

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA**

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado Ponente

SEP- 00073-2021

Radicación N°48863

Aprobado Mediante Acta N° 41

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Culminada la audiencia de juzgamiento procede la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia a dictar el fallo que en derecho corresponda, dentro de la causa seguida contra el exgobernador encargado del departamento del Chocó, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien fue acusado por la Fiscalía General de la Nación, como autor de los delitos de prevaricato por acción, en concurso heterogéneo con

el punible de peculado por apropiación agravado a favor de terceros, ambos en concurso homogéneo y sucesivo.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, identificado con la cédula de ciudadanía número 11.636.201, expedida en Istmina (Chocó), nació el 22 de abril de 1973 en Istmina (Chocó), hijo de Abrahan Mosquera y Zulma Lozano, de 48 años de edad, casado con Luz Carmiña Murillo Cuesta, con grado de instrucción universitario de economista, especializaciones en derecho público y gestión de entidades territoriales, maestría en dirección y creación de empresas, residente en la carrera 1 N°20-31, barrio Niño Jesús, sector Los Balcones, casa 27 de Quibdó (Chocó).

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Se estructuran por la posible actuación irregular de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en su entonces condición de Gobernador encargado del departamento del Chocó, dentro de los procesos ejecutivos laborales 12686 y 13462, tramitados ante los Juzgados 1° y 2° Laborales del Circuito de Quibdó, adelantados en contra de la Entidad Territorial-Asamblea Departamental promovidos por varios extrabajadores de la última, toda vez que se transaron obligaciones ya canceladas, no causadas y sin acudir al Comité de Conciliación.

En los dos radicados se demandó ejecutivamente el pago de las cesantías definitivas y sanción moratoria reconocidas por la Asamblea Departamental del Chocó a favor de los trabajadores¹.

En el primero, se libró mandamiento de pago contra el departamento del Chocó–Asamblea Departamental, por \$1.287.381.380, más los intereses moratorios².

El apoderado del ente territorial formuló excepciones de mérito oponiéndose a la ejecución, bajo el argumento que la entidad territorial no estaba obligada a cancelar las acreencias de la Asamblea Departamental y la improcedencia de la sanción moratoria³.

En el segundo, el Juzgado de conocimiento libró mandamiento de pago contra el departamento del Choco – Asamblea Departamental por \$711.400.282. Posteriormente,

¹ Proceso N°12686: Antonio Torres Rentería (laboró como celador), Vilma Lucy Gil Orejuela (laboró como auxiliar de sistemas), Antonio Elimeleth Mosquera Perea (exdiputado) y José Bernardo Flórez Asprilla (exdiputado); Trámite N°13462: Freddy Lloreda Palacios (exdiputado de esa Corporación), Marcial Blandón Rivas, José Américo Mosquera Lozano, Florentino Blandón Palacios¹ y José Manuel Cuesta Córdoba¹.

² A favor de ANTONIO TORRES RENTERÍA por los siguientes valores: cesantías \$1.044.582 y sanción moratoria \$31'648.050; a favor de VILMA LUCY GIL OREJUELA por los siguientes valores: cesantías \$ 945. 000 y sanción moratoria \$21.968.961; a favor de ANTONIO ELIMELETH MOSQUERA PEREA por los siguientes valores: cesantías \$9'294.153 y sanción moratoria \$ 595'119884; y a favor de JOSE BERNARDO FLÓREZ ASPRILLA por los siguientes valores: cesantías \$28'543.650 y sanción moratoria \$ 598.817.100.

³ Excepciones de mérito como fueron: El encargo fiduciario, la ilegitimidad de la vinculación del Departamento del Chocó como demandado e improcedencia del pago de sanción moratoria.

fue adicionada la demanda para incluir el cobro de similares acreencias, lo que motivó agregar el mandamiento ejecutivo en \$2.651.087.032 más⁴.

En esta oportunidad, la entidad departamental, por medio del asesor jurídico solicitó el desembargo de una cuenta bancaria en noviembre de 2007.

