilidad penal, pero los pronunciamientos que ha realizado sobre la naturaleza jurídica del anticipo y del pago anticipado han venido siendo utilizados por la doctrina penal y las autoridades administrativas. La sentencia más recurrente en esta materia es la expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 13436, del 22 de junio de 2001, en la que expresó lo siguiente:

[...] La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato, de ahí que se diga que los recibió en calidad de préstamo; en cambio, en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada.

Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública, y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato.

En igual sentido, en la decisión del Consejo de Estado, Sala Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2001, el alto Tribunal describe la práctica del anticipo:

En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato.

La tesis planteada por el Consejo de Estado sobre el anticipo también es susceptible de críticas; por ejemplo, no es posible que el anticipo que corresponde a parte del valor del contrato sea un préstamo que el Estado concede al contratista para que inicie la obra. En el derecho privado se acostumbra que el contratante dé un anticipo al contratista (incluso como condición para iniciar el contrato) para la ejecución de la obra o servicio, y este hace parte del pago o remuneración que el contratante debe al contratista, por tanto, una vez entregado el anticipo

al contratista, este se convierte en señor y dueño de esos recursos, y la pérdida de los mismos la asume el contratista. Por todo lo anterior, la tesis del Consejo de Estado agrade el concepto de pago que se maneja en el derecho privado, porque el pago puede darse en cualquier tipo de contrato, de forma pura y simple, o a plazos, y el hecho de que el pago se haga a plazos no denota un préstamo, como lo afirmó el Consejo de Estado, sino una condición resolutoria del contrato.

Otra crítica a la tesis del Consejo de Estado hace referencia a que un préstamo o mutuo es un título traslativo de dominio. El profesor Bonivento (2004) afirma que “cuando el prestador entrega la cosa, habiendo la capacidad de trair, se transmite el dominio. Hay un desprendimiento de la propiedad. Hay disposición plena. El prestatario se hace dueño de la cosa. Su obligación es devolver igual género y calidad” (p. 659). Por lo anterior, no puede entenderse, como lo afirma el Consejo de Estado, que estos recursos nunca entran en el patrimonio del contratista y conservan su carácter de públicos, porque el anticipo es un préstamo que la entidad contratante hace al contratista para la ejecución de la obra. Al afirmar que la entidad contratante le presta unos recursos al contratista para el comienzo de la obra se está afirmando el traslado de dominio al contratista.

### 3. POSICIÓN DE LA DOCTRINA

En la doctrina colombiana, los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau (2008, pp. 102-104) afirman que desde 1995 se creó la figura de la “autoría por extensión”, en la cual se entiende que los particulares que administran recursos públicos realizan, en términos materiales, funciones públicas. En virtud de ello, no debe entenderse que el contratista que ejecuta una obra pública ejerce una simple labor material, porque respecto del dinero que recibe ejerce una verdadera administración, que es uno de los verbos del peculado.

Además, consideran los autores citados que los contratistas ejercen sobre los recursos entregados en calidad de anticipo una función pública, y ello se encuentra establecido en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 cuando determina que quienes administren recursos públicos

cumplen funciones públicas, y como tal son servidores públicos por asimilación en los términos del artículo 20 del Código Penal (p. 104).

El profesor Sanguino (2010, pp. 477-479; 2009, pp. 47-49) plantea que mientras que el contrato no transfiera una función pública no puede afirmarse que el contratista se pueda asimilar a un servidor público, sigue siendo particular y no se le podría imputar el delito de peculado.

El contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoriamente o permanente, según el caso, la calidad de servidor público (Sanguino, 2009, p. 48).

El autor citado acoge la postura de la Corte Constitucional, pero advierte de los efectos del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en el fallo del 9 de mayo de 2007, al asimilar al contratista con el servidor público partiendo de la naturaleza de la entidad contratante, y cita el salvamento de voto, pero no cuestiona la decisión (Sanguino, 2009, pp. 49-56).

