



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado ponente

SP089-2023

Radicación n° 59034

Aprobado según acta n° 050

Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador 86 Penal Judicial II, contra la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020, por la Sala Penal integrada por Conjueces del Tribunal Superior de Cúcuta, que confirmó la decisión del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, mediante la cual GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y

ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO fueron absueltos de la acusación por los delitos de *prevaricato por acción* en concurso heterogéneo con *peculado por apropiación a favor de terceros*.

ANTECEDENTES

Fácticos

1. El 23 de febrero de 2005, GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO, entonces alcalde (e) de San José de Cúcuta, celebró el “*acta de conciliación sobre el pago diferido de procesos en vía de ejecución y pago anticipado de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, todo sobre reajustes pensionales de Ley 6^a de 1992*”, con el abogado ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, quien fungía como apoderado de 130 pensionados, según el texto de ese documento.

2. Ese grupo de ciudadanos pretendía el reconocimiento del reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992¹ y el Decreto 2108 de 1992².

3. Por virtud del acuerdo contenido en el “*acta de conciliación*”, el municipio se obligó “*para con el abogado a pagar la suma única de SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO*

¹ Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones.

² Por el cual se ajustan las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional

MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 84/100 MCTE (\$7.985.856.757,84.), en cuatro cuotas".

4. Entre marzo de 2005 y octubre de 2007, San José de Cúcuta le entregó a ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO la suma de solo cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189), mediante la realización de siete pagos³.

5. Como consecuencia del incumplimiento parcial de ese pacto, el abogado ARAQUE CHIQUILLO demandó a la entidad territorial e inició proceso ejecutivo laboral⁴ que, por reparto, correspondió al Juzgado Cuarto Laboral de la mencionada capital, bajo el radicado No. 2005-0254.

6. El 11 de noviembre de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta "*declaró la nulidad de todo lo actuado*" en el proceso ejecutivo 2005-0254 y negó el mandamiento de pago por "*ilicitud del objeto del acuerdo señalado*".

Procesales

³ 1/3/2005 E-033387 \$1.437.454.216.40; 29/3/2005 E-034030 - \$559.009.973 16/2/2007 E-047728 \$2.944.800.000; 16/2/2007 E-047729 \$55.200.000.00; 24/8/2007 E-051531 \$20.000.000.00; 31/8/2007 E-051721 \$70.000.000.00; 4/10/2007 E-052475 \$200.000.000.00.

⁴ Cuaderno original 2, fls 148, 150, 160 y 162. De conformidad con la demanda presentada y el auto de mandamiento de pago, Araque Chiquillo reclamaba en julio de 2005 la suma de \$3.992.928.378 por concepto de "cuota de capital dejada de pagar el 10 de junio de 2005"; \$1.996.464.189 "correspondientes a la cuota de capital que se prometió pagar el 10 de enero"; y los "intereses comerciales - tasa máxima según lo estipulado - que se causen sobre dicha suma a partir del 11 de junio de 2005 y hasta tanto se haga efectivo el pago de la misma".

7. El 26 de junio de 2007, el Procurador 23 Judicial II de San José de Cúcuta solicitó investigar la ocurrencia de presuntas conductas punibles cometidas por el exalcalde y el supuesto apoderado de los pensionados, al celebrar la conciliación de 23 de febrero de 2005.

8. Con fundamento en esa petición, la Fiscalía General de la Nación inició la instrucción y escuchó en diligencia de indagatoria a GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO (ex alcalde), el 30 de abril de 2009⁵, y a ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO (abogado), el 24, 25, 26 y 27 de marzo⁶, con ampliación el 5 de mayo, de ese mismo año.

9. El 29 de junio de 2012⁷, al resolver la situación jurídica de los procesados, el despacho instructor se abstuvo de imponer medida de aseguramiento. Impugnada esa determinación, la segunda instancia la confirmó, el 27 de diciembre de 2013⁸.

10. El 30 de abril de 2015⁹, la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación¹⁰ en contra de GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO “*como probable autor responsable de los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo (sic) con el delito de peculado por apropiación*” y de ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO “*como probable autor en calidad de interviniente responsable del delito de peculado por apropiación*”, en los términos

⁵ Archivo 01 Original 1, 508/582.

⁶ Archivo 01 Original 1, 146/582; 174/582; 186/582; 194/582; 206/582; 532/582.

⁷ Archivo 03 Original 3, 185/548.

⁸ Archivo 03 Original 3, 357/548.

⁹ Archivo 05 Original 5, 128/534.

¹⁰ En la resolución de acusación no se especificó la cuantía del delito de peculado por apropiación.

de los artículos 397 y 413 de la Ley 599 de 2000, modificados por la Ley 890 de 2004. Recurrida en apelación, esa decisión fue confirmada el 25 de septiembre de 2015¹¹.

11. Por la trascendencia de dicho acto para los actuales fines, se destaca que, en el llamamiento a juicio de primera instancia, en concreto, el órgano acusador realizó los siguientes reproches:

i) El 23 de febrero de 2005, GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO arbitrariamente decidieron celebrar una conciliación sin cumplir los requisitos legales dispuestos en la Ley 640 de 2001 (no se adelantó ante un tercero habilitado legalmente para aprobarla).

ii) A esa diligencia no acudieron los titulares del derecho (pensionados) y tampoco se acreditó que estuvieran representados por el abogado ARAQUE CHIQUILLO, pues éste no presentó los respectivos poderes que así lo habilitaban.

iii) No se realizó la liquidación por cada pensionado que reclamaba el reajuste, ni se identificó a cada uno de los interesados.

iv) Se dispuso de “*de derechos litigados que correspondían a derechos ciertos e indiscutibles (sic), en consideración a que éstos son derechos consolidados*”.

v) No se acudió al “*comité de conciliación que existe en la entidad*”

¹¹ Archivo 05 Original 5, 366/534.

territorial”, antes de celebrar dicho acuerdo.

vi) Los créditos y las costas no fueron liquidados (inobservancia de los acuerdos 1887/2003 y 2222/2003 del C.S de la J) por cada uno de los siete procesos ordinarios laborales.

vii) Se generó un detrimento patrimonial de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189), en siete pagos¹² efectuados a ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, entre marzo de 2005 y octubre de 2007.

12. Al desatar la alzada propuesta por la defensa, la Fiscalía de segunda instancia admitió que lo sustancialmente acordado, en febrero 23 de 2005, había sido una transacción, a pesar de la denominación expresamente consignada en el documento y, por tanto, ese acuerdo no requería para su validez el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 640 de 2001¹³. Precisado lo anterior, concretó los reproches, en los siguientes términos:

i) El abogado ARAQUE CHIQUILLO no exhibió ningún poder que acreditara que actuaba en nombre y representación de los pensionados; es decir, que al celebrar el acuerdo no demostró si se encontraba “*debidamente facultado para conciliar*”, situación de la mayor relevancia en tanto en los procesos laborales eran dos los abogados que obraban como apoderados de los demandantes.

¹² 1/3/2005 E-033387 \$1.437.454.216.40; 29/3/2005 E-034030 - \$559.009.973 16/2/2007 E-047728 \$2.944.800.000; 16/2/2007 E-047729 \$55.200.000.00; 24/8/2007 E-051531 \$20.000.000.00; 31/8/2007 E-051721 \$70.000.000.00; 4/10/2007 E-052475 \$200.000.000.00.

¹³ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

ii) No se especificó si los pagos relacionados en el acta de febrero 23 de 2005 eran por concepto de intereses o de capital.

iii) Tres de los siete procesos ordinarios laborales contaban con sentencia declarativa en firme, por lo que el reajuste a la pensión, en aplicación a la Ley 6ª de 1992, era un derecho cierto e indiscutible que, por expresa prohibición legal, no podía ser objeto de transacción. Los cuatro restantes no tenían decisión ejecutoriada, en consecuencia, se concedió el reajuste a pensionados que no contaban con tal reconocimiento mediante sentencia judicial que así lo declarara.

iv) Las costas procesales no fueron objeto de liquidación y no se explica con base en qué criterio fueron calculadas. Además, se pactaron, a pesar de que cuatro procesos judiciales se encontraban aún en trámite y, en razón del acuerdo, terminarían de manera anticipada.

v) En los cuatro trámites que no contaban con sentencia en firme (rads. 2003-013/; 2003-226; 2003-387; 2004 - 241), la transacción adolecía de objeto ilícito *“pues existía para esa época una clara posición respecto a la aplicación del reajuste pensional contenido en la Ley 6ª de 1992, estando decantado por aquel entonces que los destinatarios del reajuste eran los pensionados del orden nacional y como en el asunto los pensionados que reclamaban ese derecho lo eran del orden territorial no era aplicable en su caso concreto”*.

vi) La transacción se celebró sin contar con el respaldo jurídico sobre la conveniencia de su suscripción, pues no se

acudió al Comité de Conciliación y Defensa Judicial que existía en la entidad territorial (*Norte de Santander*), a pesar de las altas erogaciones que se generarían.

vii) De los valores cancelados (\$5.286.464.189.40) por el municipio al abogado ARAQUE CHIQUILLO, se tiene que dos mil cuatrocientos noventa millones quinientos cincuenta y cuatro mil ciento treinta y ocho pesos (\$2.490.554.138.25) habrían sido por concepto de intereses, los cuales se fijaron de acuerdo al monto más alto permitido por la ley y por la totalidad de la deuda, lo que no representó ningún beneficio para la entidad territorial.

13. Agotada la fase de juzgamiento, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 14 de noviembre de 2018¹⁴, absolvió a GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y a ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO por los punibles objeto de acusación.

14. El fundamento del fallo absolutorio gravitó en la irrelevancia del nombre otorgado al acuerdo (conciliación o transacción), empero su real carácter de acto administrativo¹⁵ y la conclusión según la cual el acta de fecha 23 de febrero de 2005 cumplió satisfactoriamente con todos los requisitos sustanciales¹⁶ y no era manifiestamente contraria a derecho. Lo anterior por cuanto, en criterio del *a quo*:

i) La celebración material de una transacción descarta¹⁷ el

¹⁴ Archivo 06Original6, 509/610.

¹⁵ Archivo 06Original6, 545/610.

¹⁶ Al respecto el *a quo* hizo expresa referencia a los artículos 1502, 2469 y 2471 del Código Civil; sentencias T-662 de 2012 y T-320 de 2012; 53 de la Constitución Política; 13 y 15 de Código Sustantivo del Trabajo; 340, 341, inciso 1, del Código de Procedimiento Civil.

¹⁷ Archivo 06Original6, 553/610.

lleno de requisitos de la Ley 640 de 2001; el acuerdo tuvo por objeto las costas y los intereses generados por la mora en el pago, por lo que recayó en derechos inciertos y discutibles¹⁸.

ii) La causa era lícita y la obligación del Estado “*no era ilusoria*” pues “*ya se contaban con varias sentencias... que habían condenado al municipio de Cúcuta a pagar millonarias sumas de dinero*”.

iii) Las partes contaban con capacidad para celebrar el acto, pues la existencia de los poderes conferidos al abogado ARAQUE CHIQUILLO fue demostrada vía indiciaria¹⁹.

¹⁸ Archivo 06Original6, 557/610.

¹⁹ “(...) este Juzgado considera plenamente demostrada la existencia de los poderes a través de los siguientes indicios: - Primer hecho indicador: Ante el posterior incumplimiento del acuerdo por parte del Municipio del Acta de fecha 23 de febrero de 2005, se inició un proceso laboral ejecutivo que le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, bajo el radicado No. 254/05 donde se observa la presencia de sendos poderes extendidos por los pensionados del municipio de San José de Cúcuta que demandaron en su oportunidad, el reajuste pensional contenido en la Ley 6 de 1992. Prueba del hecho indicador: Cuaderno Anexo No 1 de la Fiscalía en donde aparece el proceso 254 de 2005 (...) Segundo hecho indicador: Ratificación de los poderes conferidos por los pensionados para la transacción celebrada el día 23 de febrero de 2005. Prueba del hecho indicador: A folios 603 y siguientes del expediente abierto con razón del Proceso Ejecutivo Laboral que se adelantó bajo el radicado No. 254 de 2005 en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta se puede leer lo siguiente: No obstante haber conferido facultades amplias y suficientes al Doctor Álvaro Iván Araque Chiquillo antes de llevar a cabo el acuerdo de la referencia y oportunamente allegadas por escrito a la Alcaldía, ratifico en este nuevo documento que por varios motivos y razones y previo mi consentimiento, él fue autorizadamente convertido en acreedor del Municipio respecto del retroactivo de Ley 6° de 1992 (...) Tercer hecho indicador: En cada uno de los procesos laborales que se transaron las demandas fueron debidamente admitidas por todos los jueces que los conocieron (...) En consecuencia, se concluye que el procesado ARAQUE CHIQUILLO si debió de allegar regularmente los poderes de cada pensionado, porque de lo contrario los respectivos juzgados de instancia habrían tenido que inadmitir la demanda sin que pudiera continuarse con el trámite laboral iniciado. Ninguna otra explicación, entonces, podría tener que 3 juzgados en 7 procesos distintos hubiesen admitido las 7 demandas sin que las mismas contarán con los respectivos poderes... Cuarto hecho indicador: La solicitud de terminación por transacción en cada uno los procesos laborales aún vigentes fue aceptada en todos los juzgados en donde se allegó el "ACTA DE CONCILIACIÓN SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, SOBRE REAJUSTES PENSIONALES LEY 6ª DE 1992" de fecha 23 de febrero de 2005... Así que, si tres Juzgados laborales distintos (el primero, segundo y cuarto) aprobaron la solicitud de terminación de los distintos procesos de reajuste pensional que se surtían en sus despachos era porque necesariamente la transacción que se llevó a cabo entre el Municipio de Cúcuta y sus pensionados cumplía con las prescripciones sustanciales entre las cuales se encontraban naturalmente la existencia de poderes con facultades para transigir (...) Quinto hecho indicador: Se denunció la pérdida de los poderes que permitieron se realizara la transacción y con base en tal situación se elaboraron nuevos contratos de prestación de servicios y poderes. Prueba del hecho indicador: La denuncia por pérdida de los documentos y los contratos de prestación de servicios (Legajo Número 2) ... en los anteriores 5 hechos indicadores más las inferencias lógicas realizadas se concluye como hecho indicado que en verdad si existieron los más de 100 poderes que se necesitaban para lograr llevar a cabo válidamente la transacción cuestionada por la Fiscalía General de la Nación dada la convergencia y concordancia de los mismos y además su relación con los medios de la prueba obrantes en la actuación procesal (art. 287 de la Ley 600 de 2000).

iv) En materia de la procedencia del reajuste pensional de la Ley 6^a de 1992 “*existen diversas y válidas hermenéuticas posibles*²⁰, razón por la cual el hecho de que el procesado GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO haya optado por una de ellas no hace que per se el acto administrativo por éste proferido pueda tener la calidad de prevaricador”.

v) El artículo 340 del Código de Procedimiento Civil aplicable disponía que no habrá condena en costas ante una transacción, empero esa disposición no prohibía su pacto y habilitaba por tanto a las partes a acordar el monto respectivo.

vi) En punto del reato de *peculado por apropiación a favor de terceros* también descartó su configuración, toda vez que el pago se había producido en cumplimiento de una obligación contractual válida a cargo del municipio; la motivación del alcalde encargado fue la de cumplir con el deber legal de cancelar lo adeudado. En ausencia de delito y de autor, estimó que no resultaba viable considerar la intervención de ARAQUE CHIQUILLO, por lo que también procedió a absolverlo.

Así mismo, es importante aclarar que el acta de transacción sí se especificó lo suficiente el objeto de la transacción y las partes que intervenían en la misma puesto que expresamente se consagró que tal convenio versaba sobre 7 procesos laborales plenamente identificados en los cuales el Municipio de Cúcuta era la parte demandada y, por lo tanto, al haber contestado cada una de las demandas, conocía los detalles de quiénes eran los pensionados demandantes y sus respectivas pretensiones. Entonces, ninguna irregularidad sustancial reviste la ausencia del listado de pensionados, ni tampoco de los montos individualizados debidos a cada uno de ellos, porque la enunciación expresa de los radicados procesales que tenía cada causa laboral, era más que suficiente para delimitar el objeto de la transacción y, por lo tanto, la metodología que se empleó, aparte de ser altamente práctica y evitar el desgaste de transcribir datos que ya estaban por completo individualizados en los expedientes, obedeció a una mera adopción de estilística al escribir. En consecuencia, aun cuando se podían haber transcrito nuevamente todas las demandas laborales, su citación a través de los radicados asignados por cada Juzgado Laboral resultó ser por demás una forma de elaborar el documento totalmente válida, clara e ilustrativa”.

²⁰ Aludió a Consejo de Estado, radicado 15723 Consejero Ponente doctor Pedraza y se reiteró 1624 veces hasta el año 2013 con el radicado 1920 proferida por el doctor Ramírez en su calidad de consejero ponente. (iii). Siguiendo dicha línea jurisprudencial la Corte Constitucional expresó su criterio de la siguiente manera en sentencia T-030 de 2011 (...) (iv). No obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia decidió optar por un camino distinto e iniciando con la sentencia de radicado 18189 con ponencia del doctor Nader y terminando con la de radicado 47697 concluyó que el derecho al reajuste solo se debe aplicar a los pensionados del orden de nacional y no se hace extensivo a pensionados del sector público territorial.

vii) Existía prueba documental de que el dinero sí había llegado a los pensionados; tres sentencias judiciales en firme ya habían ordenado los pagos; y el abogado había asumido los gastos procesales, por lo que le correspondían las costas.

15. El 27 de agosto de 2020, al desatar las alzadas promovidas por el representante de la Fiscalía (*incumplimiento de requisitos legales del acto celebrado, desconocimiento del principio de legalidad; no hubo poderes, no se acreditó la condición de pensionados de aquellos que solicitaban el reajuste, nunca se presentaron las resoluciones reconociendo las pensiones, no se allegó liquidación que indicara el valor a reconocer a cada reclamante*) y el agente del Ministerio Público (*Corte Constitucional declaró inexecutable la normatividad en que se fundaron las reclamaciones del ajuste pensional; conciliación fue realizada de manera caprichosa y desconoció la Ley 640 de 2001; no se estableció cuál es la cuota parte que corresponde a cada uno de los presuntos representados*), la Sala Penal de Conjuces del Tribunal Superior de Cúcuta confirmó el proveído con fundamento en las siguientes razones:

i) El acuerdo de febrero 23 de 2005 fue una transacción con las características propias de un acto administrativo.

ii) Acertó la primera instancia²¹ al concluir que ARAQUE CHIQUILLO sí contaba con poder de los pensionados para celebrar la transacción.

iii) La Sección Segunda del Consejo de Estado ha dejado de aplicar la expresión “*del orden nacional*” contenida en el

²¹ Archivo 23Sentencia segunda instancia, 45/74.

artículo 1 del Decreto 2108 de 1.992, motivo por el cual no resultaba viable catalogar de ilícito el pago del reajuste pensional en los términos del acuerdo celebrado por los procesados.

iv) El pacto tenía causa lícita, toda vez que el municipio adeudaba el reajuste y así fue reconocido en tres sentencias laborales ejecutoriadas.

v) Sí fue posible identificar los pensionados beneficiados con el reajuste pensional y las liquidaciones individuales en cada caso.

vi) Los procesados transaron las costas e intereses, es decir, acordaron sobre derechos inciertos y discutibles.