El 4 de diciembre de esa misma anualidad, antes de ser resueltas las oposiciones y el desembargo del producto financiero, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, suscribió dos acuerdos de transacción con los apoderados de las partes demandantes, con los que comprometió a la Entidad a pagar \$1.480.000.000 y \$3.375.000.000, respectivamente, además de renunciar a los términos de notificación y ejecutoria⁵.

Una vez presentados⁶ y aprobados⁷ los documentos ante el Juzgado de conocimiento se entregaron y pagaron títulos judiciales en el primer caso por \$672.346.941,60, en tanto que, en el segundo por \$3.375.000.000; producto de diferentes embargos, sobre rentas percibidas por el ente territorial,

⁴ A favor de MARCIAL BLANDÓN RIVAS por los siguientes valores: cesantías \$1.575.000 y sanción moratoria \$571.200.000, a favor de JOSÉ AMERICO MOSQUERA LOZANO por los siguientes valores: cesantías \$24.997.318 y sanción moratoria \$683.221.769, a favor de FLORENTINO BLANDÓN PALACIOS por \$ 683.221.796 correspondientes a la sanción moratoria, y a favor de JOSE MANUEL CUESTA CORDABA por los siguientes valores: cesantías \$ 1.842.450 y sanción moratoria \$ 710.025.990.

⁵ Ver folio 98 c anexo original 1.

⁶ 18 de diciembre de 2007 y 19 de diciembre de 2007.

⁷ Folio 100-101 C A. Original 1 y Folio 198-199 C A. original 3. mismo a folio 300 c A. 3 y 1 c anexo 4.

comprometiendo indebidamente recursos públicos que no adeudaba la entidad territorial.

Además, en el proceso 2006-0483, el Tribunal Superior de Quibdó⁸ ordenó el reintegro de los dineros a la Gobernación, por cuanto era la Asamblea Departamental la obligada al pago de las acreencias, las cuales adicionalmente fueron cuantificadas en una suma inferior a la que fue objeto de transacción.

En los dos procesos, el Juzgado Laboral declaró la terminación y archivo por pago total de la obligación, con la orden de requerir a los demandantes para el reintegro del dinero recibido, sin que obre constancia de ello⁹.

ANTECEDENTES

1. Actuación procesal

1.1. El proceso emana de la compulsa de copias ordenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó), en sentencia de tutela de 18 de septiembre de 2009, dentro del proceso ejecutivo laboral N°2006-0483, el cual cursó en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de ese mismo

⁸ Decisión de 30 de junio de 2011.

⁹ Folio 238 c, original 1.

departamento, promovido por Antonio Torres Rentería, Vilma Lucy Gil Orejuela, Antonio Elimeleth Mosquera Perea y José Bernardo Flórez Asprilla contra la entidad territorial y la Asamblea Departamental, para que se investigara a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en su condición de primer mandatario encargado del Chocó.

1.2. El 28 de mayo de 2010, el Fiscal General de la Nación dispuso la apertura de la investigación previa¹⁰. El 3 de abril de 2012 el aforado rindió versión libre ante la Fiscalía 11 Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó¹¹.

1.3. La Fiscalía Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia con resolución de 29 de julio de 2013 abrió formalmente la investigación en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, y decretó la conexidad procesal para investigar de manera conjunta los radicados i) 13462¹² originado en la compulsa de copias dispuesta por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa¹³, por la presunta conducta irregular del aforado, dentro del proceso ejecutivo laboral 2007-00432 (2010-00222) y, ii) 12686 el cual derivó de la compulsa de copias ordenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en el que se advierte similar proceder del

¹⁰ Folios 20 y 21 C.O. Fiscalía 1.

¹¹ Folios 57 a 63 C.O. Fiscalía 1.

¹² Cuyo conocimiento fue delegado a la Fiscalía Octava ante la Corte Suprema de Justicia mediante Resolución 0 0530 del 15 de febrero de 2013.

¹³ Ver folio 1 y ss c anexo original 2. En esta providencia la Procuraduría dictó pliego de cargos al investigado Roger Pastor Mosquera Lozano, como Gobernador encargado del Departamento del Chocó.

exgobernador encargado, dentro del proceso ejecutivo laboral 2006-0483¹⁴. **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** fue vinculado mediante indagatoria el 17 de enero de 2014¹⁵.