Por otro lado, el profesor José Antonio Causa (2004), asumiendo la postura del Consejo de Estado (expediente 13436, Sentencia del 22 de junio de 2001), considera que el anticipo son recursos que el Estado le entrega al contratista en calidad de préstamo con una destinación específica: la ejecución de la obra (p. 100). De esta forma, el contratista sería un administrador de dineros públicos y respondería como autor de peculado en caso de que se le dé una destinación diferente de la establecida o se haga un uso indebido de los mismos (Causa, 2004, pp. 100-101). El autor citado asume, a partir del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, que el contratista, para todos los efectos del contrato, ejerce función pública, y por tanto, a pesar de ser un particular, la ley le otorga la calidad de

servidor público a través de una ficción legal, que tiene fundamento en el hecho de que al contratista le toca asumir la función de administrar dineros públicos por ser una función accesoria a la ejecución del contrato, y por consiguiente deberá rendir cuentas al ente contratante de la administración de estos recursos (Causa, 2004, pp. 101-102).

El profesor Marco Antonio Fonseca (2000) plantea que siempre que el contratista ejerza una función pública o una función administrativa que deba ejecutar por cuenta de la administración tendrá la responsabilidad de un funcionario público, por lo tanto podrá cometer peculado cuando se apropie de bienes del Estado (pp. 23-24).

A pesar de todas estas posturas, existe una problemática mayor por resolver, y no se deriva de las posiciones de los autores antes citados, porque todos parecen hablar del contratista como persona natural, pero no tienen en cuenta que los contratistas por regla general son personas jurídicas, o varias personas jurídicas agrupadas en consorcios y uniones temporales, y se entiende entonces que son las empresas las que contratan y las que reciben la obligación de ejercer la función pública y no la persona natural que actúa por ella (Abello, 2010a y 2010b).

Por lo anterior, para imputar a las personas naturales que conforman a la persona jurídica se hace necesario acudir a la figura del actuar por otro (inc. 3° art. 29 C.P.), en la que al representante de la persona jurídica se le transfieren las calidades del representado (Bacigalupo, 2005; Berruezo, 2007; Faraldo, 1996; García, 2007; González, 2004; Martínez, 2004; Velásquez, 2010; Ferre et al., 2010; Abello, 2010c), es decir, que al considerar a la persona jurídica como un servidor público (por ejercer una función pública, como es la de administrar recursos del Estado) a través del actuar por otro se le transfiere dicha condición a su representante legal, y por ello, este podría responder por peculado si el representante realiza actuaciones tendientes a apropiarse de los recursos públicos que administra.

En la anterior hipótesis también es posible plantear otra fórmula de imputación, como lo sería el abuso de confianza calificado, por las siguientes razones: 1) El abuso de confianza calificado castiga con pena

de prisión a quien se apropie de bienes muebles sobre los cuales ostente título no traslativo de dominio, abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública, o sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de este; de esta manera, se entiende que quien ejerce la función pública es la persona jurídica, y no la persona natural, quien abusaría de las funciones discernidas por la primera; 2) Que la figura del interviniente se aplica en caso de impunidad, y como vemos, el abuso de confianza impide la impunidad de dicha conducta, por lo cual no se hace necesaria político-criminalmente su aplicación; 3) Que el abuso de confianza sería el tipo más especial y más aplicable a la situación, por lo que el administrador no es propiamente un servidor público sino un particular; 4) La vinculación del representante legal es con la empresa y no con el Estado, por tanto sus deberes se desarrollan en virtud de la órbita privada y no en virtud de un cargo público (Abello, 2010b).