16. En contra del fallo de segundo grado, el Procurador 86 Judicial Penal II interpuso y sustentó recurso extraordinario de casación.

17. El 12 de mayo de 2022, la Sala admitió la demanda y dispuso correr el traslado previsto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

18. El 24 de junio de 2022, la Procuradora Segunda para la Casación Penal rindió el concepto en el que solicitó casar la sentencia y condenar a los procesados.

LA DEMANDA

19. Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2007, el demandante planteó una indebida valoración probatoria y formuló **un único cargo** por violación indirecta de la ley sustancial, con fundamento en los siguientes planteamientos:

20. En su criterio, el Tribunal incurrió en un error de hecho *“por falso juicio de raciocinio (sic)... específicamente al apartarse de las reglas de la sana crítica, en el aspecto de la lógica de la inferencia al valorar irracionalmente el mérito de la prueba documental referente a la sentencia N° 531 del 20 de noviembre de 1995 mediante la cual la Corte Constitucional declaró (sic) inexecutable el artículo 116 de la ley 6ª de 1992”*.

21. Insistió en que *“la sentencia de inexecutable reseñada es muy categórica al expresar que sus efectos rigen hacia el futuro... se puede predicar que las correspondientes demandas y el acta de conciliación se desarrollaron con posterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, después de más de 5 años de dicho pronunciamiento. Dicho en otras palabras, el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 ya no existía en el ordenamiento jurídico para la época en que se reclamó el reajuste pensional contemplado en dicha norma, como consecuencia del fallo de inexecutable referido”*.

22. Por lo anterior, *“resulta evidente que la prueba documental consistente en la sentencia de inexecutable cuya*

persuasión por parte de los señores conjuces, fue mal estimada en su real contenido y alcance conforme a los postulados de la sana crítica, con el único fin de darle validez de manera irracional a la conciliación o transacción de pago que se celebró”.

23. De haber valorado correctamente *“esta prueba de manera razonada conforme a los criterios de la sana crítica, en el aspecto de la lógica de la inferencia, confrontándola con el resto de las pruebas existentes en el plenario, imperiosamente daría lugar a predicar que el acto administrativo consistente en el acta de conciliación el cual generó un “acuerdo de pago”, es manifiestamente ilegal, por cuanto la ley que otorgaba el reajuste a los pensionados, ya había salido del tráfico jurídico a través de un pronunciamiento de inconstitucionalidad”.*

24. Solicitó casar la sentencia y condenar a los procesados por los delitos motivo de llamamiento a juicio.

TRASLADO A LOS NO DEMANDANTES

25. En el traslado previsto en el artículo 211 de la Ley 600 de 2000 fueron presentadas las siguientes intervenciones:

26. El **defensor** de VILLASMIL QUINTERO sostuvo que la demanda carecía de presupuestos lógico y argumentativos mínimos, pues el cargo planteado recaía sobre una sentencia de constitucionalidad que *“de ninguna manera puede categorizarse como prueba dentro de un proceso penal, en consecuencia, al no*

existir si una (sic) prueba que cuestionar no es posible plantear una crítica razonable a la forma en que fue valorado por el juez”.

27. El libelo parte de la premisa equivocada de considerar que una sentencia de constitucionalidad es una prueba documental; no acredita el error alegado; se limita a citar apartes de la C – 531 de 1995; desconoce que los errores referentes a la validez y existencia de una norma jurídica deben plantearse como violación directa; ignora que *“al momento en que se celebró el contrato de transacción existía un número importante de personas que tenían un derecho adquirido, cierto e irrenunciable relacionado con el ajuste económico de sus (sic) pensión... la perspectiva del agente del ministerio público es la que verdaderamente desconoce el pronunciamiento de constitucionalidad, el cual, reiteramos, no afecta o desconoce los derechos adquiridos de aquellas personas”.*

28. Vistas las deficiencias de la demanda y la falta de claridad sobre la finalidad perseguida, así como la ausencia de cuestionamiento a los fundamentos jurídicos y probatorios de las sentencias de instancia, aunada a la inexistencia de un reproche de tal naturaleza en la resolución de acusación, solicitó la inadmisión.

29. El **apoderado** de ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO afirmó que *“quien se aparta caprichosamente de las reglas de la sana crítica, es el señor Procurador 86... en relación con el alcance del reajuste pensional consagrado en la Ley 6º, toda vez que la declaratoria de inexequibilidad de dicha norma no afectó los derechos adquiridos de quienes se pensionaron antes del 1 de enero de 1989”.*

30. Consideró que no debía casarse la sentencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

31. Para la delegada del Ministerio Público **resulta viable casar el fallo**, por razón del cargo formulado.

32. Luego de reseñar las circunstancias fácticas y el contenido del libelo presentado, precisó que *“a instancias de las alegaciones de la bancada de defensa, el fallador se adentró en el estudio de legalidad del acuerdo transaccional en cuestión al tenor de dicho derrotero. Concluyendo que, en atención a las diversas vertientes jurisprudenciales expresadas en materia de la aplicabilidad del artículo 166 de la Ley 6 de 1992, pese a su declaratoria de inexecutable, el acuerdo transaccional en cuestión no resulta constitutivo de un delito de prevaricato por acción y, de contera, por sustracción de materia, del subsiguiente delito de peculado, incluido el interviniente”*.

33. No obstante, destacó que *“GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO, según su propio dicho, conforme a los hechos que ante él surgían y los conceptos que le fueron entregados en el asunto... sustrajo la determinación demandada al hecho según el cual, tanto para dicho específico momento mediaba la formal declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición, como que el asunto del reconocimiento del derecho no podía dejarse al albedrío funcional de*

cualquier servidor público que así lo considerara y, al efecto, lo que verificó el operador judicial en el sub examine, fue un juicio unidimensional ex post facto sobre la materia única de aplicabilidad general del asunto”.

34. Señaló que, para febrero de 2005, tan sólo tres de los siete procesos materia de *“abordaje o análisis en el documento denominado acta de conciliación y que, en forma posterior, se señala como una transacción o como un acuerdo de pago, contaban con sentencia judicial ejecutoriada y surtían el consiguiente proceso ejecutivo laboral”*, situación debidamente acreditada y contrastaba con aquella de los otros trámites judiciales, los cuales carecían de *“ejecutoria sobre reconocimiento o declaratoria de cualquier clase de derechos”*, por lo que no podían ser objeto de transacción *“más aún, cuando mediaba la declaratoria del fallo de inexecutable de la disposición que constituía su pretendida fuente y, conforme lo reconoce la sentencia demandada”*.

35. Estimó que era cierto que había dos posturas jurisprudenciales divergentes en materia de la procedencia del reajuste pensional, mas también que dados los efectos inter partes de esas sentencias, las posibilidades de solucionar el asunto, de manera anticipada, estaban *“atadas a su previo reconocimiento judicial en particular... Lo cual, no sucedió respecto de cuatro de los procesos ordinarios laborales en curso y de las demandas allí acumuladas, mismos que fueron materia de terminación anticipada mediante la sui generis transacción o compromiso anticipado de pago”*.

36. En su criterio, fue de ese modo que VILLASMIL

QUINTERO estructuró *“la materialidad de los punibles de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros, a la vez que demostrando, adicionalmente, el desconocimiento que del instituto jurídico de la inexequibilidad y de los alcances de su excepción obró, tanto por del administrador, al momento de suscribir el compromiso de pago de los derechos aún no declarados. Además, como por parte del operador judicial en la ulterior sentencia absolutoria aquí demandada, al no aforar, para todos los casos y en todo su alcance, los efectos de una específica determinación de inconstitucionalidad”*.

37. Adicionó que *“mediante el auto No. 11382 del 11 de noviembre de 2008, la Sala Laboral del Tribunal de Cúcuta (Norte de Santander), declaró la nulidad del multicitado acuerdo transaccional y/o acuerdo de pago del 23 de febrero de 2005, base del recaudo ejecutivo laboral ulteriormente incoado por el aquí procesado ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, dentro del asunto con radicado No. 2005-00254, por objeto ilícito”*.

38. Con esa fundamentación, solicitó casar la sentencia y condenar a los procesados.

CONSIDERACIONES

39. Según los artículos 75 numeral 1 y 205 de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce del recurso de casación presentado contra sentencias

proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

40. En consecuencia, la Corporación es competente para resolver la demanda formulada por el agente del Ministerio Público contra la sentencia de segunda instancia adoptada el 27 de agosto de 2020, por la Sala Penal de Conjuces del Tribunal Superior de Cúcuta, que confirmó la decisión del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, mediante la cual GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO fueron absueltos de los delitos atribuidos en la acusación.

41. A pesar de algunas imprecisiones argumentativas que pueden ser identificadas en la demanda presentada, la Corte tiene establecido que, una vez declarado formalmente ajustado a derecho el libelo, tal y como ocurrió en este caso en mayo de 2022, le corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

42. En los términos de la censura propuesta, en un primer momento, corresponde verificar si, en el presente asunto, tal y como lo reivindica el demandante, el *ad quem* incurrió en un falso raciocinio al “valorar” la sentencia C – 531 de 1995²², bajo el entendimiento según el cual se ajustó la demanda, en la medida en que el casacionista, aún sin apego a la lógica del recurso, logró evidenciar la existencia de una deficiente valoración probatoria en la sentencia demandada.

43. Agotado dicho estudio, en razón de lo sustancialmente

²² Mediante la cual resolvió: “Declarar INEXEQUIBLE el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992”.

desarrollado en el libelo en punto de las deficiencias en la valoración probatoria, la Sala analizará la existencia y alcances de defectos trascendentes en el fallo atacado, con el propósito de determinar si resulta viable mantener la absolución proferida a favor de VILLASMIL QUINTERO y ARAQUE CHIQUILLO o, en su defecto, es necesario casar la sentencia en la medida en que se encuentre materialmente acreditada tanto la infracción, como la responsabilidad penal de los procesados.

44. La Corporación anticipa que las censuras contra el fallo demandado en realidad existen, son protuberantes e incidieron significativamente en el sentido absolutorio de esa decisión. También se advierte que, de no haber incurrido las instancias en tales yerros, la declaración de justicia sería otra y los procesados habrían sido condenados.

45. Esa decisión será adoptada, por primera vez, en sede de casación, con fundamento en las razones que se detallarán adelante según el siguiente orden: i) análisis del cargo planteado; ii) requisitos para condenar; iii) características dogmáticas de los punibles juzgados; iv) efectiva actualización, en el caso objeto de pronunciamiento, tanto de los elementos comunes, como de los diferenciadores de cada delito; v) ley aplicable, dosificación punitiva y subrogados.

Del cargo postulado en la demanda

46. En los términos del escrito casacional presentado, en

este caso, resulta posible entrever la existencia de errores en la valoración probatoria, a pesar de que el planteamiento expresamente desarrollado no acredita las exigencias del falso raciocinio.

47. Verificado el contenido del cargo y contrastado con lo acontecido en la actuación, la Sala observa que no se afectó, en concreto, ninguna máxima de la experiencia, principio lógico o regla científica, con motivo de la postulación de la demanda.

48. Adicionalmente, la alegación del demandante no está relacionada con un medio de prueba indebidamente valorado al tamiz de la sana crítica.

49. Una sentencia de control de constitucionalidad y los efectos de la declaratoria de inexecutable de una norma, expresamente determinados en la misma decisión, no son elementos demostrativos.

50. El desarrollo de una postulación en esos términos, lo que concreta es la pretensión del casacionista para que prevalezca el criterio hermenéutico de un fallo de la Corte Constitucional, así como de sus efectos en el tiempo.

51. Por su naturaleza y jerarquía, la C – 531 de 1995 es una sentencia que debe ser acatada por los operadores judiciales, en el entendido según el cual:

“por regla general y salvo que se indique expresamente algo diferente en el fallo, la declaratoria de inexecutable de una disposición tiene efectos hacia futuro (ex nunc) y esto, según lo ha explicado esta Corte, encuentra sustento en los principios de seguridad jurídica y democrático, los cuales implican “la presunción de constitucionalidad de las normas que integran el sistema jurídico” mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal en una providencia con fuerza erga omnes, luego de surtirse un proceso de constitucionalidad abstracta”²³.

52. En esa precisa oportunidad, el Tribunal Constitucional consideró que:

*“en virtud de los principios de buena fe y protección de los derechos adquiridos, la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta **sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro** y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable **no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados** por la norma declarada inexecutable. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional. Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos y eficacia y celeridad de la función pública, la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual **sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el***

²³ Corte Constitucional, sentencia SU 037 de 2019.

incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello". (Se resalta).

53. Sin perjuicio de las precisiones que efectuará la Sala adelante, es claro que normativamente no existe debate o discusión sobre la consolidación del derecho a favor de aquellos pensionados, cuando tuvo lugar antes de 1989, como tampoco en materia del consecuente reconocimiento.

54. En consecuencia, atendidas las razones antes expresadas, *el cargo por falso raciocinio no prospera*. Empero, como se verá, la demanda de casación resaltó, además, varios defectos en la valoración probatoria, que ameritan revisión y análisis detenido en cada evento. A ello se procederá.

55. De conformidad con el artículo 206 de la Ley 600 de 2000, la casación tiene por fines, entre otros, la efectividad del derecho material, así como de las **garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal** y la reparación de los agravios infligidos a las partes con la sentencia demandada.

56. Así mismo, el artículo 216 *ejusdem* prevé que la Corte podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra el ordenamiento jurídico, bajo el "*entendimiento de la norma enseña que mediante la expresión "podrá", lo que el legislador pretendió fue introducir una autorización para que la Corte case la sentencia en la que se perciba ostensiblemente el vicio anotado, a lo cual procederá*", hipótesis que se verifica ante el quebrantamiento

del derecho material y de las garantías debidas a quienes intervienen en la actuación penal.

57. De tiempo atrás la Corporación tiene establecido que:

“Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de los sujetos procesales. En vigencia de esa tarea debe velar por el respeto irrestricto de sus garantías esenciales, en aras de posibilitar su efectividad. En aplicación de tal compromiso y en el marco del Estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta la existencia de alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos de las partes o intervinientes, deberá remediarla oficiosamente”²⁴.

58. Precisamente con ese basamento, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de todos los sujetos procesales, la Sala advierte necesario realizar un pronunciamiento, en orden a restablecer los derechos esenciales de la entidad territorial visiblemente afectada, mediante la enmienda de los protuberantes errores de valoración probatoria que determinaron, sin acierto, el sentido absolutorio del fallo.

59. En orden a corregir los yerros advertidos en la sentencia de segunda instancia y por encontrarse satisfechos los estándares probatorios exigidos para dictar una sentencia condenatoria, la Corte casará la providencia recurrida, porque obra prueba que

²⁴ CSJ, SCP, rad. 52710, AP4307-2018; rad. 33844, 04/05/2011.

conduce a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad penal de los procesados.

60. Esta determinación resulta viable, pues al admitir la demanda, la Corte superó los defectos de ésta, precisamente porque del contenido del libelo se logró advertir la existencia de una queja sobre la indebida valoración probatoria; postulación que permitió identificar la necesidad de un pronunciamiento de fondo, en el marco de los fines del recurso, esto es, la habilitación para analizar el asunto con fundamento en la efectividad de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal y la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia demandada.

Requisitos para condenar

61. De conformidad con el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 no se podrá dictar sentencia condenatoria, sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.

62. El punto de partida de insoslayable observancia es entonces reiterar que, a diferencia del grado de conocimiento requerido para imponer medida de aseguramiento -posibilidad-, o del necesario para proferir resolución de acusación -probabilidad-, para emitir un fallo de condena resulta necesario que, a partir de las pruebas obtenidas en las diversas fases de la actuación, pueda

llegarse a la certeza racional, tanto de la real ocurrencia de la conducta punible objeto de reproche, como de la responsabilidad del acusado.

63. Lo anterior significa, como lo ha sostenido la Sala, que:

“...esto equivale tanto como a decir que, dentro de la escala probatoria determinada por nuestro estatuto procesal, de la probabilidad de la responsabilidad del justiciable que es el estado de espíritu en que se halla el juzgador al convocarlo a juicio, se debe pasar en este momento del proceso al más alto grado del conocimiento, el cual supone la eliminación de toda duda racional, deviniendo la seguridad de que los hechos han ocurrido de determinada manera que es lo que, en esencia, constituye la certeza”²⁵.

64. Ese estándar de conocimiento de persuasión racional, requerido para la condena, debe emanar de la prueba legal y oportunamente practicada, siempre valorada en conjunto, en cabal aplicación de la sana crítica.

De la tipicidad de las conductas

65. De conformidad con el artículo 413 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004, incurre en el delito de *prevaricato por acción*:

²⁵ CSJ, Segunda instancia 9621, de 17/05/95; Única Instancia de 13 de junio de 2012, Rad. 35331.

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

66. De la disposición transcrita se desprende que el *prevaricato por acción* exige:

i) Un sujeto activo cualificado, es decir, un delito en el que únicamente puede incurrir aquel que ostenta la calidad de servidor público, en ejercicio de sus correspondientes funciones legales y reglamentarias.

ii) Ese individuo calificado debe adoptar o proferir un pronunciamiento que revista la forma de resolución, dictamen o concepto (decisiones judiciales y actos administrativos).

iii) La decisión u opinión²⁶ emitida se caracteriza por ser manifiestamente contraria a la ley, es decir, una determinación cuya irregularidad es notoriamente visible sin recurso a complejas elucubraciones.

²⁶ CSJ, Sentencia 6 de abril de 2005, Rad. 19761

67. De relevancia para los actuales fines, en el marco trazado, corresponde reiterar que en el caso del *prevaricato por acción* el juicio es de legalidad y no de acierto, analizado en el momento histórico en que fue adoptada la resolución, dictamen o concepto.

68. En ese orden, resulta insuficiente que el pronunciamiento sea formalmente ilegal. Lo realmente desvalorado es la existencia de una manifiesta disparidad entre el acto (motivación; decisión) y una comprensión racional de los textos o enunciados normativos llamados a regular el asunto.

69. Dicho de otro modo, lo argumentado y decidido por el servidor público carece de justificación razonable, pues el acto censurado, en cualquiera de sus manifestaciones resolución, dictamen o concepto, únicamente obedece al capricho y la arbitrariedad del funcionario con lo que desconoce de forma ostensible los lineamientos legales, los precedentes vinculantes o la realidad probatoria, según se trate.

70. En tal sentido, no pueden reputarse como prevaricadoras aquellas decisiones que resultan de la complejidad del tema, la diversidad de posturas hermenéuticas válidas, como situaciones valoradas desde una perspectiva objetiva, empero no a juicio particular e infundado del llamado a emitir una resolución, concepto o dictamen.

71. La contradicción entre la manifestación prevaricadora y el ordenamiento jurídico debe ser evidente, palmaria y fácilmente identificable.

72. Finalmente, la conducta solo admite la modalidad dolosa, por lo que incurre en el tipo penal el servidor público que con conocimiento y voluntad profiere la resolución, concepto o dictamen apartada, de modo incontestable, de la legalidad.