1.4. El 16 de diciembre de 2014, se resolvió la situación jurídica absteniéndose de imponer medida de aseguramiento por los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros en concurso heterogéneo con prevaricato por acción, y se decretó la preclusión por prescripción por el delito de abuso de función pública¹⁶.

1.5. El 14 de septiembre de 2015, la Fiscalía Octava Delegada ante esta Corporación cerró la investigación¹⁷, conforme se prevé en el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal.

1.6. El 29 de julio de 2016, ese mismo despacho judicial profirió resolución de acusación en contra del aforado, como probable autor responsable del concurso homogéneo de delitos de prevaricato por acción en número de dos¹⁸, en concurso heterogéneo con el concurso homogéneo del punible de peculado por apropiación a favor de terceros agravado -dado que en los dos acuerdos se evidencian actos de disposición jurídica sobre el patrimonio del Estado-, con las circunstancias

¹⁴ Folios 73 a 82 C.O. Fiscalía 1.

¹⁵ Folios 131 a 141 C.O. Fiscalía 1.

¹⁶ Folios 170 a 199 C.O. Fiscalía 1.

¹⁷ Folio 96 C.O. Fiscalía 2.

¹⁸ Por la suscripción de dos transacciones.

de mayor punibilidad previstas en el artículo 58 del Código Penal, específicamente el numeral 1º y 9º¹⁹.

1.7. Mediante auto de 15 de febrero de 2017²⁰, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en audiencia preparatoria, resolvió las solicitudes de nulidad y pruebas presentadas por los sujetos procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 401 de la Ley 600 de 2000.

1.8. La audiencia de juzgamiento se adelantó y culminó en varias sesiones, a partir del 8 de octubre de 2019²¹.

2. La acusación

Como se mencionó, el presente asunto proviene de dos radicados seguidos en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, los cuales fueron objeto de decisión de conexidad. El 2006-0483 se originó por la compulsa de copias ordenada en sentencia de tutela de 18 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó²²; el 2007-00432 (2010-00222) de la dispuesta por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante auto de 25 de abril de 2012.

¹⁹ Folios 170 a 301 C.O. 2.

²⁰ Folio 39 a 54 C.C

²¹ Folios 288 C.C. 1, 23 de septiembre de 2020 (Folio 103) C.C.2.

²² Folio 4 y ss C. Original 1.

Siendo así, el calificadorio tras sintetizar la actuación, relacionar las pruebas allegadas a la investigación y el contenido de los alegatos presentados por los sujetos procesales, determinó el alcance de los elementos constitutivos de los delitos de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 del Código Penal y peculado por apropiación a favor de terceros consagrado en el 397 de la misma codificación, ambos en concurso homogéneo.

En particular, se atribuyó al procesado que actuando como Gobernador encargado del departamento del Chocó, el 4 de diciembre de 2007 suscribió dos acuerdos de transacción con cargo al presupuesto de la entidad territorial, sin fundamento legal, ya que era improcedente su cancelación dado que (i) algunas obligaciones reclamadas ya habían sido canceladas; (ii) otras no se causaron y por lo tanto no eran exigibles; (iii) las insolutas no podían ser asumidas por el departamento del Chocó porque la obligación recaía en la Asamblea, Corporación con autonomía administrativa y presupuestal y, iv) hubo ausencia de autorización legal y omisión del trámite administrativo establecido para la transacción de procesos judiciales.

Advierte que, como consecuencia de esos acuerdos, se efectuaron embargos sobre varias cuentas y rentas del departamento, así como se pagaron diferentes títulos judiciales a los apoderados de los demandantes, causando con ello un detrimento sobre el patrimonio público.

Siguiendo el orden del calificadorio, la Fiscalía aborda el estudio de los procesos ejecutivos laborales, de manera detallada, de la siguiente manera:

- i) N°2006-0483.