En el caso de los socios de las empresas que conforman el consorcio o de la empresa a la que le fue adjudicado el contrato, si estos no tienen la calidad de representantes legales, no podría utilizarse la figura del actuar por otro para imputarles responsabilidad por peculado porque la Ley (art. 29 C.P.) no lo permite. En su defecto, la forma de imputarles responsabilidad penal a los socios por la apropiación de los recursos efectuada a través acciones realizadas por el representante legal sería a través de la de posición de garantía que ostentan los socios frente el accionar de su empresa y que les impone el deber de evitar los resultados lesivos que puedan causar por defecto de su organización en la persona jurídica (art. 25 C.P.; Berruezo, 2007; Faraldo, 1996; García, 2007; Batista, 2005; Abello et al., 2010). En el caso de la contratación estatal, los socios de una empresa contratista deberán vigilar el correcto desarrollo del objeto social, y controlar las acciones que realicen los órganos de administración dentro de su rol de socio, garantizando con ello el buen uso e inversión de los recursos públicos que la empresa administra. De no hacerlo así, responderían como autores o coautores de peculado doloso (si se comprueba que la omisión es dolosa) o como autores de peculado culposo (si se demuestra la imprudencia en el control) en la modalidad de comisión por omisión (art. 25 C.P.), pero

en todo caso bajo la modalidad de interviniente (inc 4° art. 30 C.P.), por no tener los socios la condición de servidores públicos (Córdoba, 2011) ni representantes de la empresa.

Si son los socios los que proponen la fórmula para realizar el detrimento patrimonial en contra del Estado, responderían en calidad de determinadores de un peculado ejecutado por el representante legal que, como dijimos, tiene la calidad de servidor público en virtud de la figura del actuar por otro, quedando en discusión la posibilidad de reconocerles o no la rebaja punitiva del interviniente (Córdoba, 2011).

En el caso de los empleados de las empresas contratistas, existen dos posibilidades de responsabilidad. La primera es cuando un empleado actúa como factor de la empresa contratista y se apropia de los dineros públicos que esta administra en el ejercicio de alguna función delegada por ella. El factor es una figura, reconocida en el derecho mercantil, que le permite a una persona y actuar a nombre de otra sin tener título jurídico para hacerlo. En este evento se aplicaría también la figura del actuar por otro, toda vez que el empleado actuaría en calidad de representante de hecho (como bien lo dispone el artículo 29 del C.P.) de la empresa contratista, por lo que respondería por peculado, al transmítrsele de la empresa la calidad de servidor público.

La segunda posibilidad implicaría que el empleado realiza dentro de la empresa maniobras fraudulentas para apropiarse de los recursos que sabe que son públicos, abusando de las funciones conferidas por la sociedad contratista o por sus representantes. En esta hipótesis, el trabajador respondería por el delito de abuso de confianza calificado, en concurso con la estafa efectuada en contra de la empresa.

Si en los eventos anteriores el empleado actuó en coautoría con el representante legal, el primero responderá por el delito de peculado en calidad de interviniente y el representante legal sería autor de peculado, ya sea por acción o por comisión por omisión.

Sin embargo, todo lo anterior sería posible si se acepta que el anticipo que se le otorga a un contratista para comenzar la obra sigue siendo un recurso del Estado, postura que debatiremos en el apartado siguiente.

#### 4. TOMA DE POSTURA

De acuerdo con todo lo anterior, es necesario hacer una recapitulación sobre los criterios utilizados hasta el momento para solucionar el problema. Hasta el momento se han planteado las siguientes posturas:

- a. El anticipo es un pago que realiza el Estado al contratista antes de culminar la obra, y que este debe utilizarla para la ejecución del objeto contractual, y su uso se encuentra tan restringido que la jurisprudencia ha asumido que el contratista no ejerce un dominio, sino una mera tenencia, sobre unos recursos que aún le pertenecen a la entidad contratante.
- b. El contratista de obra no es servidor público, pues la ejecución del objeto contractual no implica el ejercicio de una función pública.
- c. El contratista de obra puede ser servidor público si la entidad que lo contrata tiene asignada la función de realizar obras públicas, por ejemplo, de infraestructura.
- d. El contratista es servidor público, en la medida en que debe administrar el anticipo para la ejecución de la obra. En virtud de ello administra un bien del Estado, y por lo tanto ejerce una función pública.

