

Alerta administradores de empresas públicas: ¡peculado a la vista!

Fernando Yávar Umpiérrez

1. **¿Le interesa ser administrador o miembro del directorio de una empresa pública? Piénselo bien y no lo tome a la ligera, podría ser una ruleta rusa una vez que entre en vigencia¹ la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en materia Anticorrupción publicado en el Registro Oficial el 17 de febrero de 2021, por cuanto su artículo 9 reformó el delito de peculado (COIP art. 278), para -entre otras cosas- incluir como un caso de esta infracción penal la siguiente conducta en su penúltimo inciso:**

“Serán también responsables de peculado los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas, cuando por su acción u omisión los resultados empresariales y financieros anuales de dicha empresa pública estén por debajo de los índices de gestión fijados, especialmente cuando haya reducción de ingresos de más del 10% en comparación con el ejercicio económico anterior, sin justificación alguna de por medio y cuando haya reducción del resultado operacional, o pérdida económica en comparación con el ejercicio económico anterior, en más del 25% sin justificación alguna de por medio, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende pérdida de recursos estatales, y cuando tales pérdidas se produjeron en beneficio propio o de terceros.”

2. Desmenucemos el tipo penal:
 - a. **¿Quién lo puede cometer?** los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas.
 - b. **¿Por qué conductas?**
 - i. cuando por su acción u omisión los resultados empresariales y financieros anuales de dicha empresa pública estén por debajo de los índices de gestión fijados, especialmente cuando haya reducción de ingresos de más del 10% en comparación con el ejercicio económico anterior, sin justificación alguna de por medio; y,
 - ii. cuando haya reducción del resultado operacional, o pérdida económica en comparación con el ejercicio económico anterior, en más del 25% sin justificación alguna de por medio, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende pérdida de recursos estatales cuando tales pérdidas se produjeron en beneficio propio o de terceros.
 - c. **¿Cuál es la pena privativa de libertad que debe imponerse?** Buena pregunta. No es fácil de responder ya que el inciso analizado no

¹ En 180 días desde su publicación en el Registro Oficial.

determina cuál pena aplicar y además el reformado art. 278 del COIP ahora tiene cuatro penas distintas:

- i. El primer² y segundo inciso³: diez a trece años.
- ii. El primer numeral⁴: cinco a siete años.
- iii. El segundo numeral⁵: siete a diez años.
- iv. El tercer numeral⁶: diez a trece años (igual que el primer y segundo inciso).
- v. En el inciso siguiente al tercer numeral⁷: La máxima pena.

² **Artículo 278. - Peculado.** - Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, **serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.**

³ **Serán sancionados con la misma pena** como responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

⁴ **1. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años:**

a. Si utilizan, en beneficio propio de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial.

b. Si se aprovechan económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

⁵ **2. Con pena privativa de libertad de siete a diez años:**

a. Si obtienen o conceden créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera.

b. A los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el primer párrafo.

⁶ **3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años:**

a. Si arbitrariamente disponen, se apropian o distraen los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen.

b. Si hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad.

c. Si disponen de cualquier manera el congelamiento o retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero.

d. Si causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional.

e. Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló. Además, cuando se establezca la existencia y responsabilidad por el delito mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, la o el juzgador declarará, como consecuencia accesoria del delito, la terminación unilateral y anticipada del contrato sobre el cual verse la infracción, sin derecho a indemnización ni pago de daño alguno a favor del proveedor.

⁷ **Se aplicará el máximo de la pena prevista** en los siguientes casos: cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; cuando se realice con fondos o bienes destinados a programas de salud pública, alimentación, educación, vivienda o de la seguridad social; o, cuando estuvieren relacionados directamente con áreas naturales protegidas, recursos naturales, sectores estratégicos, o defensa nacional

Se debería interpretar este vacío legal de la forma más favorable a la persona infractora, en aplicación del art. 76 numeral 5 de la Constitución⁸, es decir: *la pena más baja que es de cinco a siete años de privación de libertad*. Sin embargo, vale la pena precisar que la conducta analizada es una especie de tipo penal especial del literal b del numeral 3 del mismo art. 278⁹ del COIP. Si es un tipo penal atenuado o agravado solo lo sabremos cuando se comiencen a dictar sentencias y/o la Corte Nacional de Justicia se pronuncie aclarando esta oscuridad de la ley.

3. Al regresar a revisar las conductas una vez más encontramos que la *mala técnica legislativa* va a generar la judicialización de actos que no deberían tener relevancia penal ya sea por su nula o baja lesión a los bienes jurídicos penalmente tutelados o porque existen otras ramas del derecho que pueden resolver -y de formas más eficientes- dichos conflictos jurídicos, especialmente el derecho administrativo sancionador.
4. La segunda conducta citada en el numeral 2.b.ii.¹⁰ de este comentario establece una característica específica de las pérdidas económicas de la empresa pública: *que se produzcan en beneficio propio o de terceros*. Esta referencia justifica su inclusión en el catálogo penal por ser un evidente fraude lesivo al bien jurídico tutelado en el delito de peculado. Sin embargo, el primer inciso no establece esa particular condición ni tampoco refiere nada sobre pérdidas sino sobre resultados empresariales y financieros, por lo que no se podría hacer una interpretación extensiva o analógica del tipo penal, que por disposición expresa se encuentra proscrita en el art. 13 del COIP por determina que debe ser interpretado en forma estricta y en el sentido literal, salvo que la Corte Nacional de Justicia mediante resolución obligatoria aclare que el elemento del beneficio propio o de terceros de las pérdidas es aplicable a todas las conductas del inciso.
5. Las preguntas que quedaron pendientes en el numeral 2 al analizar este tipo penal son las siguientes:
 - a. *¿Cómo se debe cometer el delito para que exista tipicidad?*
 - b. *¿Este es un delito doloso o culposo?*
6. No cabe duda que la segunda conducta es dolosa al existir una finalidad ilícita de provecho personal o de terceros de las pérdidas económicas, pero la primera conducta podría generar dudas. *¿Se comete este delito si por negligencia del administrador y/o de los miembros de los directores de las empresas públicas se producen resultados empresariales y financieros anuales por debajo de los*

⁸ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 15. ... En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

⁹ "Si hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad."