Precisa la Fiscalía que el 13 de octubre de 2006, los abogados Ignacio Cuesta Allín y Henry Eduardo Lázaro Ortiz, presentaron demanda ejecutiva laboral contra el departamento del Chocó – Asamblea Departamental²³, pretendiendo el pago de las cesantías definitivas y sanción moratoria adeudada a los extrabajadores de la corporación: Antonio Torres Rentería, quien trabajó como celador, Vilma Lucy Gil Orejuela, auxiliar de sistemas, Antonio Elimeleth Mosquera Perea y José Bernardo Flórez Asprilla, exdiputados.

La demanda correspondió al Juzgado Primero laboral del Circuito de Quibdó, el cual el 20 de noviembre siguiente libró mandamiento de pago en contra del departamento de Chocó – Asamblea Departamental, por los siguientes valores, en total \$1.287.381.380, más los intereses moratorios:

²³ Folios 1 a 30 C.A.1.

NOMBRE	CESANTÍAS	SANCIÓN MORATORIA	TOTAL
ANTONIO TORRES REENTERÍA	\$1.044.582	\$31.648.050	\$32.692.632
VILMA LUCY GIL OREJUELA	\$945.000	\$21.968.961	\$22.913.961
ANTONIO ELIMELETH MOSQUERA PEREA	\$9.294.153	\$595.119.884	\$604.414.037
JOSE BERNARDO FLOREZ ASPRILLA	\$28.543.650	\$598.817.100	\$627.360.750
TOTALES	\$39.827.385	\$1.247.553.995	\$1.287.381.380

Por su parte, menciona el ente investigador que el representante legal de la Asamblea Departamental presentó memorial, en el cual indicó que no era procedente promover demandas durante la vigencia del acuerdo de reliquidación de pasivos y que el órgano administrativo carecía de personería jurídica.

Adicionalmente, denota que de la demanda fue notificado el Gobernador Julio Ibarguen Mosquera, el 30 de enero de 2007 y el 8 de febrero siguiente, el Asesor Jurídico del departamento presentó tres excepciones de mérito: (i) encargo fiduciario; (ii) ilegitimidad de la vinculación al departamento del Chocó como

demandado; (iii) e improcedencia del pago de sanción moratoria por el departamento del Chocó (Ley 244 de 1999). También, pidió la nulidad de la actuación y cuestionó las decisiones de la Asamblea Departamental, en el sentido de autorizar al Gobernador para acogerse a la Ley 550 de 1999 y, posteriormente expedir actos administrativos reconociendo la sanción moratoria.

Añade que el 23 de abril de 2007, el Juzgado rechazó una solicitud de incidente de desembargo y ordenó correr traslado de las excepciones al ejecutante. El abogado se opuso a las mismas.

El 22 de mayo de esa anualidad, se corrió traslado común para alegar de conclusión y el 25 de junio siguiente, se señaló fecha para la audiencia en la que se resolverían las excepciones propuestas.

Revela que el proceso fue remitido al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, tras haber prosperado una recusación contra el primero; decisión revocada el 6 de agosto de 2007, por lo que se devolvió la actuación el 8 de agosto siguiente.

Indica el pliego de cargos que, el 9 de agosto de 2007 se decretó el embargo y retención de dineros administrados por Fiduagraria S.A., así como el 3 y 10 de diciembre de ese año

respecto de las cuentas corrientes del Banco de Bogotá y Popular hasta por \$1.123.000.000²⁴.

Sostiene el calificadorio que el 18 de diciembre de 2007, ante el Juzgado de conocimiento, fue radicado un documento de transacción suscrito el 4 de diciembre anterior por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en calidad de Gobernador encargado del departamento del Chocó y Henry Eduardo Lázaro Ortiz e Ignacio Cuesta Allín, como apoderados de los demandantes, en el cual se señala haber acordado transar la litis en \$1.480.000.000, que se cancelaría con los títulos retenidos en los depósitos judiciales, condonándose \$103.600.000 que corresponden a las agencias en derecho, además renunció a los términos de notificación y ejecutoria²⁵. Tras su aprobación se declaró terminado el proceso.