Peculado por apropiación

73. El artículo 397 del Estatuto Punitivo establece:

“Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie 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, incurrirá en prisión (...)

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”

74. Según la disposición citada, el tipo penal *de peculado por apropiación* exige para su estructuración los siguientes elementos:

i) Un sujeto activo calificado que debe ostentar la condición de servidor público.

ii) La apropiación en cabeza del funcionario 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; acción entendida como tomar para sí o para un tercero, según se trate, haciéndose dueño.

iii) La competencia funcional para en su ejercicio administrar, tener, custodiar y, en últimas, disponer material y/o jurídicamente de tales bienes en perjuicio del patrimonio del Estado.

75. La configuración del punible, entonces, tiene lugar cuando se verifican tales elementos en el caso particular.

76. Tal y como lo tiene discernido esta Corporación:

“para la configuración del punible se requiere que el servidor público en ejercicio de sus funciones desarrolle ese acto de apoderamiento a su favor o de un tercero, privando así al Estado de

la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos, los cuales le habían sido confiados a aquél.”²⁷

Caso concreto

77. Definidas las anteriores aristas, la Sala advierte que en el presente asunto fueron acreditados los siguientes elementos típicos y circunstancias fácticas, en relación con los cuales no existe discusión:

i) En febrero de 2005 GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO ostentaba la calidad de servidor público, pues fungía como alcalde encargado de Cúcuta y, como representante legal de la entidad territorial y ordenador del gasto, contrajo la obligación contenida en el acuerdo celebrado el 23 de ese mes y año.

ii) En esa calidad, el entonces burgomaestre suscribió con el abogado ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO el “*acta de conciliación sobre el pago diferido de procesos en vía de ejecución y pago anticipado de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, todo sobre reajustes pensionales de Ley 6ª de 1992*”.

iii) Según ese documento, el mencionado profesional del derecho ostentaba la condición de “*apoderado de pensionados*”.

iv) En razón de lo pactado en ese acto, VILLASMIL QUINTERO obligó a San José de Cúcuta a pagarle a ARAQUE CHIQUILLO “*la suma única de SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA*

²⁷ CSJ, auto 28 de marzo de 2016, Rad. 32645.

Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 84/100 MCTE (\$7.985.856.757,84.), en cuatro cuotas”.

v) El 23 de febrero de 2005, ARAQUE CHIQUILLO no presentó²⁸ ninguno de los 130²⁹ poderes supuestamente otorgados por los demandantes, en los que constara que contaba con las facultades expresas de conciliar, **transigir y recibir**.

vi) Entre marzo de 2005 y octubre de 2007, San José de Cúcuta le entregó a ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO la suma de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189), mediante la realización de siete pagos³⁰, por virtud de la obligación asumida en acuerdo de 23 de febrero de 2005. Se trató de la entrega de dineros públicos, en esa cuantía al abogado.

vii) Recuérdese que el compromiso inicial fue por \$7.985.856.757,84; y que los pagos ascendieron solo a \$5.286.464.189. Como consecuencia del incumplimiento parcial del pacto conciliatorio, el abogado ARAQUE CHIQUILLO, como **único** acreedor y titular de la obligación cancelada de manera parcial, demandó directamente a la entidad territorial y se dio inicio al proceso ejecutivo laboral No. 2005-0254, ante el Juzgado Cuarto Laboral de la mencionada capital.

²⁸ Así lo reconoció incluso en su indagatoria, en la que manifestó que no era necesario presentarlos, en tanto para presentar las siete demandas había allegado los respectivos poderes.

²⁹ Según el “acta de conciliación” eran 130 demandantes en los siete procesos laborales.

³⁰ 1/3/2005 E-033387 \$1.437.454.216.40; 29/3/2005 E-034030 - \$559.009.973 16/2/2007 E-047728 \$2.944.800.000; 16/2/2007 E-047729 \$55.200.000.00; 24/8/2007 E-051531 \$20.000.000.00; 31/8/2007 E-051721 \$70.000.000.00; 4/10/2007 E-052475 \$200.000.000.

viii) El acreedor³¹ de esa obligación, en los precisos términos del “*acta de conciliación*”, así como de la demanda presentada³², era ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO y no los pensionados titulares del derecho al reajuste. En el libelo del proceso 2005-254 no se hizo mención a que los titulares del derecho eran 130 pensionados y que el abogado únicamente actuaba como mandatario.

ix) Para febrero 23 de 2005, fecha en que se suscribió el pacto, de siete demandas laborales presentadas por ARAQUE CHIQUILLO únicamente tres³³ procesos contaban con sentencia ejecutoriada en etapa de ejecución.

x) En los cuatro procesos laborales³⁴ restantes el municipio no había sido procesalmente vencido en juicio. En ausencia de sentencia ejecutoriada, en esos trámites no existía reconocimiento judicial del derecho al reajuste.

xi) El documento signado el 23 de febrero de 2005 por los procesados carece de: relación de titulares del reajuste; identificación de cada reconocimiento judicial o administrativo del incremento pensional; liquidación individualizada de: monto adeudado a cada pensionado; valores debidamente indexados; intereses; costas.

³¹ CO 1, fl 412. Acta de Inspección al proceso laboral 2005-254. “A folios 13-14, con fecha julio 15 de 2005, el juzgado cuarto laboral del circuito, despacho que le correspondió la demanda, resulte (sic) reconocer personería para actuar a nombre propio al Dr. ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO y en consecuencia libra mandamiento de pago a favor del mencionado abogado...”.

³² Co 2, fl 148.

³³ Radicados 2002-213; 2002-231; 2002-210.

³⁴ Radicados 2003-0013; 2003-226, 2003-387; 2003-241.

xii) El “*acta de conciliación*” de febrero 23 de 2005 cuenta con las características propias de un acto administrativo³⁵, en la medida en que implicó una manifestación inequívoca y concreta de la voluntad de la administración, por virtud de la cual se creó una situación jurídica que llevó al entonces alcalde, en ejercicio de sus funciones, a reconocer unas obligaciones dinerarias (\$7.895.856.757.84.) a cargo de la entidad territorial que representaba y, con ese reconocimiento, proceder a su pago (\$5.286.464.189). Es decir que lo decidido por la administración en ese acto produjo innegables efectos jurídicos concretos.

La materialidad del prevaricato por acción

78. El acuerdo (denominado “*acta de conciliación*”) celebrado el 23 de febrero de 2005 materializó caprichosamente la voluntad del representante legal del municipio sobre cómo pagar unas presuntas obligaciones y por qué asumir el pago de posibles deudas; que, en su mayoría eran meras expectativa, ya que estaban condicionadas a una futura declaración y reconocimiento judicial o administrativo.

79. Ese acuerdo que ha sido entendido como una transacción³⁶ es ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico por las razones que a continuación se detallan.

Precisiones necesarias sobre la transacción.

³⁵ Así lo reconocieron las dos instancias en sus decisiones.

³⁶ Así fue comprendido en la resolución de acusación de segunda instancia y en las sentencias proferidas por el juzgado y la Sala Penal del Tribunal.

80. En concreto, la transacción es un acuerdo extrajudicial que permite extinguir las obligaciones.

81. Según el artículo 2469 del Código Civil, se trata de un contrato en que las partes, sin intervención de terceros, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, es decir, un pacto que tiene por finalidad gestionar un conflicto, mediante un acuerdo que vincula a los suscriptores con efectos de cosa juzgada.

82. Además de lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, de tiempo atrás, ha precisado que:

“(...) en razón de esta finalidad primordial, la ley la considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria (Código Civil 1625 y 2469). El artículo 2469 del Código Civil define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Esta definición ha sido tildada de inexacta y deficiente, porque, de 32 Artículo 2º, ibidem. 33 Artículo 2483 del Código Civil. una parte, le asigna a la transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no engendra obligaciones, y porque, de otro lado, no alude al elemento de las concesiones recíprocas de las partes que es característico de este fenómeno y que lo distingue de otras figuras jurídicas afines. En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: PRIMERO, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; SEGUNDO, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; TERCERO, la

*eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas*³⁷.

83. Para los actuales propósitos, según la jurisprudencia especializada, también debe señalarse que no se debe confundir la transacción con fenómenos tales como la renuncia de un derecho, la aceptación de una pretensión, la conciliación, la dación en pago, la remisión de una deuda, entre otros; por lo que su conformación está supeditada a la controversia de derechos y la subsiguiente reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.

84. El tercer elemento al que se hizo referencia (concesiones recíprocas) son de la esencia del negocio jurídico denominado transacción; pues en caso de no estar presentes lo convertirán en mera renuncia o aceptación.

85. No puede hablarse de transacción si una de las partes se limita a renunciar sus derechos y la otra a imponer los suyos.

86. Tratándose de la transacción celebrada por intermedio de mandatario, la Sala de Casación Laboral puntualizó en providencia reciente³⁸:

“tal y como lo ha expuesto la Corte, la transacción es un mecanismo legítimo para preaver o finalizar un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, la cual resulta válida, conforme se dijo en decisión AL3608-2017, cuando: i) exista un litigio

³⁷ CSJ,SCC, diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; cas. junio 6 de 1939, XLVIII, 268; Sentencia de 6 de mayo de 1966, en GJ, t LXV, 634, y XC, 67; Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de feb de 1971; 30 sept. 2011, rad. 2004-00104-01 y AC1814-2017, 23 Mar. 2017, rad. 1999-00301-01; STC14424-2017; STC1821-2020.

³⁸ SL5032- 2020, Rad. 78333.

*pendiente o eventual (artículo 2469 CC), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (artículo 15 CST), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y **si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual** y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas”. (Se destaca)*

87. Así las cosas, por definición, la transacción requiere que los derechos sean susceptibles de libre disposición por las partes, es decir que resulten renunciables, razón por la cual, tratándose del derecho a la pensión de vejez y los reajustes, debe especificarse qué es lo que se va a transigir, cuál el fundamento normativo para renunciar a esas prerrogativas reconocidas por ley y vinculadas al carácter irrenunciable³⁹ de los beneficios laborales mínimos y del derecho a la seguridad social.

88. En este trámite se debatió con intensidad si los ciudadanos, aparentemente representados por el abogado ARAQUE CHIQUILLO, tenían derecho al reajuste pensional.

89. A pesar de ser un cargo medular en la acusación, la Sala no puede afirmar que la transacción versó sobre un objeto ilícito, por ese específico motivo. Lo anterior, por dos razones básicas.

90. El grado de indeterminación del documento de 23 de febrero de 2005 impide establecer con certeza qué fue lo que “*transigieron los pensionados*”, dado que al indicar como monto global adeudado, la suma de *siete mil novecientos ochenta y cinco*

³⁹ Corte Constitucional, T -138 de 2010.

millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con 84/100 mcte (\$7.985.856.757,84.), no se discriminó qué conceptos y valores integraban dicha suma, es decir, cuánto correspondía al reajuste, a la indemnización, a los interés o a las costas; en últimas si el acuerdo recayó en capital y en qué porcentaje sobre derechos ciertos e indiscutibles; como tampoco, es posible establecer, en concreto, cuál habría sido o sería el beneficio para el municipio de Cúcuta.

91. No se trató de un “*laxus (sic) en el proceso técnico de configuración del documento*”⁴⁰, como lo quiso hacer ver ARAQUE CHIQUILLO en su indagatoria, pues más allá de la denominación del acuerdo, lo cierto es que aún hoy no se sabe cuál fue el objeto exacto de la supuesta transacción, cuáles fueron las concesiones de los pensionados y la ganancia para la entidad territorial.

92. Adicionalmente, la procedencia del reajuste pensional ordenado por la Ley 6 de 1992, para pensionados del orden nacional y territorial, es un asunto no pacífico⁴¹, complejo y especializado, que ha generado la existencia de interpretaciones judiciales diversas⁴², por lo que haber tomado una posición sobre la procedencia del incremento de la mesada exigía una fundamentación argumentativa razonable, que excluyera el actuar caprichoso del funcionario y el carácter de visiblemente contrario a derecho de su decisión en la materia.

⁴⁰ CO 1, fl 546.

⁴¹ La Sala de Casación Laboral de esta Corporación y el Consejo de Estado tienen criterios divergentes en la materia.

⁴² Corte Constitucional, sentencias T-1082/06; T-030/11; C-531/95; C-893/01;

93. Aclarado lo anterior, el optar por una interpretación válida y fundada no es motivo de reproche, ni sería ese el fundamento de la manifiesta ilegalidad de lo decidido el 23 de febrero de 2005, como se procede a dejar establecido.

94. La transacción es un mecanismo de terminación de controversias al que las entidades públicas pueden acudir, siempre con el pleno respeto de las formas y requisitos que la ley establece para el efecto.

95. Ciertamente, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil aplicable (Decreto 1400 de 1970) disponía que:

“Transacción por entidades públicas. Los representantes de la nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde, según fuere el caso.

Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza”.

96. Debe aclararse que la transacción por parte de entidades públicas, al comprometer recursos estatales, debe respetar el principio de legalidad, así como los postulados de la función administrativa (209 superior), toda vez que no se trata de una negociación en la que las partes puedan disponer de cualquier modo y a su arbitrio de los derechos en litigio.

97. Así lo ha entendido el Consejo de Estado al reconocer que:

“(...) además de cumplir los requisitos generales de todo negocio jurídico (art. 1502 C.C.) y los presupuestos de validez (consentimiento exento de vicios, no contrariar las normas imperativas o de orden público, capacidad, objeto y causa lícitos –arts. 2476 a 2479 C.C.–), tal contrato debe constar por escrito, lo que implica que no es consensual, como sucede en materia civil. Adicionalmente, el contrato de transacción debe estar debidamente suscrito por el representante legal de la entidad, quien tiene la competencia para vincularla contractualmente.

La definición contenida en el artículo 2469 del Código Civil, le otorga a la transacción el carácter de negocio jurídico extrajudicial, es decir, de acto dispositivo de intereses con efectos jurídicos sustanciales y, de existir un conflicto pendiente entre las partes que lo celebran, con efectos procesales de terminación del respectivo litigio. En efecto, en virtud de la transacción, como negocio jurídico, las partes (que no hayan sometido sus diferencias a los jueces o que estén pendientes de decisión judicial), podrán preaver el litigio o terminarlo, siempre y cuando se observen concesiones recíprocas por ambas partes”⁴³.

98. Con ese entendimiento, lo celebrado el 23 de febrero de 2005 podría configurar un contrato de transacción en el que se deriva el consentimiento, por parte de la entidad pública demandada de reconocer el reajuste pensional establecido en la Ley 6 de 1992 y, por otra parte, de algunos pensionados del municipio de Cúcuta, de terminar extrajudicialmente el litigio que adelantan en varios juzgados laborales, pues está firmado por el alcalde, como representante legal de la entidad y única persona con poder dispositivo sobre los bienes de la misma.

⁴³ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, sección tercera, 27 de Junio de 2012, Sentencia n° 76001-23-31-000-2011-01106-01.

99. Ahora, para la Sala es claro que, un contrato de transacción, en los términos jurídicos detallados, debería en principio ser fuente de obligaciones y derechos para las partes, empero esa situación no se verifica en el presente asunto por los evidentes y relevantes reparos sobre la legalidad del acto en cuestión.

Comité de Conciliación y Defensa Judicial

100. El artículo 65B de la Ley 23 de 1991⁴⁴ dispone lo siguiente:

“Artículo 65B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen. Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad”.

101. El Gobierno Nacional consciente de la necesidad de que un órgano especializado, dentro de los entes públicos de todos los órdenes, coordine estrategias encaminadas a orientar la correspondiente asunción de responsabilidades por daños imputables a actuaciones de la administración; así como de la importancia de un comité para la protección de los intereses públicos, reglamentó esa instancia de control de la gestión de las

⁴⁴ Adicionado por el artículo 75 de la Ley 446 de 1998.

entidades, a través del Decreto 1214 de 2000⁴⁵ (por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones), norma de obligatorio cumplimiento y observancia para todas las entidades territoriales.

102. De conformidad con la referida disposición, ya para febrero de 2005, se tenía que:

i) El Decreto 1214 era de obligatorio cumplimiento para las Entidades y Organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los **municipios capital de departamento** y los entes descentralizados de estos mismos niveles.

ii) El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como **sede de estudio, análisis y formulación** de políticas sobre prevención del daño antijurídico y **defensa de los intereses de la entidad**, a la que **le corresponde decidir en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes.**

iii) En el caso de capitales departamentales debe integrarse por el alcalde o su delegado; el ordenador del gasto, o quien haga sus veces; el jefe de la oficina jurídica o de la dependencia que tenga a su cargo la defensa de los intereses litigiosos de la entidad; dos

⁴⁵ Vigente para la fecha de suscribió el acuerdo, pero derogada por el decreto 1716 de 2009 que a su vez reiteró la importancia y funciones del comité.

funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica del ente.

iv) Ese órgano tiene entre otras funciones las de fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la **transacción** y la conciliación, así como **determinar la procedencia o improcedencia** de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.

v) Las **decisiones adoptadas por el Comité de Conciliación son de obligatorio cumplimiento** por parte de los apoderados de cada entidad.

vi) De sus sesiones y decisiones se levantarán actas.

103. Al analizar la legalidad del Decreto 1214 de 2000, el Consejo de Estado⁴⁶ consideró:

i. *“(..)* según lo dispone el artículo 3º del Decreto 1214 de 2000 del citado comité hacen parte integrante el jefe de la respectiva entidad oficial con voz y voto, así como el ordenador del gasto, el jefe de la oficina jurídica y dos funcionarios de dirección o de confianza, conformación que **garantiza que los intereses patrimoniales del Estado sean protegidos en la medida de lo posible, pues es indudable que la adopción de mecanismos alternativos de**

⁴⁶ Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, 21 de noviembre de 2003, rad. 11001-03-24-000-2003-00029-01(8628).

solución de conflictos, tales como la transacción y la conciliación, requieren de un análisis serio, máxime cuando por el elevado número que de los mismos tienen las entidades oficiales, bien sea en etapa judicial o extrajudicial, es imposible atenderlos de manera única y exclusiva por el representante legal". (Se destaca).

104. Con similar orientación, en pronunciamiento más reciente y de relevancia para el presente asunto, el mencionado Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó:

“La litigiosidad a la que se han visto abocadas las entidades públicas ha sido una constante preocupación del Estado, por ello, la Ley 446 de 1998 - artículo 75 -, el legislador estableció la obligación de las entidades públicas de conformar los comités de conciliación tanto en el orden nacional como territorial y descentralizado, norma que fue reglamentada por el Decreto 1214 de 2000 y posteriormente por el Decreto 1716 de 2009, compilado por el Decreto único 1069 de 2015.

*Los comités de conciliación son una instancia administrativa de decisión cuyo objetivo es el estudio, análisis y formulación sobre las políticas de las entidades para la prevención del daño... igualmente **tiene a su cargo, la decisión de la entidad “sobre la procedencia de la conciliación o de cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos”, con el fin de evitar lesiones al patrimonio público***

...

la Sala resalta que los asuntos que se ponen a conocimiento de esta instancia administrativa, constituye el camino idóneo para que la administración resuelva los litigios dentro de las políticas creadas para ello, sino además identificar las fallas de la función administrativa de cada entidad pública, y de esta forma poder crear acciones de prevención o correctivas con el fin de dar cumplimiento al principio de eficacia y eficiencia de la administración.