Lo primero es considerar que si bien el anticipo se encuentra dirigido a la ejecución de la obra, y que se le confiere al contratista para su administración con tales fines, también es necesario establecer que el anticipo hace parte del precio o retribución económica que el contratista debe recibir por la ejecución del objeto contractual, y por tanto, parte del mismo corresponde a las utilidades que este persigue desde un principio, y ello no riñe con los controles y limitaciones que la administración impone para prevenir actos de corrupción.

En relación con la posición de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal (Sentencia del 27 de abril de 2005), como ya se dijo, parece confundirse las limitaciones al dominio con el derecho de dominio del bien, pues una cosa es tener la propiedad de una casa sobre la cual pesa un gravamen y otra cosa es ser mero tenedor de una casa arrendada. En el caso del anticipo, no compartimos la posición de la Corte Suprema Sala Penal, porque luego de todo un trámite presupuestal engorroso, este dinero asignado para la ejecución de una obra corresponde a la retribución económica que recibe el contratista por la realización de la misma, que este debe ejecutar bajo cierta libertad técnica, administrativa y operativa, por lo tanto, no puede pertenecer al Estado una vez otorgado, a pesar de que el contratista tenga un dominio limitado sobre el mismo, consistente en una destinación específica.

Por otro lado, el hecho de que se deba proteger el patrimonio público que se invierte en obras de interés público no implica que se deba tergiversar el concepto de propiedad. También hay que tener en cuenta que tanto en los contratos de tracto sucesivo como en los de ejecución instantánea, el pago puede diferirse a plazos o cuotas, y cada cuota parte del precio global se transfiere en propiedad al contratista, incluso cuando tiene una destinación específica, como en el contrato de compraventa cuando el comprador impone la obligación al vendedor de pagar una hipoteca, los impuestos u otras acreencias que se acuerdan en el contrato y que debe pagar este con el dinero que se le da como parte de pago.

El tema es complicado desde esta óptica, pues estamos hablando de recursos públicos que se le pagan a un particular para la ejecución de una obra pública, por tanto, no es un contrato de compraventa, ni de prestación de servicios, ni de suministro, porque en estos últimos el Estado no tiene que verificar qué hace el contratista con los dineros entregados como pago, pues lo que se verifica es si el bien se entregó, y si cumple las calidades solicitadas, o si el servicio se prestó en las condiciones exigidas. Pero en el contrato de obra hay obligaciones tanto de resultados como de medios, por tanto, no solo se verifica si la obra se hizo o no, sino que tiene muchas más implicaciones, como los derechos de los trabajadores, la seguridad social, las condiciones y términos de

la obra, el cumplimiento de la propuesta, la cantidad y calidad de los materiales utilizados, la utilización de la maquinaria.

Todas estas particularidades del contrato de obra implican una eficiente y responsable administración de los recursos que invierte el Estado en obras públicas, y por lo tanto se establecen unos controles especiales que buscan que el contratista cumpla con el objeto contractual.

Parecería más apropiado jurídicamente que el contrato de obra, que tiene unas particularidades muy especiales en virtud de las consecuentes prestaciones que genera, su naturaleza jurídica se asemeje a un encargo fiduciario y no a un préstamo o mutuo, como lo sugiere el Consejo de Estado (Sentencia 13436 del 22 de junio de 2001), y que, como se indicó anteriormente, no es una teoría eficiente, toda vez que el préstamo transfiere el dominio al contratista de los recursos del anticipo, por tanto, dichos dineros perderían el carácter de público, muy a pesar de los pronunciamientos del Consejo de Estado.