Destaca que en la misma fecha, el Juzgado de conocimiento ordenó varios embargos sobre los remanentes de otros procesos judiciales seguidos contra el departamento del Chocó, cuentas bancarias y rentas de esa entidad territorial así: (i) 18 de diciembre de 2007, sobre los remanentes del proceso 2007-00227 y de una cuenta bancaria; (ii) 12 de mayo de 2008 sobre los remanentes del proceso 2006-0073; (iii) 25 de marzo de 2009 sobre rentas de hidrocarburos; (iv) 27 de julio de 2009 sobre los remanentes del proceso 2006-0498 y una cuenta bancaria; (v) 4 y 19 de agosto de 2009 sobre dos titulos obrantes en los procesos 2006-0498 y 2006-0361; (vi) 28 de

²⁴ Folios 33 y ss C.A. 1.

²⁵ Ver folio 98 c anexo original 1.

agosto de 2009 sobre una cuenta bancaria; (vii) 3 y 19 de noviembre de 2009 sobre títulos judiciales a órdenes de ese despacho; y (viii) 10 de noviembre de 2009 sobre los remanentes del proceso 2007-0715.

Adicionalmente, se ordenó y efectuó el pago de 4 títulos judiciales a favor de los apoderados de la parte demandante por \$672.346.941,60.

Denota el proveído que los apoderados de la gobernación solicitaron el desembargo de algunas rentas o remanente de otros procesos (4 de febrero de 2008 y 12 de agosto de 2009), la entrega de títulos (21 de abril de 2008) e interpusieron recursos de reposición y apelación contra las decisiones de embargo proferidas el 27 de julio y 4 de agosto de 2009. La reposición fue denegada, en tanto que el Tribunal Superior de Quibdó en decisión de 30 de junio de 2011, revocó la decisión al considerar que la parte obligada era la Asamblea Departamental, así que levantó las medidas cautelares decretadas, ordenó devolver a las cuentas de origen los dineros retenidos, su reintegro en el evento de haber sido recibidos por el ejecutante, declaró insubsistente el mandamiento de pago en relación con Antonio Elimeth Mosquera Perea y dispuso liquidar el crédito acorde a las modificaciones efectuadas al mandamiento de pago.

También resalta que el 6 de julio de 2011, el Juzgado de Primera Instancia dictó auto de obedecimiento a lo resuelto por

el superior y el 8 de agosto siguiente dispuso: (i) excluir unos valores del mandamiento de pago; (ii) reliquidar el crédito; (iii) modificar el valor aprobado de la transacción en \$246.357.919; (iv) fijar agencias en derecho por \$ 12.317.895; y (v) requerir a la parte demandante y sus apoderados para que en el término de un mes reintegren los dineros recibidos, que ascendían a \$ 672.346.941, 60.

Advierte que mediante auto de 25 de agosto de 2011 se aprobó la nueva liquidación del crédito y, posteriormente el Juzgado Adjunto aprobó las agencias en derecho. El 22 de enero de 2013, el Juzgado Primero Laboral del Circuito ordenó reiterar los requerimientos de reintegro del dinero y declaró terminado el proceso por pago total de la obligación, sin que obre constancia de ello²⁶.

ii) N°2007-00432 (posteriormente 2010-00222)

Alude el Ente Acusador que el 13 de octubre de 2006, el apoderado de Fredy Lloreda Palacios, presentó demanda ejecutiva laboral contra el departamento del Chocó – Asamblea Departamental, con la pretensión de obtener el pago de las cesantías definitivas y sanción moratoria adeudadas en su calidad de exdiputado de esa Corporación. La demanda fue admitida el 27 de agosto de 2007 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, y el 28 siguiente libró

²⁶ Ver folio 238 c, original 1.

mandamiento de pago por \$711.400.282, más intereses moratorios, además de ordenar el embargo de dineros que tuviera el demandado en Fiduagraria hasta por \$1.068.000.000.