*Asimismo, reitera que **entre las obligaciones del Comité de Conciliación, se encuentra la adopción de las decisiones respecto a la procedencia de cualquier medio alternativo de solución de conflictos**, según lo establece el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del decreto 1069 de 2015 y **por tanto, no puede restringirse su competencia únicamente a la conciliación sino respecto a todos los mecanismos de solución de conflictos y de terminación anticipada del proceso, cualquiera sea su modalidad, lo que incluye, entre otros, la transacción**, la aprobación de la oferta de revocatoria directa de los actos administrativos que se hayan demandado ante la jurisdicción, la mediación de conflictos entre entidades públicas del orden nacional, o el pacto de cumplimiento en acciones populares.*

*Ahora bien, en el marco de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, **el Comité de Conciliación debe definir, como se indicó anteriormente, los límites en el cual el representante legal o apoderado de la entidad asumir obligaciones y comprometer recursos económicos, puesto que es esta instancia administrativa la encargada de velar por los intereses de la entidad y respetar los lineamientos para la defensa jurídica y prevención del daño antijurídico de la misma***⁴⁷. (Se destaca).

105. En ese contexto normativo y jurisprudencial se establece que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de las capitales departamentales es una instancia administrativa que, conformada de manera plural por expertos, debe ser imperativamente consultada; tiene un rol activo y determinante; y debe intervenir antes de que la entidad territorial llegue a asumir compromisos económicos vía transacción, toda vez que su decisión es vinculante, motivada y fundada en la preservación del patrimonio público.

⁴⁷ Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo sección primera, 11 de octubre de 2018, radicación número: 17001-23-33-000-2016-00440-01(AP)

106. Para la Sala no admite duda que el Comité de Conciliación es el órgano competente para establecer, caso por caso, a partir de un análisis específico de los argumentos de las demandas, pruebas en los procesos y alcance de las pretensiones, la procedencia o no de acudir a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, llámese conciliación o transacción; pero, además, para definir los lineamientos según los cuales el representante legal puede comprometer a la entidad.

107. Esa realidad deontológica y normativa excluye por definición que los burgomaestres puedan celebrar una conciliación o realizar una transacción, sin intervención y visto bueno previo emitido por el Comité de Conciliación del municipio, pues la disposición del patrimonio público debe ser el resultado de un acucioso estudio y una debida ponderación de la necesidad y conveniencia de dar por finalizado un proceso judicial de manera anticipada y amigable, como medida que supone la identificación anterior y concreta de cuál es el beneficio para la entidad territorial.

108. Por lo anterior, tal y como ya se anunció, lo relevante en el asunto que concita la atención de la Sala no es la denominación del acuerdo, ni su naturaleza jurídica en estricto sentido, sino la burda infracción de la legalidad al comprometer cuantiosos recursos del municipio **sin**:

i) Aprobación del Comité de Conciliación.

ii) Especificación de las concesiones recíprocas.

iii) Facultad expresa para transigir por parte del apoderado de los titulares del derecho.

iv) Reconocimiento judicial o administrativo del derecho al reajuste y su cuantía para cada pensionado.

109. En esta actuación se demostró que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Cúcuta no fue convocado, ni reunido de manera previa a la celebración del acuerdo de febrero 23 de 2005, es decir que no emitió ningún concepto sobre la viabilidad y conveniencia de dicho pacto.

110. Es más, con manifiesto desconocimiento del marco normativo aplicable, la defensa de VILLASMIL QUINTERO argumentó que *“el acuerdo NO FUE UNA CONCILIACIÓN SINO UNA TRANSACCIÓN. Por lo tanto, si de una transacción se trataba poco interesaría el hecho de haberse citado o no al comité de conciliación de la entidad territorial”*⁴⁸.

111. Defensa y procesados reconocieron que tal instancia no fue consultada y, por si fuera poco, sostuvieron que *“no era necesario”* contar con ese visto bueno, a pesar del contenido inequívoco de las disposiciones legales aplicables en la materia.

⁴⁸ Archivo 06 Original6, 467/610.

112. Es decir que los acusados sabían de su existencia y funciones, mas decidieron resolver el asunto a su acomodo y sin intervención del órgano de preservación del patrimonio público.

113. El no haber consultado al Comité y haber transigido sin su visto bueno es una postura grave que carece de fundamento normativo y contraría, de manera evidente, la normatividad atrás mencionada que, establece que, para febrero de 2005, la celebración de un acuerdo para terminar un proceso judicial debía contar con el concepto previo y vinculante del referido órgano.

114. Los procesados sabían que la capital del departamento no podía realizar acuerdos de pago, conciliaciones y transacciones de manera directa, sin contar con la aquiescencia del Comité de Conciliación creado por el artículo 65B de la Ley 23 de 1991; instancia que, en este caso, imperativamente debió revisar el estado de los procesos laborales, el contenido de las sentencias y las demandas, la situación de cada uno de los 130 pensionados y, de ese modo, determinar la existencia de un derecho y correlativa obligación de pago con la correspondiente liquidación de lo adeudado.

115. Sin embargo, con total menosprecio de la legalidad, VILLASMIL QUINTERO y ARAQUE CHIQUILLO procedieron a celebrar un acuerdo, por casi ocho mil millones, caracterizado por las protuberantes irregularidades en su celebración, contenido, fuentes y alcance.

116. Causa extrañeza que no haya sido objeto de análisis y pronunciamiento, por parte de las instancias, la irregularidad

mayúscula que representó no acudir al Comité, ni contar con su visto bueno previo a la celebración del acuerdo de 23 de febrero de 2005.

117. Sin explicación alguna, el fallo confutado no analizó ese específico y ostensible reproche de la acusación, a pesar de que acreditaba, de manera objetiva, la flagrante inexcusable trasgresión a la legalidad.

118. Tratándose de uno de los cargos medulares de la acusación y debidamente acreditada la obligación legal de acudir a dicho Comité, necesario refulge que la conclusión del Juzgado y el Tribunal, en cuanto a la atipicidad objetiva de la conducta, ha sido desvirtuada; pues, se itera, sin razones atendibles los procesados no consultaron esa instancia, a pesar de ser un claro requisito normativo que tenía que ser observado.

119. Al revisar el documento signado el 23 de febrero de 2005, efectivamente se advierte que el Comité no fue consultado, ni avaló la transacción; no se identificaron los pensionados beneficiarios del reajuste pensional, no se exhibieron los 130 poderes con facultad para transigir y recibir; no se mencionaron las resoluciones administrativas o las decisiones judiciales que reconocían tanto el status de pensionados, como el derecho al reajuste; tampoco las liquidaciones individuales, ni cómo se llegó a la obligación de pagar *siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con 84/100 mcte* (\$7.985.856.757,84.); aspectos todos que, en los términos de la Ley 446 de 1998 y el del Decreto 1214 de 2000, debieron ser objeto de análisis y pronunciamiento por dicha

instancia administrativa antes de comprometer los recursos del municipio.

120. De ese modo y con la anunciada certeza probatoria de la no intervención del Comité, antes de celebrar el pacto, se concluye que los juzgadores de instancia incurrieron en una evidente equivocación, en la medida en que avalaron la legalidad del acuerdo, a pesar de encontrarse suficientemente acreditado que el entonces servidor público VILLASMIL QUINTERO, titular de la obligación legal de acudir al Comité de Conciliación del municipio, no lo hizo.

121. Ignorar ese hecho, como lo hizo el fallo demandado, configura un defecto trascendente que da lugar a variar su sentido, pues la intervención de dicho órgano era obligatoria y ninguna norma habilitaba al entonces alcalde encargado a comprometer los dineros del ente territorial sin el visto bueno y expreso de dicho cuerpo colegiado.

122. Fue correcta, entonces, la acusación en contra de VILLASMIL QUINTERO, a título de autor de *prevaricato por acción*, al haber dispuesto arbitraria y caprichosamente de los dineros del municipio, en más de siete mil millones, sin contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación.

123. Con ese proceder desconoció, de manera ostensible la legalidad.

Las facultades de transigir y recibir

124. En los términos del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), aplicable al tiempo de los hechos:

*“El poder para litigar se entiende conferido **para los siguientes efectos:** Solicitar medidas cautelares y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquélla.*

El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan.

El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvencción y la intervención de terceros.

*El apoderado **no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho en litigio ni reservados exclusivamente por la ley a la parte misma; tampoco recibir, salvo que el demandante lo haya autorizado de manera expresa**”.* (Se destaca).

125. Normativamente es inobjetable que las facultades para conciliar, transigir y recibir deben ser conferidas expresamente por el mandante; y cuando son varios, por cada uno de ellos.

126. Así lo reconoció, en un primer momento el mismo *a quo*⁴⁹.

⁴⁹ Sentencia, fl 24. “La manifestación de voluntad debe provenir de una persona capaz o de su representante (artículos 1502 y 2469 del Código Civil y sentencias T-662 de 2012 y T-320 de 2012 de la Corte Constitucional). En casos de transacciones con apoderados judiciales, “todo mandatario

127. Dicho eso, en el marco establecido en la resolución de acusación, uno de los principales problemas jurídicos y probatorios que debía ser examinado por las instancias era la existencia de esa precisa capacidad del abogado ARAQUE CHIQUILLO de conciliar, **transigir y recibir, para el 23 de febrero de 2005**, los derechos de 130 pensionados.

128. El debate esencial no se centraba, como lo entendieron las instancias, en si ese profesional del derecho contó o no con poderes, tanto para entablar unas demandas laborales en los años 2002 y 2003, y para adelantar las actividades que permitieran el buen desarrollo de las actuaciones procesales.

129. Esa trascendental distinción destaca el rigor lógico en el ejercicio inferencial que han debido tener las instancias, para dar por probada "*la existencia de los poderes*".

130. Si los juzgados laborales admitieron las demandas presentadas por ARAQUE CHIQUILLO; si en tres de esos siete procesos se emitió sentencia contra el municipio, ciertamente resultaba viable inferir que los específicos demandantes en su momento, otorgaron poder al abogado para adelantar los trámites del proceso laboral.

necesita de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir." (Art. 2471 del Código Civil)."

131. Sin embargo, en los términos de la resolución de acusación, aquella no era la discusión probatoria o jurídica; y tampoco fue el motivo para la imputación a los implicados

132. El reproche concreto de la Fiscalía radicó en la falta de acreditación y/o existencia de poderes con facultades para conciliar, **transigir y recibir el 23 de febrero de 2005**, y no la falta de acreditación y/o existencia de poderes para presentar las demandas laborales en 2002 y 2003.

133. Los procesados se abstuvieron de comprobar (capacidad y poderes ARAQUE CHIQUILLO; VILLASMIL QUINTERO exigir y verificarlos) que quien se presentaba como mandatario, **en el acuerdo de 23 de febrero de 2005, contaba expresamente con las facultades de conciliar, transigir y recibir por parte de los ciento treinta pensionados**, en tanto normativamente esas tres facultades debían ser autorizadas inequívocamente por los titulares del presunto derecho reclamado.

134. Dado que el derecho sustancial debatido era de los pensionados, ellos eran los únicos que podían disponer de éste; de ahí que, era imprescindible que los extrabajadores expresamente insistieran con esas facultades a su apoderado.

135. No obstante, para celebrar una transacción, VILLASMIL QUINTERO debía hacerlo con los titulares del reajuste o con quien acreditara, de manera fehaciente, que los representaba y tenía expresas facultades para tal finalidad.

136. A pesar de tratarse de la capacidad para transigir, el exalcalde no verificó la existencia cierta de cada uno de los mandatos en tal sentido; lo que traduce menosprecio por el ordenamiento jurídico pues celebró la transacción con un profesional del derecho que no demostró los términos de los poderes supuestamente conferidos y se le otorgó al abogado la calidad de único acreedor del municipio; sin verificar, siquiera, quienes de los ex trabajadores habían alcanzado ya el estatus de pensionado.

137. No bastaba con indicar, en el documento de 23 de febrero de 2005, que ARAQUE CHIQUILLO actuaba “*en calidad de apoderado de los pensionados, debidamente facultado para conciliar y recibir*”; pues, precisamente, ese fue el medio empleado por los procesados para eludir la inexistencia de poderes conferidos expresamente para tales fines.

138. En los términos expuestos, normativamente carece de cualquier asidero la exculpación presentada por ARAQUE CHIQUILLO (abogado) en punto a que, “*posterior a la fecha de ejecutoria de cada una de las sentencias, la ley me facultaba para iniciar el proceso ejecutivo impropio sin necesidad de nuevo poder, **es de concluir de donde se puede lo más se puede lo menos, es decir si en gracia de discusión no existieran nuevos poderes, a esta negociación yo llegaría facultado por extensión mediante los poderes que inicialmente presenté con las demandas***”⁵⁰. (Se destaca).

⁵⁰ CO 1, fl 216.

139. Acorde con lo expuesto, desde una perspectiva legal, esa explicación es infundada.

140. Además, valorada a la luz de lo consignado en el documento de 23 de febrero de 2005, es lo único que permite explicar por qué nunca aparecieron los poderes para la transacción; es decir, la razón por la cual se hizo constar en ese escrito que el abogado actuaba como “*apoderado de pensionados*” y estaba “*debidamente facultado para conciliar y recibir*”, radicaba en que había presentado las demandas en 2002 y 2003, mas no en que estuviera facultado para transigir en 2005.

141. Los poderes para transigir, conciliar y recibir en febrero de 2005, no fueron conferidos; como que ningún motivo razonable se adujo durante la investigación y el juzgamiento, para que los interesados no los hubieran aportado.

142. La citada referencia en el acuerdo celebrado fue el método inverosímil de fingir una calidad y unas facultades con las que no contaba el abogado; que condicionaba la procedencia del acuerdo y que, por ende, el alcalde de Cúcuta, ordenador del gasto, estaba obligado a corroborar.

143. Al llegar a esa conclusión, para la Sala adquiere la mayor relevancia lo manifestado por Víctor Julio Montañez Villamizar, profesional universitario de la oficina jurídica del municipio, quien al atender la inspección judicial⁵¹ “*con relación a los respectivos poderes indicó que los poderes que otorgaron los pensionados a los abogados Iván Araque Chiquillo y Rodolfo*

⁵¹ CO 1, fl 292, 24 de marzo de 2009.

Gutiérrez fueron para presentar las demandas ordinarias ante los juzgados laborales y reposan en cada expediente de los relacionados en el acta de acuerdo de pago". (Se destaca).

144. Esa afirmación, aunada a la inexistencia de los poderes para transigir, incluso en los archivos de la entidad, desmiente lo aseverado en indagatoria por ARAQUE CHIQUILLO, quien manifestó que hizo *"llegar a la oficina jurídica de la Alcaldía los 127 poderes especiales para llegar a un acuerdo con el municipio, lamentablemente las copias de los poderes o del oficio con el cual deposité esos poderes en la oficina jurídica se me extravió"*.

145. En ninguna dependencia, archivo público o privado se acreditó la existencia de esos mandatos.

146. Tratándose del contrato de mandato y de la transacción de derechos no existe el poder o facultad por extensión.

147. Como se dejó claramente establecido en precedencia, la posibilidad de conciliar y transigir derechos ajenos debe estar mediada por una autorización expresa del titular del derecho en tal sentido, igual que para recibir.

148. La argumentación del profesional del derecho implicado va mucho más allá de una simple ligereza interpretativa, pues, en la relación de medio a fin del *prevaricato por acción* y del *peculado por apropiación a favor de terceros*, se trata de una demostración inequívoca de la intención de apoderarse y lucrarse con recursos

públicos, a partir de la apariencia de legalidad de un acuerdo de voluntades y de la supuesta existencia de poderes.

149. Tampoco puede pasar desapercibido que los procesados en sus injuradas refirieron la existencia de tres apoderados de los pensionados, la realización de reuniones en presencia de tales y la celebración de sendos acuerdos de pago.

150. Esas referencias explicarían por qué en el documento de 23 de febrero de 2005, se alude “*a los apoderados de los diferentes procesos*”, empero sin identificar nombres, procesos, ni pensionados representados, ni por supuesto, la especificación de los alcances y limitaciones de cada uno de los supuestos poderes otorgados.

151. Probatoriamente se pudo establecer que la entidad territorial también le canceló⁵² significativas sumas a los abogados Eligio Ramón Melo Rolón⁵³ y Jesús Alfonso Gélvez Rincón⁵⁴, empero legalmente no se acreditó por qué ARAQUE CHIQUILLO adquirió la calidad de único acreedor del municipio, ni los términos de esos otros dos acuerdos.

152. En su diligencia de indagatoria, al ser interrogado sobre la existencia de los poderes y la verificación por parte de la administración municipal de las facultades expresamente otorgadas al abogado ARAQUE CHIQUILLO, el ex alcalde VILLASMIL QUINTERO precisó⁵⁵:

⁵² CO 2, fl 176.

⁵³ CO 2, fl 176, \$ 1.491.735.191.

⁵⁴ CO 2, fl 176, \$ 3.215.087.500.

⁵⁵ Archivo 01 Original1, 524/582.

“siempre asistían en representación de los pensionados los Dres. ARAQUE CHIQUILLO, ALFONSO GELVEZA Y RAMON ELIGIO (sic) en ningún momento verifiqué si tenían o no poderes para representarlos ya que por ser **hechos notorios** y esa era función del asesor jurídico del municipio, **presumo** que los abogados eran los representantes de los pensionados”. (Se destaca).

153. Una vez más, tal situación fue trivializada por el *ad quem*, a pesar de su relevancia jurídico penal y de su incidencia en el sentido de la decisión judicial.

154. Las facultades para conciliar y transigir no son hechos notorios, ni pueden ser presumidas, sin más.

155. Por el contrario, deben ser expresamente conferidas por el mandante, tal y como lo disponen los artículos 70 del Código de Procedimiento Civil aplicable, y el 2471 del Código Civil.

156. Es más, la norma imperativa y sustancial es inequívoca cuando dispone: “**Todo** mandatario necesita de **poder especial para transigir**. En este poder **se especificarán** los bienes, **derechos** y acciones sobre **que se quiera transigir**”. (Se destaca).

157. En esos términos, la manifiesta ilegalidad del acuerdo de febrero 23 de 2003 también se deriva de la inexistencia de poderes especiales para transigir, de la ausencia de mandato particular en que se especificara, en cada uno de los 130 casos, cuál era el derecho sobre el que iba a recaer el acuerdo.

158. Si el exalcalde municipal VILLASMIL QUINTERO, deseaba dirimir el litigio y entregar recursos de los titulares del derecho al abogado de estos, se encontraba en la insoslayable obligación de corroborar que, a ese profesional, cada pensionado le había otorgado poder tanto para transigir, como para recibir. Empero, jamás podía suponer la existencia de tales potestades, si su verdadero interés era la prevalencia de la legalidad y la integridad del patrimonio estatal.

159. Con esa misma lógica, si ARAQUE CHIQUILLO (abogado) pretendía transigir y recibir, los montos correspondientes al reajuste pensional de ciento treinta pensionados, se encontraba en la obligación de acreditar que cada uno de esos adultos mayores le había otorgado un mandato con esas específicas facultades.