De esta manera, el Estado delegaría en calidad de encargo fiduciario los recursos en calidad de anticipo a un contratista para ejecutar una obra pública a cambio de una utilidad por su gestión (Velásquez Gil y Velásquez Gómez, 2005, pp. 78-79). En esta propuesta se puede diferenciar entre los recursos que pertenecen al contratista y los que se encuentran afectados a la labor contratada, para establecer, así, que los dineros afectados a la obra no serían de dominio absoluto del contratista, y por lo tanto serían susceptibles de apropiación ilegal, pues le siguen perteneciendo al Estado, mientras que los que conforman la utilidad del contratista son de su libre disposición.

De esta manera, con las posturas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y la del Consejo de Estado, la tesis del peculado no es viable para el contratista, pues, como se mencionó anteriormente, ni el hecho de que el contratista tenga limitada la administración sobre el anticipo, ni la figura del préstamo son suficientes para afirmar jurídicamente que esos dineros sigan siendo del Estado, porque en ambos casos hay transferencia de dominio a favor del contratista. En este orden de ideas, no sería acertado imputar peculado a los contratistas por la pér-

dida de los recursos del anticipo, por lo que no se puede afirmar que estos dineros pertenezcan al Estado, cuando han sido transferidos al contratista, quien estaría administrando recursos propios y no dineros públicos.

De esta manera, queda evidenciada jurídicamente la necesidad de un cambio en la posición jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal como del Consejo de Estado, así como de la doctrina para que la naturaleza pública del anticipo tenga que sostenerse no a través del contrato de mutuo sino a través del encargo fiduciario, que tiene las siguientes particularidades que permitirían la configuración de un peculado (véase Velásquez Gil y Velásquez Gómez, 2005):

- a. Consiste su objeto en la entrega de bienes, por parte de la entidad pública fideicomitente a la entidad fiduciaria, con el propósito de que esta última los maneje o administre, para obtener un fin determinado, bienes y administración sobre los cuales deberá rendir las cuentas pertinentes a la entidad fideicomitente (p.78).
- b. La entidad fideicomitente entrega los bienes objeto del contrato a la fiduciaria, a título no traslativo de dominio, lo cual implica que estos no salen de su patrimonio, ni constituyen un patrimonio autónomo (p.78).
- c. La remuneración del fiduciario no puede pactarse con cargo a los rendimientos de los bienes fideicomitados, salvo que dichos rendimientos se encuentren presupuestados, esto es, que hayan sido incluidos como parte del presupuesto de ingresos y gastos de la entidad, pues de lo contrario se eludiría su contabilización (p.78).

Con esta propuesta se solucionaría un problema jurídico que, como dije, viene transgrediendo algunos planteamientos básicos del derecho civil, pero con ella, a su vez, se tendría que hacer una modificación estructural a la contratación estatal para lograr una mejor fundamentación jurídica sobre el tema.

## REFERENCIAS

- Abello Gual, J. A. (2010A). El abuso de confianza y el hurto agravado por la confianza en la responsabilidad penal empresarial en Colombia. *Revista Prolegómenos, derechos y valores*, xiii, enero-junio, 181-200.
- Abello Gual, J. A. (2010B). El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: la responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las E.P.S. en Colombia. *Revista Prolegómenos, derechos y valores*, xiii, julio-diciembre, 267-284.
- Abello Gual, J. A. (2010C). *Responsabilidad penal empresarial*. Bogotá: Leyer.
- Bacigalupo, E. (2005). *El actuar en nombre de otro. Curso de derecho penal económico* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Batista González, M. P. (2005). *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa. Curso de derecho penal económico* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Berruero, R. (2007). *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bonivento Fernández, J. A. (2004). *Los principales contratos civiles* (16ª ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Causa, J. A. (2004). Alcance del anticipo y del pago anticipado. *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), 21, 96 -115.
- Castro Cuenca, C. G. (2009). *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Conde Pumpido Ferrero, C. (1997). *Apropiaciones indebidas*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Córdoba Angulo, M. (2011). *La figura del interviniente en el derecho penal colombiano*. [Http://foros.Uexternado.Edu.Co/econstitucional/index.php/derpen/article/view/1041/985](http://foros.Uexternado.Edu.Co/econstitucional/index.php/derpen/article/view/1041/985). Consultado el 13 de abril de 2011.
- Faraldo Cabana, P. (1996). *Los delitos societarios*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Ferre Olive, J. C., Núñez Paz, M. Á. y Ramírez Barbosa, P. A. (2010). *Derecho penal colombiano*. Parte general Principios fundamentales y sistema. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, J. (2007). *Derecho penal fundamental 1* (3ª ed.) Ibáñez.
- Fonseca Ramos, M. A. (2000). De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), 13, 20-39.