Indica la Fiscalía que el 9 de octubre de 2007, se adicionó la demanda para incluir el cobro de las cesantías definitivas y sanción moratoria adeudadas a los exdiputados de la Asamblea Departamental, Marcial Blandón Rivas y José Américo Mosquera Lozano, así como el pago de la sanción moratoria de los exdiputados, Florentino Blandón Palacios y José Manuel Cuesta Córdoba. Por auto del 10 de septiembre del mismo año se adicionó el mandamiento de pago en \$2.651.087.031, así:

NOMBRE	CESANTÍAS	SANCIÓN MORATORIA	TOTAL
MARCIAL BLANDÓN RIVAS	\$1'575.000	\$571'200.000	\$572'775.000
JOSÉ AMÉRICO MOSQUERA LOZANO	\$24'997.318	\$683'221.796	\$683'221.796
FLORENTINO BLANDÓN PALACIOS		\$683'221.796	\$683.221.796
JOSÉ MANUEL CUESTA CÓRDOBA	\$1'842.450	\$710.025.990	\$711'868.440
TOTALES	28'414.768	2.647.669.582	\$2.676'084.350

Resalta el proveído que en la misma fecha se adicionó la medida cautelar, ordenando el embargo de los dineros que el demandado tuviera en una cuenta del banco de Bogotá, sin exceder de \$3.000.000.000.

El 22 de octubre de 2007, se embargó la cuenta bancaria N°578-38330-9 hasta por \$4.000.000.000 y, el 14 de noviembre siguiente, el Asesor Jurídico del departamento del Chocó, Jackson Vargas Caicedo, solicitó el desembargo de ese producto financiero, argumentando que los recursos provenían del “*Sistema General de Participaciones*”, con destinación exclusiva al pago de acreencias laborales de docentes indígenas.

Destaca la decisión de calificación que el 3 de diciembre de 2007, el Juzgado dispuso también el embargo y retención de los dineros que el demandado tuviera o llegare a tener en las cuentas corrientes N° 578-37399-5 y 578-337388 del banco de Bogotá y 380-01148-6 del banco Popular, en el porcentaje permitido por la ley (20%), hasta la suma de \$4.000.000.000.

Refiere el proveído que el 18 de diciembre de 2007, ante el Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, fue radicado un documento de transacción suscrito el 4 de diciembre anterior por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en calidad de Gobernador encargado del departamento del Chocó, y los apoderados de los demandantes, en el cual acordaron transar el proceso en \$3.375.000.000, como en el anterior

acuerdo, renunció a los términos de notificación y ejecutoria. El mismo día se aprobó la transacción propuesta por las partes y se declaró terminado el proceso²⁷.

Posteriormente, alude que el Juzgado de conocimiento ordenó nuevos embargos sobre remanentes de procesos judiciales seguidos contra el departamento, cuentas bancarias y rentas de la entidad territorial, a través de autos de: i) 20 de mayo de 2008 del proceso 2006-00361; ii) 10 de diciembre de 2008 del trámite 2006-00361-; iii) 10 de diciembre de 2008 - sobre rentas de hidrocarburos y licores-; iv) 23 de febrero de 2009 -de los dineros de la cuenta del Sistema General de Participaciones; v) 4 de marzo de 2009 del radicado 2006-0222; vi) de impuestos de telefonía y de la misma cuenta bancaria; vii) 13 de marzo de 2009 -de impuestos o sobretasa de hidrocarburos-; viii) 10 de junio de 2009 -sobre dineros de una cuenta bancaria-; ix) 3 de septiembre de 2009 -sobre cuentas y regalías por explotación de materiales preciosos- y x) 17 de noviembre de 2009 -sobre cuenta denominada Fiduagraria-.

Indica que el 24 de noviembre de 2009, el Juez de conocimiento se declaró impedido y la actuación la continuó el Juez Segundo Laboral del Circuito de Quibdó.

Luego de la aprobación de la transacción de 4 de diciembre de 2007, los apoderados del departamento

²⁷ Folio 198-199 C anexo original 3, mismo a folio 300 c anexo 3 y 1 c anexo 4.
Página 18 de 162

presentaron varias solicitudes de desembargo, se opusieron e impugnaron algunas medidas cautelares decretadas, requirieron la entrega de títulos de depósito judicial y presentaron incidente de nulidad para que se desvinculara económicamente a la gobernación y se devolvieran los recursos retenidos.