¹⁰ "Cuando haya reducción del resultado operacional, o pérdida económica en comparación con el ejercicio económico anterior, en más del 25% sin justificación alguna de por medio, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende pérdida de recursos estatales, y cuando tales pérdidas se produjeron en beneficio propio o de terceros".

índices de gestión fijados, especialmente¹¹ cuando haya reducción de ingresos de más del 10% en comparación con el ejercicio económico anterior, sin justificación alguna de por medio? No.

7. El legislador no tipificó un peculado culposo¹², aunque probablemente esa era su intención. La cuestión es que existe un candado (o también llamado de *numerus clausus*) para tipificar infracciones culposas en el art. 27 del COIP que exige que esas conductas solo serán punibles cuando se encuentra tipificadas expresamente como tales dentro del estatuto integral penal. Si revisamos otros tipos penales culposos¹³ siempre se exige que la conducta se cometa con violación al deber objetivo de cuidado y en este caso no se dice nada al respecto. Por ende, se debe interpretar que todo el inciso se *trata de una infracción dolosa*, al igual que la conducta del numeral 3 literal b del art. 278 del COIP¹⁴.
8. A pesar de lo cual, esto no impedirá que se presenten denuncias por hechos no dolosos e incluso con reserva de identidad¹⁵, para que luego de una tortuosa, burocrática y larga investigación penal se terminen archivando con el consecuente gasto de costas procesales, honorarios profesionales de abogados y la afectación al buen nombre de la persona investigada.
9. ¿Realmente era necesario que esta conducta se tipifique como delito? La determinación de glosas o responsabilidades civiles por parte de la Contraloría General del Estado es definitivamente una vía jurídica eficiente para poder reparar los daños que se produzcan por no alcanzar los resultados empresariales y financieros de una empresa pública sin justificación. Si no existe una actuación fraudulenta en beneficio propio o de terceros que ocasionen la reducción de ingresos en comparación con el ejercicio económico anterior se trasgrede el principio de mínima intervención penal previsto en el art. 195 de la Constitución.
10. Por otro lado, es necesario recordar algunas características de los delitos de peculado:
 - a. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes son *imprescriptibles*.
 - b. Los juicios se inician y continúan incluso en ausencia de las personas acusadas.
 - c. Se impondrá en sentencia:
 - i. La *inhabilitación* para contratar con el Estado.
 - ii. La *perdida de los derechos de participación* por un lapso de entre diez y veinticinco años.
 - iii. El *comiso* de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre

¹¹ La palabra “especialmente” no excluye resultados inferiores al 10% que también serían delito como lo podría ser el 1%.

¹² Como si lo hace expresamente el art. 400 del Código Penal Colombiano:

Artículo 400. Peculado culposo. El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

¹³ COIP arts. 145, 146, 152, 377, 378.

¹⁴ En la que si se lo tipifica como delito doloso con claridad.

¹⁵ En aplicación del art. 430.1 del COIP introducido por la misma reforma.

vinculado al delito, hasta el monto de la reparación integral del Estado y la sociedad, si los instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados.

- d. Los condenados no pueden acceder a los regímenes de rehabilitación social semiabierto y abierto.
 - e. El denunciante puede exigir que se reserve su identidad.
 - f. El denunciante puede pedir el ingreso al Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal.
 - g. La persona que aporte con elementos probatorios que permitan la recuperación efectiva de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de peculado podrá acceder a una compensación económica proporcional a los recursos económicos que el Estado logre recuperar, hasta un monto de entre el 10 % y máximo al 20 % de lo recuperado.
11. Es preciso y urgente reformar la redacción del inciso analizado del art. 278 del COIP para evitar confusiones interpretativas, abusos procesales y persecuciones con finalidades extorsivas. Propongo reformar el inciso objeto del análisis de la siguiente forma:

“Serán también responsables de peculado y sancionados con pena privativa de libertad de diez a treces años los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas que por su acción u omisión dolosa, en beneficio propio o de terceros, sin justificación alguna, causen pérdidas económicas en los resultados empresariales y financieros anuales en comparación con el ejercicio económico anterior de los índices de gestión fijados, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende, pérdida de recursos estatales. Los actos referidos en este inciso que produzcan pérdidas económicas en empresas públicas ocasionadas por violación al deber objetivo de cuidado no tendrán relevancia penal.”

12. Los administradores y miembros de directorios de empresas públicas deben saber al posesionarse de sus cargos que aún cuando no cometan fraudes en beneficio propio o de terceros y no exista responsabilidad penal de personas jurídicas en el ámbito público, *el riesgo de ser encausados penalmente por peculado con la reciente reforma anticorrupción será permanente, **por lo que es urgente y necesario contar con programas de cumplimiento y de prevención de delitos (compliance) para evitar riesgos penales y/o poder defender sus gestiones ante operadores de justicia penal.*** De lo contrario, la Fiscalía General del Estado estará esperando con ansias cuando deban acudir al sistema penal en calidad de sospechosos o procesados (y a lo mejor la cárcel también).