160. Ninguna de las dos situaciones se verificó en este asunto.

161. Esta conclusión es relevante para afirmar la configuración del *prevaricato por acción* y de su relación medial en la actualización del *peculado por apropiación a favor de terceros*.

162. Sin reiterar lo ya afirmado en materia de transacción, desde la óptica de la (in)existencia de poder especial, llama poderosamente la atención de la Corte la ligereza probatoria con la que se mutó la naturaleza del acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 de “conciliación” a “transacción” y dicha modificación fue extendida, sin análisis alguno, ni rigurosidad mínima, al tema del mandato y las facultades del profesional del derecho que intervino en ese acto.

163. El 23 de febrero de 2005, los procesados suscribieron un “*acta de conciliación*” y, en ese documento, dejaron expresa constancia de que ARAQUE CHIQUILLO:

i) Obraba en calidad de apoderado de los pensionados y

ii) Se encontraba “*debidamente facultado para **conciliar** y recibir*”.

164. No obstante, nunca fueron allegados a ese acto consensual, ni a esta actuación los 130 mandatos que acreditaban tanto esa condición, como la concesión expresa de esas facultades.

165. En los precisos términos del acuerdo de 23 de febrero de 2005, observa la Corte que en ningún acápite se hizo referencia a que ARAQUE CHIQUILLO tuviera la facultad de **transigir**.

166. No se trata de un asunto menor, pues mientras la capacidad de conciliar del mandatario supone un ejercicio con intervención de un tercero habilitado por la ley, la facultad de transigir prescinde de ese “mediador” y habilita a las partes a terminar el litigio directamente.

167. Hasta aproximadamente el 30 de abril de 2015, fecha de la resolución de acusación de primera instancia, para efectos del proceso penal, lo acordado el 23 de febrero de 2005 fue una

conciliación, razón por la cual buena parte del reproche se edificó en la inobservancia de los mandatos de la Ley 640 de 2001.

168. Desde el 25 de septiembre de 2015, fecha de la providencia que resolvió el recurso de apelación de la resolución acusatoria, hasta la presentación de la demanda de casación, precisamente por la argumentación presentada por la defensa en tal sentido, Fiscalía e instancias concluyeron que el pacto celebrado, desde una óptica sustancial y con independencia de la denominación asignada, era una “transacción”, motivo por el cual las exigencias en materia de “conciliación” no resultaban vinculantes.

169. En la resolución del fiscal *ad quem* se reiteró el reproche relativo a la falta de acreditación tanto del otorgamiento de poderes, como de facultades especiales.

170. Si bien es cierto, la *conciliación* y la *transacción* son mecanismos diferentes de solución de controversias, pues ésta es contractual y requiere únicamente la voluntad de quienes concurren a ese acto, mientras que aquella exige la aprobación de un tercero, los dos institutos comparten, entre otras, las siguientes características predicables en materia pensional:

- i) No se puede conciliar o transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles del trabajador o pensionado;
- ii) Hacen tránsito a cosa juzgada.

iii) Para su validez y eficacia están sujetos al cumplimiento de los requisitos que, de manera general, exige el artículo 1502 del Código Civil, esto es, la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

iv) Las partes deben tener la capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de conciliación o transacción, o de ser el caso, tener la legitimidad y facultad para disponer sobre los intereses a conciliar o transigir; es decir, ostentar la representación para disponer de ellos, con fundamento en algún título de carácter jurídico (mandato).

171. Establecido lo anterior, en el marco de las consideraciones que anteceden, la Sala advierte que el título otorgado al documento (conciliación) o la naturaleza atribuida por la defensa y reconocida por las instancias (transacción) carece de la entidad y relevancia que se le ha conferido, en la medida en que, esos dos mecanismos reglados de solución de controversias, comparten unos atributos legales comunes que debían ser observados por los procesados.

172. La acusación fáctica y jurídica que realizó la Fiscalía General de la Nación, en contra de VILLASMIL QUINTERO por el delito de *prevaricato por acción*, hace referencia, precisamente, a los requisitos legales básicos y **transversales** de ambas figuras; la primera y más importante de ellas la necesidad inexcusable de contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del municipio para celebrar cualquier acuerdo que implicara erogaciones a cargo de la entidad territorial, tal y como fue debidamente explicitado.

173. La segunda acreditar la capacidad (titular del derecho o poder especial) para celebrar el acuerdo y finalizar la disputa entre partes.

174. Delimitado ese contexto, incluso al asumir en gracia de discusión que ARAQUE CHIQUILLO hubiese contado con los 130 poderes, la Sala advierte que, supuestamente, según el texto del acta de 23 de febrero de 2005, sólo estaba “*debidamente facultado para conciliar y recibir*”⁵⁶, empero nunca acreditó, ni tampoco se consignó que contara con la facultad de **transigir**.

175. Y es que el “cambio” de la naturaleza jurídica del acuerdo de 23 de febrero de 2005, de conciliación a transacción, no podía comportar que los mandatos supuestamente a él conferidos (cuya existencia y contenido real, en cualquier caso, jamás se acreditó) para conciliar y recibir, también contenían automáticamente la facultad de celebrar una transacción o que los mandatos “mutaron” para comprender y especificar el derecho que sería objeto de la misma.

176. Si jurídicamente resultara válido que lo sustancial del acuerdo prime sobre la denominación otorgada, las facultades del mandato no dependen del título del acuerdo, ni de la esencia de este, sino única y exclusivamente del contenido del documento en el que se especifican las facultades del mandatario.

⁵⁶ Texto de acuerdo de 23 de febrero de 2005, fl 1.

177. Por esa elemental razón, un poder para conciliar y recibir, cuya existencia nunca se demostró, se itera, no conlleva automáticamente la capacidad de transigir.

178. Así las cosas, el entonces alcalde VILLASMIL QUINTERO, debía corroborar la capacidad para transigir del abogado ARAQUE CHIQUILLO, misma que estaba supeditada a la efectiva demostración del mandato para suscribir una transacción; lo que nunca se evidenció, en los términos tanto del texto mismo del acuerdo de 23 de febrero de 2005, como de la inexistencia de 130 poderes, sobre cuyo contenido y facultades conferidas expresamente no podían especular los jueces de instancia; mucho menos cuando se encontraba de por medio la disposición de cuantiosos recursos públicos.

179. La primera instancia, en un razonamiento acogido y avalado integralmente por el *ad quem*, con fundamento en influencias indiciarias concluyó que se encontraba “*plenamente demostrada la existencia de los poderes*”.

180. Esa construcción inferencial se evidencia desacertada, por cuanto al definir los hechos indicadores, el *a quo* desconoció el acervo probatorio, con lo que incurrió en trascendentes errores de hecho, tal y como se procede a detallar.

181. En punto del primer hecho indicador argumentó lo siguiente:

“*Primer hecho indicador: Ante el posterior incumplimiento del acuerdo por parte del Municipio del Acta de fecha 23 de febrero de 2005, se inició un proceso laboral*

ejecutivo que le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, bajo el radicado No. 254/05 donde se observa la presencia de sendos poderes extendidos por los pensionados del municipio de San José de Cúcuta que demandaron en su oportunidad, el reajuste pensional contenido en la Ley 6 de 1992. Prueba del hecho indicador: Cuaderno Anexo No 1 de la Fiscalía en donde aparece el proceso 254 de 2005. Inferencia lógica: Si el procesado IVÁN ARAQUE CHIQUILLO hubiese realizado la transacción aquí discutida sin la existencia de poderes para actuar, claramente los pensionados molestos con dicha actuación irregular lo hubieran denunciado disciplinariamente o, por lo menos, habrían prescindido de sus servicios profesionales. Sin embargo, todos ellos otorgaron nuevamente poder para que defendiera sus intereses en el proceso 254 de 2005, pudiéndose inferir a partir de tal circunstancia que cada pensionado tuvo que haber otorgado también los mismos poderes para al momento de realizar la transacción porque si no fuera así, carecería de explicación lógica la actuación posterior que fuera realizada por los ex trabajadores del municipio de Cúcuta”. (Se destaca).

182. De conformidad con lo acreditado en el proceso, la demanda ejecutiva que correspondió al Juzgado Cuarto Laboral de Cúcuta (radicado 254 de 2005) fue presentada **directamente** por ARAQUE CHIQUILLO, como **único acreedor** del municipio, **sin presentación de poderes, ni mención a que actuaba como apoderado** de 130 pensionados, como reales titulares de los derechos.

183. La conducta posterior de los pensionados pudo o no ser la de molestia, posibilidad que no es más que una simple e intrascendente especulación.

184. Y la “ratificación” de poderes afianza la conclusión según la cual para febrero de 2005 no existían mandatos y para la demanda 254-2005 no podían ser presentados, pues el único acreedor de la obligación era ARAQUE CHIQUILLO.

185. Lo anterior se afirma porque tal y como lo acredita la demanda presentada⁵⁷, ARAQUE CHIQUILLO concurrió “**actuando en mis propios (sic) nombre y representación** o lo que es igual, **a nombre propio**, acudo por este medio a su despacho señor Juez, para instaurar Proceso Ejecutivo contra el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA, de conformidad con los siguientes HECHOS 1. El día 23 de febrero de 2005 se firmó con el señor Alcalde del Municipio de San José de Cúcuta un ACTA DE CONCILIACIÓN O TRANSACCION... por medio de la cual la prenombrada Institución **se comprometió a pagar a mi favor, como su acreedor...quedando facultado yo como acreedor**, para iniciar las acciones legales con el fin de exigir la totalidad de la obligación, incluyendo la máxima tasa de interés moratorio establecido por la superbancaria. Finalmente, se estipuló que **el acreedor de la obligación contraída por el Municipio es el suscrito** y que en el evento de una ejecución, la precitada acta PRESTA MÉRITO EJECUTIVO”. (Se destaca).

186. Repartida la actuación al Juzgado Cuarto Laboral del Cúcuta⁵⁸, el 18 de julio de 2005, ese despacho resolvió “RECONOCER personería **para actuar a nombre propio al Dr. ÁLVARO IVÁN ARQUE CHIQUILLO (sic).... LIBRAR ORDEN DE PAGO en favor de ÁLVARON IVÁN ARQUE CHIQUILLO (sic) y en contra del MUNICIPIO DE SAN JOES DE CÚCUTA (sic)**”⁵⁹. (Se destaca)

187. Si el único acreedor - demandante era ARAQUE CHIQUILLO resulta alejado de la realidad afirmar que los

⁵⁷ CO 2, fls 148 a 150.

⁵⁸ El 8 de junio de 2005 CO 2, fl 154.

⁵⁹ CO 2, FL 160 Y 162.

pensionados le otorgaron *nuevamente* “*poder para que defendiera sus intereses en el proceso 254 de 2005*”, pues procesalmente no eran, ni podían ser parte en ese proceso.

188. Si de lo que se trataba era de la defensa de esos intereses, el citado profesional del derecho debía acudir al proceso como mandatario, según poderes previamente conferidos, para ser reconocido como tal.

189. Dado que para iniciar el proceso 2005-254 no fueron conferidos poderes por parte de los pensionados, mal podría deducirse, de un acto inexistente, que éstos se los otorgaron en febrero de 2005, para celebrar una transacción.

190. En otros términos, al tergiversar la prueba y suponer evidencias inexistentes, el hecho indicador fue tenido como tal, empero, sin estar realmente acreditado.

191. Finalmente, por la revisión del cuaderno anexo n°1 del expediente electrónico⁶⁰, se advierte que no obra ningún poder. Además, a los que hacen alusión las sentencias, según el texto de los proveídos, son posteriores a febrero 23 de 2005.

192. Si al construir el segundo indicio la primera instancia concluyó que “*solamente se puede ratificar lo que previamente se ha concedido*”, tal deducción, en el contexto analizado y probado, en el mejor de los casos es equívoca y puramente contingente.

⁶⁰ Nombre del archivo PDF “01Anexo1Rad.20150026300.pdf”, tamaño archivo 19,3MB, compuesto por 401 folios/803 imágenes. Según la sentencia de primera instancia, en ese archivo se encuentran algunos poderes.

193. En este evento particular, al igual que la frase “*debidamente facultado para conciliar y recibir*”, consignada en el acuerdo de 23 de febrero de 2005, la “*ratificación de poderes*” fue una nueva vía encontrada para suplir la inexistencia de mandatos y robustecer la impresión de que estos sí habían sido conferidos. No obstante, lo cierto y demostrado es que nunca fueron aportados ni introducidos por los interesados.

194. En lo referente a los siete procesos objeto de acuerdo, al edificar el tercer indicio, se estimó que “*las demandas fueron debidamente admitidas por todos los jueces que los conocieron*”, por lo que el juzgado infirió que “*el procesado ARAQUE CHIQUILLO sí debió de allegar regularmente los poderes de cada pensionado, porque de lo contrario los respectivos juzgados de instancia habrían tenido que inadmitir la demanda sin que pudiera continuarse con el trámite laboral iniciado. Ninguna otra explicación, entonces, podría tener que 3 juzgados en 7 procesos distintos hubiesen admitido las 7 demandas sin que las mismas contaran con los respectivos poderes*”.

195. La Sala considera que, bajo ninguna consideración, un poder para demandar y lograr el pago de una acreencia o derecho implica y conlleva, automáticamente, las facultades de conciliar, transigir y recibir, pues éstas deben ser expresamente conferidas.

196. Los 130 mandatos con ese contenido y facultades no fueron acreditados y las instancias los dieron por probados, sin respaldo suasorio.

197. De ese modo, se estructuró un defecto trascendente al equiparar probatoriamente la existencia de poderes para demandar laboralmente al municipio en 2002 y 2003, con el otorgamiento expreso de las facultades de transigir y recibir en 2005, aspecto fáctico y jurídico que no fue demostrado y sí erróneamente dado por probado con supuestos no probados.

198. Según otra inferencia:

“Cuarto hecho indicador: La solicitud de terminación por transacción en cada uno los procesos laborales aún vigentes fue aceptada en todos los juzgados en donde se allegó el "ACTA DE CONCILIACIÓN SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, SOBRE REAJUSTES PENSIONALES LEY 6a DE 1992" de fecha 23 de febrero de 2005... Inferencia lógica: El artículo 340 del CPC en su inciso 3 muy claramente establece que solamente "El juez aceptará la transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme." Así mismo, como una prescripción sustancial el artículo 2471 del Código Civil preceptúa que "Todo mandatario necesita de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir. Así que, si tres Juzgados laborales distintos (el primero, segundo y cuarto) aprobaron la solicitud de terminación de los distintos procesos de reajuste pensional que se surtían en sus despachos era porque necesariamente la transacción que se llevó a cabo entre el Municipio de Cúcuta y sus pensionados cumplía con las prescripciones sustanciales entre las cuales se encontraban naturalmente la existencia de poderes con facultades para transigir”.

199. Ese planteamiento también es desafortunado.

200. Desde la perspectiva del juez laboral, claramente, el legitimado para solicitar la terminación del proceso por transacción era el apoderado de los demandantes, pues había sido debida y previamente reconocido en la actuación, en esa condición.

201. La Fiscalía no cuestionó en la acusación el proceder judicial del abogado, ni del municipio en esos siete procesos. Lo que sí fue objeto de investigación y enjuiciamiento fue el acto celebrado entre ARAQUE CHIQUILLO y el exalcalde de Cúcuta, el 23 de febrero de 2005.

202. Esa precisión deviene relevante para evidenciar el equívoco del *a quo*, toda vez que a quien le correspondía verificar el lleno de *las prescripciones sustanciales del acuerdo (entre las cuales se encontraban naturalmente la existencia de poderes con facultades para transigir)* era al representante legal del municipio y no al juez laboral, quien no estaba llamado a verificar que la transacción estuvo antecedida por la exhibición de poderes para transigir.

203. Para la primera instancia el “[*quinto hecho indicador: Se denunció la pérdida de los poderes que permitieron se realizara la transacción y con base en tal situación se elaboraron nuevos contratos de prestación de servicios y poderes... este Despacho no puede hacer nada distinto que presumir la buena fe del procesado ARAQUE CHIQUILLO cuando denunció la pérdida de los poderes y, por lo tanto, considerar que 1) los poderes efectivamente sí existieron y 2) que los mismos fueron extraviados*”.

204. Ese proceso inferencial también se muestra especulativo, al menos por dos razones.

205. De un lado, la presentación de la denuncia lo único que acredita es la puesta en conocimiento, en una precisa calenda, de unos hechos que el denunciante considera encuadran en la descripción de una conducta punible o por la pérdida de documentos y bienes, empero, por sí solo, no acredita la ocurrencia del hecho.

206. Es decir lo único que podía tenerse por acreditado es que ARAQUE CHIQUILLO denunció tal pérdida.

207. Sin embargo, en el contexto analizado, en coherencia con lo consignado en el acta (*en calidad de apoderado, debidamente facultado para conciliar y recibir, empero sin mandatos*) y la “*ratificación*”, esa denuncia también es entendida como el tercer mecanismo empleado para generar la percepción de existencia previa y real de los poderes, en ausencia histórica y verídica de los mismos.

208. Por lo expuesto, erró la primera instancia, al igual que la segunda al validar completamente ese razonamiento, cuando concluyó que “*en verdad sí existieron los más de 100 poderes que se necesitaban para lograr llevar a cabo válidamente la transacción cuestionada*”; defecto trascendente que influyó directamente en el sentido absolutorio de la sentencia y que debe ser enmendado en sede de casación.

Costas

209. Según los artículos 392 y 393 del Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil vigente y aplicable para la época de los hechos, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

210. Además, se condenará en costas a quien se le decida adversamente un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza.

211. Las costas deben ser liquidadas por el juzgado de la respectiva instancia o recurso y la liquidación puede incluir el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.

212. Ese computo podía ser objeto de objeción, en el término legal, caso en el cual el funcionario judicial puede o no aprobarlo con las modificaciones.

213. En ese específico marco normativo, pactar el 23 de febrero de 2005, un pago por concepto de costas en contra del municipio, constituía una evidente e insalvable ilegalidad, tal y como lo sostuvo la acusación.

214. De un lado, se advierte que no procedía la condena en costas ni su pago, pues al celebrar el acuerdo de voluntades de febrero de 2005, los procesados no podían tener al municipio como

“*parte vencida en el proceso*”, no al menos en cuatro⁶¹ de los asuntos que no habían sido fallados con sentencia ejecutoriada (rads. 2003-013; 2003-226; 2003-387; 2004-241).

215. Por esa razón, el haber pactado una rebaja del “5% de costas” en el radicado 2002-213 y de “10% de costas” en los procesos 2003-226, 2003-387; 2003-241, que carecían de sentencia ejecutoriada, era un proceder palmariamente irregular, por cuanto no se cumplía el requisito normativo para la configuración de las costas procesales (haber sido vencido en juicio) y tampoco implicaba una renuncia o concesión real y recíproca de una de las partes en la transacción (pensionados).