- García Cavero, P. (2007). *Derecho penal económico*, t. I (2ª ed.). Lima: Grijley.
- Gómez Méndez, A. y Gómez Pavajeau, C. A. (2008). *Delitos contra la Administración pública*. Bogotá: Universidad Externado.
- González Cusaac, J. L. (2004). Las insolvencias punibles (pp. 83-114). *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta.
- Martínez-Bujan Pérez, C. (2004). Administración fraudulenta en sociedades de inversión, 35-66, *Temas de derecho penal económico*. Madrid: Trotta.
- Mir Puig, S. (2007). *Derecho penal parte general* (7ª ed.). B. de F.
- Molina Arrubla, C. M. (2006). *Responsabilidad penal de los administradores de empresa*. Bogotá: Biblioteca Dike. Universidad Católica de Colombia.
- Molina arrubla, C. M. *Delitos contra la administración pública* (4ª ed.). Bogotá: Leyer.
- Muñoz Conde, F. (2008). *Derecho penal. Parte especial* (15ª ed.). Madrid: Tirant lo Blanch.
- Nebreda Pérez, J. (2006). *Manual de derecho de la contratación privada y pública*. Iustel.
- Peña Ossa, E. De J. (2005). *Delitos contra la administración pública* (2ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rodríguez Vindas, R. L. (2002). *Responsabilidad penal de empresas. ¿Societas delinquere potest?* Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- Sanguino Madariaga, A. (2010). *Delitos contra el patrimonio económico en la jurisprudencia* (2ª ed.). Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Sanguino Madariaga, A. (2008). *Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2009). *Contratación estatal. Legislación* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Lombana, A. (2004). *Manual de obligaciones: teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá: Temis.
- Tocora, L. F. (2009). *Derecho penal especial* (11ª ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Velásquez Jaramillo, L. G. (2008). *Bienes*. Comlibros.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Comlibros.
- Velásquez Velásquez, F. (2010). *Manual de derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velasquez Gil, C. y Velásquez Gómez, I. (2005). *Responsabilidad contractual y extracontractual del estado*. Librería Jurídica Sánchez R.

## Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 1996.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 9 de mayo de 2007.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 13 de marzo de 2006. Radicación 24833.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 13 de julio de 2005. Radicación 19695.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 27 de abril de 2005. Radicación 19562.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 13 de septiembre de 1999. Expediente 10.607.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 20 de abril de 2006. M.P. : Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencias de Casación del 3 de agosto de 1976.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 6 de diciembre de 1982. M.P.: Luis E. Aldana.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 junio de 2001. Expediente 13436.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 18 de noviembre de 1980.
- Consejo de Estado. Sentencia del 30 de junio de 1992. Expediente 6019.
- Consejo de Estado. Sentencia del 23 de junio de 2005. Expediente 12.846. M.P.: Germán Rodríguez Villamizar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 17 de febrero de 1999. Radicado 11093.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Proceso 27319. Sentencia del 6 de septiembre de 2007. M.P.: Augusto Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 1989.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 7 de noviembre de 1950.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 21 de febrero de 1958.