216. De otro, la condena y pago de costas, en los términos de la cláusula segunda del documento firmado, vinculada al 5% en el radicado 2002-210, careció de una liquidación previa, pues en el citado documento no se consignó el monto de las mismas, la decisión judicial que las fijó, el uso del término legal por parte de la entidad demandada para objetarlas, por lo que ese grado de indeterminación impedía asumir una obligación cargo del erario público, pues no se estableció el monto a pagar, ni la razón del porcentaje rebajado (5%) o por qué no fue superior.

217. No pasa desapercibido para la Sala que el 21 de septiembre de 2004 (rad. 210-2002), en razón del **acuerdo común** de las partes, el Juzgado Tercero Laboral de Cúcuta señaló la cantidad de \$125.670.941.02⁶² por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada.

⁶¹ Radicados 2003-0013; 2003-226, 2003-387; 2003-241.

⁶² CO 1, fl 552.

218. No obstante, en el documento de 23 de febrero de 2005 ninguna mención se hizo a ese concepto y rubro, circunstancia también indicativa de la arbitrariedad que gobernó la confección del acuerdo y su pago, sin respeto por la legalidad, ni la realidad; así como del ánimo de apropiación y lucro visto el porcentaje finalmente descontado.

219. Es decir que el pacto en materia de costas también afectaba las finanzas públicas y carecía ostensiblemente de los supuestos fácticos y normativos que habilitaban tal pago, en tanto la entidad territorial no había sido vencida en cuatro actuaciones judiciales; en uno no se indicó el porcentaje de rebaja de las costas; y sobre los radicados 2002-231 y 2002-213, nada se pactó, ni consideró en materia de costas, a pesar de que sí contaban con fallo en firme.

220. Y tratándose de los 3 expedientes en los que la sentencia ya se encontraba ejecutoriada, al tenor del artículo 393 *ejusdem*, existía un procedimiento para liquidar esa *erogación económica*, es decir, desde la perspectiva de la legalidad y de la transparencia, les correspondía a las partes especificar cómo y por qué se llegaba a determinada cifra y qué conceptos (timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales, etc.) se encontraban allí incluidos.

221. Si, según el acta de 23 de febrero de 2005, el objetivo de la transacción era “*resguardar el patrimonio municipal*”⁶³, evitar “*el*

⁶³ Resolución de acusación, 25 de septiembre de 2015.

*crecimiento inmoderado de las condenas*⁶⁴, tampoco se entiende por qué el municipio aceptó el pago de costas, cuando dicha erogación no resultaba obligatoria en esa negociación, ni beneficiaba las finanzas del municipio y podía ser una de las renunciaciones o concesiones de los demandantes.

222. Nada de lo anterior se ve reflejado en el documento signado el 23 de febrero de 2005, en el que únicamente primó el querer de los procesados, quienes deliberadamente se abstuvieron de indicar por qué procedía la condena en costas y cómo habían llegado a esos porcentajes, sin liquidaciones previas ni sentencias ejecutoriadas, en la mayoría de los casos transigidos, de modo abiertamente irregular.

223. Ese proceder es manifiestamente contrario a derecho y claramente demostrativo del obrar doloso de los acusados, en punto de la emisión de una decisión abiertamente ilegal y de la apropiación ilícita de recursos públicos.

224. Desde la perspectiva del detrimento al erario, para la Sala no pasa desapercibido que ARAQUE CHIQUILLO (abogado), en su indagatoria, reconoció de manera expresa y detallada que *“mi propuesta económica, en cuanto a que los honorarios serían del 25% del valor del derecho principal de cada pensionado **más las costas** o agencias en derecho **que se llegaren a fijar** (sic) en cada proceso”*⁶⁵. (Se destaca)

⁶⁴ Acuerdo 23 de febrero de 2005.

⁶⁵ CO 1 fl 164.

225. Es decir que la razón para haber pactado, el 23 de febrero de 2005, el pago de costas manifiestamente improcedentes era el innegable interés del prenombrado de hacerse a los dineros del municipio, por ese concepto, así la entidad territorial no hubiera sido derrotada en los estrados judiciales.

226. Ese pago, en razón al convenio contractual referido, únicamente beneficiaba ilegítima e ilegalmente al citado profesional del derecho.

227. No obstante, VILLASMIL QUINTERO (alcalde) obligó al municipio de Cúcuta que pagó dichas costas, con lo que permitió deliberadamente esa apropiación injusta.

228. Si como lo refirió la primera instancia, *“cuando el proceso termine por transacción o ésta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa (Art. 340 del Código de Procedimiento Civil, inciso cuarto)”*, en este asunto, en la mayoría de procesos laborales (4), no había lugar al pago de costas; y su pacto y pago, por parte de los procesados, únicamente se explica por el ánimo de lucro, pues ese reconocimiento dinerario implicaba una notoria desmejora del patrimonio público, en la medida en que la entidad municipal no había sido procesalmente vencida y las autoridades administrativas estaban llamados a rechazar a ese cobro, si de preservar el dinero público se trataba.

229. Lo aquí expuesto desacredita la argumentación de la segunda instancia⁶⁶, en punto a la ausencia de ánimo de lucro, de

⁶⁶ Sentencia, fl 71.

apropiación y de proceder deliberado de los procesados, en tanto el único beneficiado con tal arreglo económico e ilegal fue ARAQUE CHIQUILLO.

230. Adiciónese que, durante su injurada, ARAQUE CHIQUILLO argumentó que *“el jefe de la oficina jurídica... me entregó mediante oficio las noventa y ocho liquidaciones, que la alcaldía municipal efectuó a través de su experto en el caso de mis procesos”*⁶⁷.

231. Sin embargo, según el documento de 23 de febrero de 2005, se conciliaron los derechos de ciento treinta pensionados y no se hizo referencia a ninguna liquidación.

232. A lo anterior, agréguese que en inspección judicial realizada a la Alcaldía de Cúcuta, el 24 de marzo de 2009⁶⁸, únicamente fue posible recopilar los comprobantes de egreso de los pagos efectivamente realizados a ARAQUE CHIQUILLO, mientras que tratándose de las liquidaciones, Luz Stella Carrillo, profesional universitario de la tesorería municipal que atendió la diligencia, manifestó *“[e]n esta oficina no reposan actas de liquidación del abogado con respecto a lo que ha recibido cada pensionado, pues la orden de pago sale a nombre del Abogado a quien ellos le dieron el poder y a quien sale al orden de pago emitida por la oficina de Presupuesto- Secretaria de Hacienda”*.

233. El reconocimiento y pago de costas procesales, en los términos detallados en precedencia, evidencian el carácter

⁶⁷ Co 1, fl 182.

⁶⁸ Co 1, fl 298.

manifiestamente ilegal de lo acordado el 23 de febrero de 2005, así como la desvalorada apropiación de recursos públicos a favor de un tercero.

La afectación al patrimonio público

234. GUSTAVO VILLASMIL obligó a Cúcuta a pagar a favor de ARAQUE CHIQUILLO siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con 84/100 mcte (\$7.985.856.757,84.), de los cuales le fueron efectivamente entregados⁶⁹ cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189).

235. Esa cuantía supera ampliamente los 200 salarios mínimos.

236. El acuerdo celebrado el 23 de febrero de 2005 no determina cómo se llegó a esa cifra; no especifica a qué conceptos corresponde la misma (reajuste pensional; intereses; costas; indexación) y en qué porcentajes; no identifica quién realizó la liquidación, ni cuándo fue conocida y aprobada por el municipio.

237. Esas precisiones que parecen elementales, en realidad son la expresión concreta de los principios de legalidad, racionalidad, economía, eficacia y eficiencia en el gasto público,

⁶⁹ CO 2, fl 114 y 174de. Siete pagos realizados entre marzo 1 de 2005 y octubre 4 de 2007, según comprobantes de egreso respectivos.

de modo que la disposición de los recursos del Estado debe estar precedida de la liquidación de la obligación a pagar.

238. No se trata de un discurso abstracto.

239. El Decreto 768 de 1993 - Por el cual se reglamentan los artículos 2º, literal f), del Decreto 2112 de 1992, los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 16 de la Ley 38 de 1998 -, en su artículo 3º consagra que la solicitud de pago de una obligación dineraria establecida en una sentencia de condena a cargo de la Nación, deberá contener, entre otros documentos, aquellos que “*por razón del contenido de la condena, sean necesarios para liquidar su valor*”.

240. Esa obligación tampoco la observaron los procesados y su incumplimiento acredita la flagrante vulneración del ordenamiento jurídico, pues a través de un acuerdo manifiestamente irregular dispusieron ilícitamente de cuantiosos recursos del Estado, en tanto, como ya quedó establecido, se cancelaron más de cinco mil millones y quedaron pendientes de pago casi tres mil sin determinación, ni liquidación de las obligaciones, ni facultades para transigir y con palmaria ausencia de visto bueno por parte del Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de Cúcuta.

241. Si la conclusión de atipicidad de la conducta de *prevaricato por acción* de las instancias se cimentó en la legalidad del acuerdo, de la que también se dedujo la licitud de cancelar dineros en cumplimiento de un deber legal de pagar lo adeudado,

es claro que, debidamente acreditado el ostensible desconocimiento del ordenamiento jurídico con el “acta de conciliación”, el pago debe también reputarse como apropiación de recursos públicos contraria a la normatividad.

242. Sobre esa causal de ausencia de responsabilidad, reconocida expresamente por las instancias para descartar el compromiso penal de los procesados, la Sala expresó:

“El estricto cumplimiento de un deber legal - art. 32-3- se configura como causal de ausencia de responsabilidad, cuando se llevan a cabo conductas descritas objetivamente en un tipo penal, que a su vez están autorizadas o permitidas por el ordenamiento jurídico en condiciones específicas. Se trata de una causal de justificación de la conducta, en tanto el comportamiento encaja en el tipo objetivo, pero carece de antijuridicidad por estar autorizado”⁷⁰.

243. El cumplimiento de un deber legal, como causal de ausencia de responsabilidad, a diferencia de lo considerado en las sentencias de instancia, no emerge de la celebración ilegal y caprichosa de un acuerdo de pago con recursos públicos.

244. Esa argumentación no puede validarse por varias razones.

245. La real obligación del entonces burgomaestre era verificar que: i) ARAQUE CHIQUILLO tenía facultad de conciliar y transigir; ii) el comité de conciliación aprobaba el acuerdo; iii)

⁷⁰ CSJ,SCP, SP3977-2022.

la transacción recaía sobre derechos judicialmente reconocidos; y iv) los montos obedecían a unas liquidaciones debidamente discriminadas, en términos de concesiones recíprocas, nada de lo cual hizo, con el propósito de permitir la apropiación injusta de los recursos públicos.

246. El cumplimiento de un deber legal suponía, por definición, que la obligación de pago tenía un origen lícito que en ningún caso puede ser la arbitrariedad del representante legal de la entidad territorial de obligarse **de cualquier modo** a pagar unas obligaciones.

247. Tratándose del patrimonio público su actuar debía observar, de manera estricta, los requisitos normativos que definían la legalidad de un acuerdo de las características aquí estudiadas.

248. Así las cosas, *“cumplir con la obligación exclusiva de pagar el reajuste pensional derivada de la Ley 6ta. de 1992”*, según concluyó la segunda instancia, para resultar un argumento admisible de inexistencia del compromiso penal, suponía imperativamente que los procesados, tal y como lo reprochó la resolución de acusación, verificaran que todos los pensionados habían sido beneficiados de una sentencia en firme que reconociera el reajuste y, en consecuencia, el deber legal, ahora sí, de cancelar esa obligación.

249. Ese supuesto fáctico y jurídico no se acreditó en la actuación, pues desde la misma acta de 23 de febrero de 2005,

se definió que cuatro procesos no contaban con sentencia ejecutoriada, lo cual excluye la existencia de un deber legal de pagar una obligación que no había sido reconocida judicialmente, en la medida que el derecho al reajuste era objeto de debate en sede judicial.

250. Por esa razón, el pago efectuado constituye una apropiación indebida de los recursos públicos, en cuantía superior a los 200 salarios mínimos.

251. Haber obligado al municipio a pagar casi ocho mil millones de pesos sin claridad y especificación del objeto, sin liquidaciones, sin reconocimiento previo judicial o administrativo del derecho al reajuste, generó una apropiación de recursos jurídicamente desaprobada, pues no se trató de un acuerdo entre particulares que únicamente debía obedecer a la autonomía de la voluntad, sino que, por intervenir una persona de derecho público, debía respetar los requisitos legales a los que se ha hecho referencia en extenso.

252. Por último, se destaca que, de modo incomprensible, los fallos de instancia absolvieron a los procesados por atipicidad objetiva de las conductas, empero resaltaron la inexistencia del peculado, por ausencia de antijuridicidad con fundamento en el estricto deber legal de pagar.

253. Esa argumentación es contradictoria, en la medida en que, como se expuso, esa causal (art. 32.3 de la Ley 599 de 2000) supone la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta realizada,

empero ésta carece de antijuridicidad por estar autorizada por el ordenamiento jurídico en condiciones específicas.

254. En esos términos, aceptar el cumplimiento del deber legal de pagar suponía, al menos, reconocer la tipicidad de las conductas y especificar las normas especiales que facultaban a los procesados a celebrar un acuerdo sin el visto bueno del comité de conciliación, sin liquidación, sin reconocimiento de derecho y sin mandato para el efecto.

255. En esas condiciones VILLASMIL QUINTERO, como autor, y ARAQUE CHIQUILLO, como interviniente, deben responder por el delito de *peculado por apropiación a favor de terceros*, por la indebida apropiación de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189) del Estado.

256. El tipo subjetivo de los punibles endilgados se encuentra completamente verificado luego de constatar que ARAQUE CHIQUILLO y VILLASMIL QUINTERO suscribieron, de manera consciente y voluntaria, el acuerdo de 23 de febrero de 2005 **sin**: contar con el aval del Comité de Conciliación de San José de Cúcuta; verificación cierta y concreta de las facultades del profesional del derecho; reconocimiento judicial o administrativo del derecho al reajuste, en los casos en los que no existía sentencia ejecutoriada; liquidación particularizada del reajuste; haber sido el municipio vencido procesalmente pactaron costas.

257. Los dos procesados como profesionales del derecho sabían de la importancia de la obligación respetar la legalidad y

satisfacer los requisitos para transigir, empero caprichosamente decidieron transgredir el ordenamiento jurídico para lograr la apropiación indebida de recursos del Estado, en montos y fechas absolutamente identificados.

258. La contrariedad con la ley es ostensible, pues las normas llamadas a regular el caso eran suficientemente claras; no admitían ninguna interpretación contraria a aquella que se desprende de su tenor literal; habían sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial; pese a lo cual los procesados deliberadamente decidieron soslayar esos mandatos para imponer su capricho y generar la indebida apropiación de recursos públicos.

259. Por todo lo expuesto, se afirma que ARAQUE CHIQUILLO y VILLASMIL QUINTERO actuaron con pleno conocimiento y voluntad de realización de las conductas típicas objeto de acusación, pues su proceder tiene por único fundamento la arbitrariedad propia y el menosprecio de la legalidad, en tanto el acuerdo celebrado se muestra desprovisto de fundamento fáctico, probatorio y jurídico mínimo, empleado como mero instrumento para la apropiación de más de cinco mil millones de pesos.

260. En esas condiciones, se llega a la conclusión según la cual, los medios de convicción examinados acreditan la flagrante ilegalidad del pacto celebrado el 23 de febrero de 2005 y la ilícita apropiación de recursos públicos, como actos a través de los cuales se lesionó efectivamente el bien jurídico tutelado de la administración pública, sin que se advierta la configuración de causal de ausencia de responsabilidad, en los términos expuestos.

261. Los procesados en pleno uso de sus facultades físicas y psicológicas, conocedores de la antijuridicidad de tal actuar, en razón de su formación profesional y experiencia, pudieron determinar de otro modo su comportamiento, empero deliberadamente decidieron contrariar el ordenamiento jurídico, a pesar de ser conocedores de lo arbitrario e infundado de su proceder.

262. Se trata, sin duda, de personas imputables, de quienes era exigible un comportamiento conforme a derecho, pues, de la prueba allegada no es posible suponer, máxime que ello no fue alegado, la incapacidad de ajustar su proceder a la normatividad vigente, advirtiéndose que no concurrió causal de exculpación en su accionar.

263. Lo precisado con antelación deja en evidencia que en el fallo censurado sí se incurrió en errores trascendentes, en razón de los cuales se tuvo por probado, sin estarlo, que:

i) El acuerdo celebrado entre el municipio y un abogado no requería del visto bueno, precedente y motivado, del Comité de Conciliaciones y Defensa Judicial.

ii) El abogado contaba con la facultad expresa de transigir, según poderes cuya existencia no se acreditó.

iii) El monto final del pago pactado no debía obedecer a una liquidación debidamente soportada, actualizada y particularizada sobre la situación y derecho de cada pensionado.

iv) El titular del derecho y acreedor del municipio era el abogado y no los pensionados.

v) El municipio sí estaba obligado a asumir una condena en costas, a pesar de no haber sido vencido en cuatro procesos, ni mediar liquidación debidamente discriminada.

vi) El acuerdo no requería del reconocimiento judicial o administrativo previo del derecho al reajuste de cada pensionado.

264. La suposición de tales situaciones, sin la existencia de respaldo probatorio implicó que judicialmente, sin acierto, se declarara la legalidad tanto del acuerdo, como del pago y, en consecuencia, la absolución de los procesados, como decisión que se muestra huérfana de respaldo probatorio, jurídico y fáctico, como quedó evidenciado.

265. Por lo anterior, el procesado GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO será declarado penalmente responsable como autor del delito de *prevaricato por acción* en concurso heterogéneo con el de *peculado por apropiación a favor de terceros*, como ordenador del gasto en su condición de alcalde (e) de Cúcuta; mientras que ARAQUE CHIQUILLO lo será a título de interviniente del punible de *peculado por apropiación a favor de terceros*, en los términos del

artículo 30 del Código Penal⁷¹, en tanto carece de la calidad especial exigida de servidor público.

Dosificación de la pena

266. Tratándose del exalcalde VILLAMIL QUINTERO el delito de *prevaricato por acción*, descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004, tiene prevista una pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

267. Esa fue la calificación jurídica, el *quantum* punitivo y la normatividad de referencia expresamente atribuidos en la resolución que calificó el mérito del sumario⁷².

268. Dado que la acusación es el hito procesal que determina, con su firmeza, tanto el inicio del juzgamiento, como la interrupción del término de prescripción; y a su vez es el acto que circunscribe el debate probatorio, fáctico y jurídico de la audiencia pública, la calificación típica allí contenida es el marco de referencia para la dosificación punitiva, ejercicio en el que le corresponde al juez ocuparse del acierto y legalidad de la adecuación típica allí

⁷¹ El artículo 30 del Código Penal, inciso final, establece lo siguiente: Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

⁷² CO 5, fl 128.

contenida (norma aplicable en los casos de tránsitos y modificaciones legislativas), de cara a establecer la pena a imponer.

269. A partir de la sentencia SP379-2018 – rad. 50.472, esta Sala reconoció la aplicación del incremento de penas previsto en la Ley 890 de 2004, a los procesos adelantados bajo la égida de la Ley 600 de 2000, con argumentos que por su pertinencia se transcriben a continuación.

“(...) al haberse admitido que a casos de Ley 600 se pueden aplicar los beneficios que por colaboración con la justicia contempla la Ley 906, se generaría una situación de desigualdad injustificada si se mantuviera la prohibición de aplicar el aumento de penas para los primeros, pero no para asuntos adelantados por el segundo de los estatutos, pese a que, de acuerdo con el nuevo criterio de la Sala, en ambos sistemas es posible obtener el mayor beneficio que es el contemplado en la ley 906.

Así las cosas, la única razón que motiva la distinción consiste en que el sistema de justicia premial contenido en la ley 906 es mucho más amplio que el acogido por el legislador del año 2000, y en esa medida se justifica que la sanción para los delitos cuya investigación corresponde seguirse por los parámetros de la Ley 906, sea mayor.

Empero, al haber desaparecido el motivo que da lugar al trato diferenciado, también lo debe ser la consecuencia, motivo por el que la obligada conclusión es que el aumento de penas fijado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 aplica tanto para casos rituados por la Ley 906 como por la Ley 600 para hechos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005, salvo las excepciones que la misma ley 890 contempla en su artículo 15. De esta forma se recoge el criterio fijado a partir de la decisión de 18 de enero de 2012 dentro del radicado 32764”.

270. Ese entendimiento jurisprudencial ha sido reiterado (SP1022-2021, rad. 52.835) fundamentalmente en casos de allanamiento a cargos y aforados, empero sin limitación expresa a ese tipo de asuntos.

271. Esta Sala ya ha tenido oportunidad de ratificar la aplicación del incremento de penas dispuesto por la Ley 890 de 2004 a actuaciones adelantadas con la Ley 600 de 2000, en ausencia de allanamiento a cargos, al estudiar específicamente la procedencia del aumento del término prescriptivo con ese fundamento normativo (AP3050-2020; rad. 56.732).

272. En ese asunto, se analizó que el texto original de la Ley 599 de 2000 del artículo 407 cohecho por dar u ofrecer preveía una pena de prisión de tres (3) a seis (6) años que, con el incremento de la Ley 890 de 2004, pasó a prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

273. En el proveído de 11 de noviembre de 2020, de relevancia para el objeto de análisis, la Sala concluyó que:

“Delimitada así la eventual calificación, su punibilidad correspondería a la indicada en el artículo 407 del Código Penal, con el aumento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 pues dichos actos, como se establece en su reseña, ocurrieron en su mayoría luego del 1º de enero de 2005, y ésta resulta aplicable a hechos juzgados bajo los cauces de la Ley 600 de 2000 tal como lo precisó la Corte en sentencia SP379 del 21 de febrero de 2018, proferida en el proceso No. 50472:

(...)

Por tanto la pena máxima para el cohecho por dar u ofrecer sería de 9 años (artículo 407 C.P.), la cual, para efectos prescriptivos se aumenta en una tercera parte por cuanto el delito habría sido ejecutado por un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, de modo que el lapso extintivo durante el sumario sería de 12 años contado a partir del 21 de febrero de 2008, el que ciertamente no alcanzó a transcurrir toda vez que la acusación con la cual se interrumpió, adquirió ejecutoria el ...”.

274. En el presente caso se tiene establecido que la conducta punible atribuida a VILLASMIL QUINTERO se materializó con posterioridad a enero de 2005 y la audiencia pública de juzgamiento se culminó con posterioridad al citado cambio jurisprudencial (febrero 2018), según el cual el aumento de penas de la Ley 890 deviene aplicable a los procesos adelantados con la Ley 600 *al haberse admitido que a casos de Ley 600 se pueden aplicar los beneficios que por colaboración con la justicia contempla la Ley 906 y sin consideración a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 906, en cada distrito judicial, o “a la dinámica propia del sistema acusatorio”, como criterios*⁷³ que inicialmente justificaron la falta de fundamento de la aplicación de los marcos punitivos previstos en la Ley 890 a las actuaciones de Ley 600.

275. Lo anterior porque la jurisprudencia relativa a la inaplicabilidad del incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 partía y se fundaba en la premisa según la cual no operaban⁷⁴ los mecanismos de negociación y la rebaja por

⁷³ CSJ SP 18 ene. 2012., rad. 32764; SP, 23 de mayo de 2012; SP 5 de septiembre de 2012, rad. 36.947; entre otras.

⁷⁴ CSJ, SCP, SP954–2020, rad. 56.400. “El argumento para defender ese trato se sustentaba en la imposibilidad de acceder a soluciones de la llamada justicia premial. Sin embargo, al admitir que los aforados pueden acceder a esa opción, el argumento dejó de tener el peso que se le atribuía como justificación de una pena menor, como lo decidió la Sala en la SP del 21 de febrero de 2018, Radicado 50472”.

confesión, al tratarse de procesos que se rigen por la Ley 600 de 2000⁷⁵, por lo que dicho incremento quedaba desprovisto de fundamento en aquellos eventos en los que no se aplicaba el modelo acusatorio o las categorías vinculadas a la Ley 906, como los beneficios por confesión y colaboración.

276. No obstante, esa lógica y argumentación perdieron su basamento a partir de lo considerado y decidido en AP 6 dic. 2017 rad. 50969, oportunidad en la que Sala concluyó, de manera unánime, la viabilidad de aplicar los beneficios por colaboración eficaz regulados por la Ley 906 de 2004 a procesos tramitados por la Ley 600 de 2000.

277. Se itera entonces, *“en ese orden, al haberse admitido que a casos de Ley 600 se pueden aplicar los beneficios que por colaboración con la justicia contempla la Ley 906, se generaría una situación de desigualdad injustificada si se mantuviera la prohibición de aplicar el aumento de penas para los primeros, pero no para asuntos adelantados por el segundo de los estatutos, pese a que de acuerdo con el nuevo criterio de la Sala, en ambos sistemas es posible obtener el mayor beneficio que es el contemplado en la ley 906”*⁷⁶.

278. Con esa misma orientación argumentativa, en AP3099-2018, rad. 51.207, esta Sala manifestó al respecto lo siguiente:

⁷⁵ Caso diferente y vigente es aquel en el que el legislador explícitamente excluyó de dichos beneficios determinadas conductas delictivas, verbigracia Ley 1098 y Ley 1126, en los que no resultan aplicables los marcos punitivos incrementados conforme a la Ley 890.

⁷⁶ CSJ, SCP, rad. 50.472.

“Recientemente, mediante decisión SP379-2018 se ratificó la línea argumentativa establecida en el auto AP400-2018 donde se dijo que, en atención al principio de favorabilidad, tanto en la Ley 600 de 2000 como en la Ley 906 de 2004, era posible acceder a las distintas rebajas de pena por colaboración con la justicia.

Como consecuencia de lo anterior, al desaparecer la distinción de estas normas en cuanto a sus beneficios, también desaparece la carga de distinguir si es o no un procedimiento de corte premial, por lo que “la obligada conclusión es que el aumento de penas fijado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 aplica tanto para casos rituados por la Ley 906 como por la Ley 600 para hechos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005...” (ibíd., SP379-2018)”.

279. Para el estudio del delito atribuido a VILLASMIL QUINTERO, se partirá de la pena prevista en el artículo 413 del Código Penal, con el aumento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues los hechos juzgados son posteriores al 1º de enero de 2005 y, en tal medida, el criterio jurisprudencial imperante es el trazado por la Sala desde la citada decisión del 21 de febrero de 2018 (rad. 50472), según el cual el aumento de penas de tal normativa opera en procesos regidos por Ley 600 de 2000.

280. La aplicación de tal entendimiento no implica una afectación de los derechos fundamentales del procesado, en la medida en que el cambio de jurisprudencial no afectó la imputación fáctica, ni la jurídica (debidamente cuantificada) realizadas en la resolución de acusación, a pesar de que, en el curso de la mayoría de etapas del proceso, la tesis jurisprudencial vigente era la contraria.

281. Lo anterior se afirma fundamentalmente porque en la resolución de acusación⁷⁷ se le puso de presente a VILLASMIL QUINTERO, de manera expresa, que la adecuación jurídica era prevaricato por acción, tipificado en el artículo 413 del Código Penal y que la pena a imponer oscilaba entre 44 y 148 meses, es decir con el incremento de la Ley 890 de 2004.

282. Esa claridad le permitió en su momento al procesado definir tanto su conducta procesal, como su estrategia de defensa, en la que efectivamente pudo contemplar la alternativa de beneficios por colaboración eficaz regulados en los códigos procesales coexistentes, empero, según se verifica en la actuación, ese camino no fue explorado por el interesado, ni negado por las instancias, por lo que ninguna afectación hipotética y abstracta de derechos puede ser alegada.

283. En otros términos, en las oportunidades procesales en las que era procesalmente viable acceder a rebajas de pena a cambio de colaboración con la justicia, el marco punitivo de referencia atribuido ya contemplaba el aumento previsto por la Ley 890 de 2004, realidad procesal que hace viable tener en cuenta dicho aumento.

284. Por tal motivo se afirma que el procesado conoció el incremento punitivo con la posibilidad de acceder a beneficios, en el entendido que en esta actuación no se ha debatido ni su negativa, ni su improcedencia con fundamento en el criterio jurisprudencial recogido en 2017.

⁷⁷ CO 5, fl 130.

285. Nótese que, en la resolución de acusación, la Fiscalía General de la Nación sí le atribuyó al procesal las disposiciones jurídicas con el incremento de las sanciones, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento por parte de las instancias, en razón del sentido absolutorio de los fallos.

286. Otra comprensión de la situación analizada conlleva la vulneración de los derechos de la entidad territorial afectada y, materialmente, un tratamiento diferencial injustificado, en la administración de justicia en dos casos semejantes.

287. Al igual que en 2017, cuando la Sala advirtió que “*la coexistencia de dos sistemas procesales genera problemáticas como la siguiente: Dos (sic) personas, sujetas a procedimientos penales diversos, cometen delitos semejantes en el año 2017 y ambas quieren colaborar con la administración de justicia a cambio de beneficios. La que está bajo las regulaciones de la Ley 906 de 2004 tiene la posibilidad de recibir prebendas respecto de aquella que queda cobijada por la Ley 600 de 2000, así esa segunda persona entregue una colaboración igual o mayor. Lo anterior de entrada genera reflexiones sobre la constitucionalidad de este trato diferenciado o desde las posibilidades que tiene el Estado de acceder a la colaboración de los procesados en ambos regímenes, en desarrollo del principio de eficacia de la administración de justicia*”.⁷⁸

288. En esta oportunidad, con el mismo criterio, la Corporación advierte una inconsistencia significativa en el

⁷⁸ CSJ, SP2865-2018. Radicado 52855.

tratamiento punitivo al que se verían expuestos dos procesados en igualdad de situaciones fácticas y jurídicas, empero procesados por Códigos Procesales diferentes.

289. La situación fáctica cuya identidad se predica y que impone un tratamiento sustancial igualitario es la de dos exalcaldes i) de un mismo municipio⁷⁹ (Cúcuta); ii) procesados por los delitos de *prevaricato por acción*, en concurso con *peculado por apropiación a favor de terceros*, agravado por la cuantía, por haber celebrado acuerdos de conciliación manifiestamente contrarios a derecho; iii) con posterioridad a 1 de enero de 2005.

290. Mientras que uno de ellos es procesado bajo la Ley 600 de 2000, el trámite contra el otro burgomaestre sigue el rito de la Ley 906 de 2004.

291. De no darse aplicación al incremento punitivo ordenado por la Ley 890 de 2000, la persona que está bajo las regulaciones de la Ley 906 de 2004 automáticamente sería sancionada más drásticamente, con más pena, respecto de aquella que queda cobijada por la Ley 600 de 2000, así a esos dos individuos se les hubiere acusado por un comportamiento idéntico, desplegado en similares circunstancias fácticas, con único fundamento en el sistema procesal empleado y ya no por la imposibilidad de aplicar los beneficios que por colaboración con la justicia contempla la Ley 906.

292. Si bien, en su mayoría, este procedimiento se adelantó bajo el criterio jurisprudencial abandonado ese no es el motivo central para dejar de aplicar el aumento punitivo. Es más, si ese fuera el criterio a tener en cuenta, el cambio jurisprudencial devendría inaplicable en la práctica, en la medida en que los procesos se adelantan bajo la Ley 600 desde 2001 y la tesis jurisprudencial data de 2018.

293. Lo relevante y trascendente es la definición de si al procesado le fue puesto de presente, de manera oportuna y expresa, el monto de la pena a la que podría enfrentarse en caso de condena.

294. A VILLASMIL QUINTERO sí se le puso de presente en la en la acusación, que las conductas de *prevaricato por acción* y *peculado por apropiación* preveían, respectivamente, una pena de 48 a 144 y de 96 a 270 meses de prisión.

295. Una acusación en esos precisos términos y guarismos hace viable dar aplicación al criterio expuesto en esta oportunidad, pues tratándose de un asunto rituado bajo el Código de Procedimiento Penal de 2000, a VILLASMIL QUINTERO sí le fueron expresamente imputados los mencionados reatos con el incremento de la Ley 890 de 2004.

296. En esta oportunidad la Sala precisa que la viabilidad de dar aplicación al incremento generalizado de penas, previsto en la Ley 890 de 2004, a procesos regidos por la Ley 600 de 2000, en los términos del derrotero jurisprudencial trazado desde 2018, depende de que en el asunto concreto se verifique que:

i) La conducta haya sido cometida con posterioridad a enero 1 de 2005.

ii) La sentencia haya sido adoptada con posterioridad a febrero 21 de 2018, “*salvo que antes de la fecha de la aludida providencia -21 de febrero de 2018-, el procesado hubiese aceptado los cargos formulados*”⁸⁰ y

iii) La imputación jurídica contenida en la resolución de acusación haya hecho expresa mención del *quantum* punitivo debidamente incrementado.

297. Dado que a lo largo del procedimiento, con fundamento en lo imputado jurídicamente en la resolución de acusación de abril 30 de 2015 (pena de 48 a 144 meses) se le endilgó al exalcalde el delito de *prevaricato por acción* de que trata el artículo 413 del Código Penal, en concurso heterogéneo con *peculado por apropiación a favor de terceros* (96 a 270 meses de prisión), ambos con el aumento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la Sala partirá de la penalidad que para los delitos se hizo en la calificación sumarial, esto es, con el referido incremento.

298. En los términos de los artículos 60 y siguientes del Código Penal, corresponde determinar la pena a imponer al procesado dentro de los parámetros mínimos y máximos.

⁸⁰ CSJ, SCP, AP2682-2018, 48509; AP2985-2018, rad. 44730.

299. Igualmente, el 31 *ejusdem* dispone que en el caso de concurso de conductas punibles el responsable quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

300. Así mismo, cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

301. Cotejadas las penas y su naturaleza se advierte que la más grave, misma que sirve de base para cuantificar la sanción final, es la que corresponde al *peculado por apropiación a favor de terceros*.

302. Para el delito descrito en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004, se contempla una sanción que oscila entre 96 y 270 meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

303. A pesar de que en este asunto la cuantía de la apropiación fue debida y suficientemente demostrada, la Sala advierte que en la resolución de acusación **no se hizo mención**

a la agravante por tal motivo, ni esa circunstancia fue jurídicamente imputada.

304. Es más, al precisar el objeto de la decisión y al definir cómo calificar el mérito del sumario, la Fiscal Segunda de la Unidad de Administración Pública acusó a GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO como “*autor responsable de los delitos de prevaricato por acción, en concurso homogéneo (sic) con el delito de peculado por apropiación, siendo víctima la Administración Pública – Municipio de San José de Cúcuta N.S.*”⁸¹.

305. Por la anterior razón, en términos de congruencia, la Sala trazará el ámbito de movilidad punitiva sin referencia al agravante por la cuantía.

306. Precisado lo anterior, dicho espectro sancionatorio previsto en la ley se dividirá en cuartos, así:

Cuarto mínimo: de 96 a 139.5 meses de prisión.

Primer medio: de 139.5 a 183 meses.

Segundo medio: de 183 a 226.5 meses.

Cuarto máximo: de 226.5 a 270 meses.

307. La Sala se ubicará en el primer cuarto (96 a 139.5), en razón a que:

⁸¹ Co 5, fl 198.

i) En la resolución de acusación no le fue imputada fáctica y jurídicamente a GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO circunstancia alguna de mayor punibilidad⁸² y

ii) Según la información del diligenciamiento, el procesado carece de antecedentes penales, en los términos del artículo 55 numeral primero de la Ley 599 de 2000.

308. Previo a determinar la pena, con fundamento en los criterios previstos en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal⁸³, corresponde emitir un pronunciamiento específico en materia de la gravedad de la conducta, el daño real creado, la intensidad del dolo y la necesidad de pena en el caso concreto.

309. Para la Sala es evidente que la conducta juzgada es de suma gravedad, en tanto lesionó de manera considerable el bien jurídico tutelado, al comprometer al margen de la legalidad cuantiosos recursos públicos.

310. El ilegal acuerdo celebrado por los procesados no mejoró la situación económica del municipio y facilitó nuevas demandas ejecutivas contra la entidad territorial, así como la necesidad de disponer de recursos para cumplir una obligación que, con posterioridad, en ejercicio del control judicial, la misma justicia laboral calificó de nula.

⁸² Ley 599 de 2000, art. 58.

⁸³ Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

311. Es decir, los intereses generales de una correcta y eficaz administración del erario de todos los contribuyentes fueron defraudados con la entrega de más de cinco mil millones y la deuda de casi tres mil, todo a favor del abogado ARAQUE CHIQUILLO quien no contaba con las facultades otorgadas por los verdaderos titulares y que al final fue constituido como único acreedor del municipio, a pesar de no ser si quiera pensionado beneficiario del reajuste de la Ley 6ª de 1992..

312. De manera incuestionable, con el proceder de VILLASMIL QUINTERO y ARAQUE CHIQUILLO las finanzas de Cúcuta fueron gravemente afectadas, dado que el exalcalde obligó al municipio a pagar a un particular casi ocho mil millones de pesos, de los cuales fueron efectivamente entregados más de cinco mil; así como con la correlativa y desaprobada apropiación de los recursos de quien se presentó, el 23 de febrero de 2005, con supuestos poderes para conciliar y recibir, empero procedió a transigir unos derechos y obligaciones indeterminados como se expuso en precedencia.

313. Las sumas objeto de apropiación, debidamente actualizadas, acreditan de manera innegable el daño grave, cierto y objetivo causado con la conducta punible, pues el patrimonio público se afectó, se privó a la administración de millonarios recursos, a pesar de que no fue posible establecer la fuente de la obligación dineraria, en el entendido que la mayoría de pensionados no contaban con reconocimiento judicial o administrativo del reajuste; como tampoco la contraprestación a favor del municipio, con ocasión del acuerdo celebrado.

314. El modo en que los procesados dispusieron y se apropiaron, respectivamente, de los recursos de Cúcuta son demostrativos de la gravedad de la conducta y la entidad del daño, pues VILLASMIL QUINTERO y ARAQUE CHIQUILLO manejaron el erario, como si se tratara de su propio peculio y así desconocieron la necesidad de orientar esos dineros al servicio de los intereses generales en términos de moralidad, eficacia y economía de la administración pública.

315. Además de la expresión objetiva de la gravedad de la conducta, así como del daño real creado, se tiene en el presente asunto, coherente con lo ya desarrollado a lo largo del proveído, la particular intensidad del dolo se ve reflejada en el número de artificios y medios empleados, de manera aparentemente hábil, para el logro del propósito de apropiación de recursos públicos.

316. Lo anterior se afirma, toda vez que los procesados acudieron a diferentes herramientas, tales como hacer constar en los documentos realidades no verificadas, dar por ciertas facultades no conferidas, suponer la exigibilidad del reajuste, no discriminar los montos a pagar con remisiones inexactas y no analizadas, ratificar poderes, entre otros, todo para lograr el apoderamiento de los recursos bajo una falsa apariencia de legalidad.

317. En la administración de los recursos públicos se deben observar con celo los principios de legalidad, probidad y transparencia.

318. No haber consultado al Comité de Conciliación y Defensa Jurídica de Cúcuta, a pesar de ser una obligación legal, cuyo contenido era conocido por los dos procesados, máxime que ostentan la condición de abogados, evidencia el contubernio entre servidor público y particular para quebrantar la ley, en la búsqueda de la apropiación de cuantiosos recursos públicos que efectivamente fueron entregados.

319. Ese comportamiento debe ser sancionado con el rigor que la ley prevé para que se comprenda el imperio de la ley y la importancia de los fondos públicos.

320. En consecuencia, la pena a imponer a GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO como autor del ilícito de *peculado por apropiación a favor de terceros* no será la mínima (96 meses) sino que se incrementará en 25 meses más; y corresponderá a **ciento veintiún (121) meses de prisión; multa equivalente al valor de lo apropiado**, esto es, cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189); **e inhabilitación** para el ejercicio de derechos y funciones públicas **por el mismo término**.

321. Tratándose de ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, en atención a que fue acusado como “*autor en calidad de interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, siendo víctima la Administración Pública – Municipio de San José de Cúcuta N.S.*”, corresponde dar aplicación al contenido del artículo 30 del Código Penal, según el cual “*al interviniente que no teniendo las calidades*

especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

322. Por lo tanto, la pena a imponer a ARAQUE CHIQUILLO como interviniente responsable del ilícito de *peculado por apropiación a favor de terceros* corresponderá a **noventa (90) meses y veintidós días y medio (22.5) de prisión; multa equivalente al valor de lo apropiado**, esto es, tres mil novecientos sesenta y cuatro millones ochocientos cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y un pesos (\$3.964.848.141); **e inhabilitación** para el ejercicio de derechos y funciones públicas **por ese mismo término**.

323. Para el delito de *prevaricato por acción*, el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004, contempla una pena que va de 48 a 144 meses de prisión; multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

324. Por lo anterior, el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley se dividirá en cuartos, así:

Cuarto mínimo: de 48 a 72 meses de prisión; multa de 66.66 a 125 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 80 a 96 meses.

Primer medio: de 72 a 96 meses; multa de 125 a 183.32 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 96 a 112 meses.

Segundo medio: de 96 a 120 meses; multa de 183.32 a 241.65 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 112 a 128 meses.

Cuarto máximo: de 120 a 144 meses; multa de 241.65 a 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes; inhabilitación de 128 a 144 meses.

325. Según las mismas razones atrás expuestas, corresponde ubicarse en el primer cuarto (48 a 72/66.66 a 125/80 a 96) y allí, al individualizar la pena respectiva, partir del mínimo.

326. Dado que GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO (alcalde) fue acusado por un concurso heterogéneo de conductas punibles, que no homogéneo como se plasmó sin acierto en la acusación, la Sala debe incrementar la sanción, en los precisos términos del artículo 31 del Estatuto Punible que prevé:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

327. Por virtud del concurso de conductas punibles las penas individualizadas para el *peculado por apropiación*, se incrementará así: la prisión en veinticuatro (24) meses; multa en 33.33 salarios mínimos mensuales legales vigentes; e inhabilitación en 40 meses.

328. Así las cosas, GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO será condenado a **ciento cuarenta y cinco (145) meses de prisión**; **multa** indexada de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189) y 33.33 s.m.m.l.v. más; **e inhabilitación** para el ejercicio de derechos y funciones públicas **por el término de 185 meses**, como autor responsable del delito de *peculado por apropiación a favor de terceros* en concurso heterogéneo con el punible de *prevaricato por acción*.

Subrogados penales

De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

328. De conformidad con el artículo 63 del Código Penal (*Ley 599 de 2000, en su redacción original, vigente a la fecha de los hechos, febrero de 2005*), la suspensión condicional de la ejecución de la pena, era procedente cuando convergían requisitos objetivo y subjetivos. El objetivo, consistía en que la condena a prisión no fuese superior a 36 meses; y los subjetivos aludían a los antecedentes personales, familiares y sociales del implicado, modalidad y

gravedad de la conducta; para colegir que no existe necesidad de ejecutar la pena.

329. Bajo esta normativa, resulta evidente la improcedencia del mecanismo sustitutivo, pues la pena impuesta a GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO fue de 145 y 90 meses de prisión respectivamente, monto de sanción que supera por mucho el requisito objetivo fijado por la norma en cita.

330. Empero, en cuanto resultare favorable, se torna necesario examinar el asunto, a la luz de la variación de la normatividad, introducida con la Ley 1709 de 2014, *“Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”*; publicada en el Diario Oficial No. 49039 de 20 de enero del 2014.

La Ley 1709 de 2014, en su artículo 29, modificó el Código Penal, así:

“Artículo 29. *Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 y quedará así:*

Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. *La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) o cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

1. *Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
2. *Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.(...)*”.

Como se aprecia, la nueva norma excluyó los requisitos subjetivos, que contenía el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, no obstante, el artículo 68A⁸⁴ del Código Penal, modificado por la misma normativa (*Ley 1709 de 2014*), incluyó a los delitos contra la administración pública, en el listado de conductas punibles respecto de las cuales no proceden beneficios y ni subrogados, entre los que se encuentran el *prevaricato por acción y el peculado por apropiación a favor de terceros*.

331. En ese orden, al no cumplirse las exigencias legales, se ha de negar a los implicados la *suspensión de la ejecución de la pena*.

De la prisión domiciliaria

⁸⁴ “No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública (...)”

332. El artículo 38 del Código Penal (*Ley 599 de 2000*), vigente al tiempo de los hechos, viabilizaba la prisión domiciliaria “cuando la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos”; y establecía un condicionante subjetivo, toda vez que a partir del desempeño personal, laboral, familiar y social del implicado, el Juez debería poder inferir que el procesado no colocaría en peligro a la comunidad, ni evadiría el cumplimiento de la pena.

333. En el presente asunto no se satisface la exigencia objetiva, en atención a que el delito de *peculado por apropiación a favor de terceros* que se endilga a los procesados, se reprime con prisión de 96 a 270 meses de prisión o lo que es igual, de 8 a 22,5 años.

334. De igual manera, se debe reexaminar lo concerniente a la prisión domiciliaria, con motivo de la variación en la normatividad, introducida con la Ley 1709 de 2014 (*promulgada el 20 de enero de 2014*), desde la óptica de la favorabilidad (*Principio de favorabilidad, artículo 29, Constitución Política*), en cuanto a ella hubiere lugar.

Esta Ley, en sus artículos 22 y 23 de, modificó el Código Penal, así:

“Artículo 22. *Modifícase el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 y quedará así:*

Artículo 23. *Adiciónase un artículo 38B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:*

Artículo 38B. *Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:*

1. *Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*

2. *Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*

3. *Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. *Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones (...)*”

Como se aprecia, en torno de la prisión domiciliaria, ya no se requiere el estudio de factores subjetivos, como sí exigía el artículo 38 del Código Penal original; los cuales aludían al desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, cuando permitieran al funcionario judicial inferir que el condenado no colocaría en peligro a la comunidad y que no evadiría el cumplimiento de la pena.

335. No obstante, en el caso de GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, tampoco se

cumplen todos los nuevos requisitos para la procedencia de la prisión domiciliaria, establecidos en el artículo 38 B del Código Penal, introducido por la Ley 1709 de 2014.

336. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien la conducta de *peculado por apropiación a favor de terceros*, tiene una pena mínima que no excede los 8 años (*96 meses - 8 años*); este delito así como el *prevaricato por acción*, son injustos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública y, en consecuencia, se encuentran incluidos en el listado de delitos contemplado en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 que prohíbe, en esos casos, la reclusión en el domicilio, tal como quedó anotado en líneas anteriores.

En consecuencia, tampoco hay lugar a conceder a favor de los implicados la prisión domiciliaria.

337. Como consecuencia de lo anterior, con fundamento en el artículo 188, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, se ordenará la captura de los procesados cuando se encuentre en firme la sentencia, en tanto durante la actuación procesal no⁸⁵ fue proferida medida de aseguramiento de detención preventiva.

338. No habrá lugar a la condena por daños materiales y morales ocasionados con el hecho punible, en la medida que no existe fundamento probatorio para señalar que se hubiesen causado.

⁸⁵ CO 3, fl 239.

339. Dado que el fallo condenatorio es dictado por primera vez en *sede extraordinaria de casación*, por las razones esgrimidas en el acápite relativo a la competencia, deberá integrarse la Sala de Decisión de seis Magistrados, en aplicación del numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el art. 3° del A.L. 01 de 2018, para que se garantice, a través de otra Sala integrada por tres magistrados de esta Corporación, que no hayan participado en la presente decisión, la impugnación especial y solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena.

340. Lo anterior, en el entendido que a los procesados se les debe garantizar el derecho a que la primera condena sea corroborada, toda vez que, desde una perspectiva iusfundamental, se trata de evitar que el sindicado quede condenado de manera definitiva, por la decisión de una sola autoridad judicial, cualquiera sea su jerarquía.

341. En este asunto la doble conformidad se satisface a través de la impugnación especial, con la división funcional de la Sala de Casación Penal, en los términos del numeral 7° del artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018.

342. Así las cosas, la Sala que adopta la presente decisión únicamente está integrada por seis Magistrados.

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

RESUELVE

Primero: Casar la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020, por la Sala Penal de Conjuces del Tribunal Superior de Cúcuta.

Segundo: Condenar a GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO identificado con cédula de ciudadanía No. 13.436.481 de Cúcuta, a las penas de **ciento cuarenta y cinco (145) meses de prisión; multa** a indexar de cinco mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos (\$5.286.464.189) y 33.33 s.m.m.l.v.; **e inhabilitación** para el ejercicio de derechos y funciones públicas **por el término de 185 meses**, como autor responsable del delito de *peculado por apropiación a favor de terceros*, en concurso heterogéneo con el punible de *prevaricato por acción*.

Tercero: Condenar a ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO identificado con cédula de ciudadanía No. 5.418.342 de Cúcuta, a las penas de **noventa (90) meses y veintidós días y medio (22.5) de prisión; multa** a indexar de tres mil novecientos sesenta y cuatro millones ochocientos cuarenta y ocho mil ciento cuarenta y un pesos (\$3.964.848.141); **e inhabilitación** para el ejercicio de derechos y funciones públicas **por ese mismo término**, como interviniente responsable del ilícito de *peculado por apropiación a favor de terceros*.

Cuarto: Negar a los implicados la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria, acorde con lo advertido en la fundamentación.

Quinto: Ordenar la captura de GUSTAVO VILLASMIL QUINTERO y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, una vez ejecutoriada la presente decisión.

Sexto: Advertir que contra esta decisión procede la impugnación especial por doble conformidad judicial.

Séptimo: Declarar que no hay lugar a condena por el pago de daños y perjuicios.

En firme esta providencia, remítase la actuación al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad – Reparto -, para lo de su cargo.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,



HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

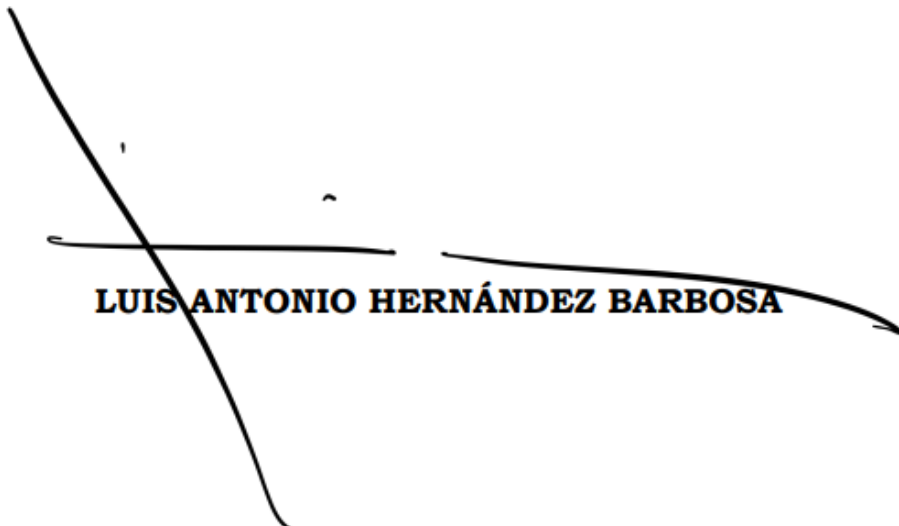


GERSON CHAVERRA CASTRO




DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

23



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



**FABIO OSPITIA GARZÓN
CON SALVAMENTO DE VOTO**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por las determinaciones de la mayoría, expongo a continuación los motivos por los cuales me aparto del fallo adoptado en este asunto, pues considero que la decisión de revocar la absolución dictada en ambas instancias del proceso, por presuntos errores de apreciación probatoria, que el demandante no denuncia, desconoce el carácter rogado de la casación, el principio de limitación que rige el recurso y la naturaleza excepcional que reviste la intervención oficiosa de la Corte.

1. Los recursos, como expresión de los derechos al debido proceso, defensa, contradicción y acceso a la doble instancia o la casación, se caracterizan por ser dispositivos, condición que significa que deben ser interpuestos y sustentados para que puedan ser resueltos. Sin el cumplimiento de esta condición, no es posible acceder a la revisión de la decisión.

2. También se rigen por el principio de limitación, que implica que el superior que revisa la decisión, trátase de recursos de crítica libre como la apelación, o de crítica vinculada como la casación, no puede pronunciarse sobre aspectos no impugnados, salvo, (i) que se trate de asuntos inescindiblemente vinculados

con ella, o (ii) que la misma ley permita hacerlo por vía de excepción.

3. Estas particularidades permiten diferenciarlos del grado jurisdiccional de consulta, que opera por ministerio de la ley, en el cual la competencia de la instancia superior para revisar la decisión de primer grado opera de forma automática y sin limitación alguna, en virtud de las facultades de competencia plena que la figura le otorga.

2. En materia casacional, el principio de limitación se encuentra legalmente regulado en ambos estatutos procesales vigentes. En la Ley 600 de 2000, bajo la cual se rituó este caso, el artículo 216 lo define en los siguientes términos:

«Art. 216.- Limitación de la casación. En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el demandante. Pero tratándose de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 220, la Corte deberá declararla de oficio. Igualmente podrá casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales».

3. La regla, como corresponde a la conceptualización del principio, es que la Corte no puede tener en cuenta causales distintas de las alegadas por el demandante, amén que, (i) el proceso está viciado de nulidad, o (ii) la sentencia atente de manera ostensible contra las garantías fundamentales.

La primera excepción, alude a vicios de procedimiento insubsanables, que necesariamente afectan de validez la sentencia. La segunda, a violaciones manifiestas de garantías fundamentales, que no generan nulidad, pero que es necesario proteger de manera oficiosa, con independencia de las alegaciones

del recurrente, como ocurre cuando se desconocen los principios de legalidad de los delitos y las penas, non bis in ídem, favorabilidad, prohibición de la reforma en peor, o presunción de inocencia, entre otros.

4. Este es el entendimiento en que históricamente han sido concebidas las excepciones al principio de limitación. Pretender ir más allá de este marco interpretativo, para arrogarse una competencia discrecional y omnímoda que permita al juez de casación auscultar sin limitaciones la declaración de justicia que la decisión contiene, no solo arruina la regla, sino que desnaturaliza por completo el recurso de casación, para convertirlo en un grado jurisdiccional de consulta.

5. En la Ley 906 de 2004, no aplicable a este caso en virtud de la época en que sucedieron los hechos, el principio de limitación aparece regulado en el inciso tercero del artículo 184, en los siguientes términos:

«En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo».

Los fundamentos son en esencia los mismos, en cuanto permite a la Corte superar «*los defectos de la demanda*», cuando surja la necesidad de realizar los fines del recurso, de cara a la incidencia que puedan tener frente a lo decidido en el caso concreto, lo que no significa, como pareciera entenderlo la sala mayoritaria, que la casación «*oficiosa*» procede frente a cualquier motivo, siendo suficiente la presentación una demanda vacía de

contenido para habilitar la revisión ilimitada de los fallos por parte de la Corte. Eso no consulta la lógica del recurso de casación ni el alcance del principio de limitación que lo preside.

5. En el caso que se estudia, la demanda presentada por el Procurador 86 Judicial Penal II de Cúcuta se circunscribió a plantear de manera inadecuada un único error de hecho por falso raciocinio, derivado de la valoración de la sentencia C-531 de 1995 de la Corte Constitucional. Según el demandante,

El Tribunal incurrió en un error de hecho «por falso juicio de raciocinio (sic)... específicamente al apartarse de las reglas de la sana crítica, en el aspecto de la lógica de la inferencia al valorar irracionalmente el mérito de la prueba documental referente a la sentencia N° 531 del 20 de noviembre de 1995 mediante la cual la Corte Constitucional declaró (sic) inexecutable el artículo 116 de la ley 6ª de 1992»

De haber valorado correctamente «esta prueba de manera razonada conforme a los criterios de la sana crítica, en el aspecto de la lógica de la inferencia, confrontándola con el resto de las pruebas existentes en el plenario, imperiosamente daría lugar a predicar que el acto administrativo consistente en el acta de conciliación el cual generó un “acuerdo de pago”, es manifiestamente ilegal, por cuanto la ley que otorgaba el reajuste a los pensionados, ya había salido del tráfico jurídico a través de un pronunciamiento de inconstitucionalidad».

La Sala, atinadamente, desestimó esta censura, por considerar que no se estructuraba el error denunciado ni tenía trascendencia alguna en el sentido de la decisión impugnada, pero, en lugar de declarar impróspero el recurso, decidió abordar «oficiosamente» el estudio de la integridad de la prueba aportada al proceso, para declarar errores de apreciación y valoración

probatoria no planteados en la demanda, de ninguna forma, con el sofisticado argumento que de su estudio se advertía «*una queja sobre la indebida apreciación probatoria*», que por ninguna parte se concreta.

6. Por estas razones, considero que la revocatoria de la absolución constituye una extralimitación manifiesta de los parámetros señalados en el artículo 216 del C.P.P., cuyos lineamientos también se encuentran definidos en los artículos 180 de la Ley 906 de 2004, puesto que la demanda, insisto, no ofrece ninguna pauta que permita a la Corte adentrarse en el estudio de errores probatorios distintos al planteado en ella, y porque considero que los que se declaran de oficio solo podían ser estudiados a instancia de la parte impugnante.


FABIO OSPITIA GARZÓN
Magistrado

Fecha, *ut supra*.