Sostiene la Fiscalía que, en la decisión impugnada por el departamento del Chocó, que corresponde al auto del 10 de junio de 2009, por la cual se decretó el embargo de dineros de la cuenta bancaria “*Sistema General de Participaciones*”, el Juez resolvió no reponer y conceder la apelación. El 10 de septiembre siguiente, el Gobernador del departamento formuló acción de tutela contra el despacho judicial, amparo que fue denegado por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó.

Destaca la resolución de acusación que el 11 de agosto de 2010, ante el Juez Segundo Laboral del Circuito de Quibdó, se presentó un nuevo acuerdo transaccional por el mismo valor, esto es \$3.375.000.000, suscrito por Maricel del Carmen Quejada Mena en representación del departamento y, los abogados Stella Palacios Chaverra e Ignacio Cuesta Allín. El 27 de agosto y 1º de diciembre del mismo año, el Asesor Jurídico y el Gobernador encargado de la misma Entidad Territorial, informaron al despacho que el arreglo había sido autorizado y el 14 de diciembre se le impartió aprobación.

En razón de lo anterior, menciona la Fiscalía, que el 11 de enero de 2011, la apoderada de la comprensión territorial desistió del recurso y en primera instancia se decretaron nuevos embargos.

El Tribunal Superior de Quibdó no aceptó el desistimiento del recurso interpuesto contra auto de septiembre 10 de 2009²⁸, declaró improcedente el medio por carencia de objeto y ordenó copias para investigar posibles irregularidades en el trámite del proceso ejecutivo.

En suma, llama la atención que se ordenó y efectuó el pago de ciento seis (106) títulos de depósito judicial, por un total de tres mil trescientos setenta y cinco millones de pesos con ochenta centavos (\$3.375.000.000,80). Noventa y dos (92), los cuales fueron cancelados a los apoderados de la parte demandante y catorce (14) remitidos a otros procesos judiciales, previa conversión para el pago de obligaciones a cargo de los demandantes.

Por último, arguye que el 8 de febrero de 2012, se ordenó la cancelación del saldo de la obligación existente y la terminación del proceso por pago total.

²⁸ Cfr. folio 32 resolución acusación.

Sobre este punto y en relación con el delito de prevaricato por acción, concretamente, la Fiscalía indica que el Gobernador encargado del departamento del Chocó, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien dentro de sus funciones tenía la de ser el ordenador del gasto, suscribió dos transacciones el 4 de diciembre de 2007, a través de las cuales comprometió los recursos de la administración por \$1.480.000.000 y \$3.375.000.000, respectivamente, con el fin de pagar las obligaciones laborales, las cuales eran objeto de cobro en los dos procesos ejecutivos mencionados en precedencia, promovidos por varios extrabajadores de la Asamblea Departamental, asumiendo de manera indebida e ilegal deudas que no le correspondía.

Resalta el calificadorio que, los dos acuerdos fueron aprobados por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, el 18 de diciembre de 2007, ordenándose la entrega de varios títulos judiciales a los apoderados de los demandantes, constituidos en razón de las medidas de embargo decretadas sobre los dineros públicos asignados al departamento.

En consecuencia, concluye que la actuación del aforado corresponde a la conducta descrita en el artículo 413 del Código Penal, debido a que al suscribir dichos acuerdos exteriorizó la voluntad de la administración departamental, vinculando a la gobernación, pues acepta la existencia de obligaciones laborales reconocidas a favor de extrabajadores de la Asamblea Departamental, con cargo a los recursos del ente territorial.

Adicionalmente, llama la atención sobre una cláusula contenida en las transacciones que incorpora la orden expresa de entregar los títulos judiciales constituidos con dineros del departamento que habían sido retenidos en esos procesos, lo que, para el Ente Acusador confirma la existencia de un acto de disposición presupuestal en cabeza del Gobernador.

Se señala en el calificadorio que las transacciones se muestran contrarias a derecho, debido a que las cesantías definitivas de José Manuel Cuesta Córdoba²⁹, habían sido canceladas por la Asamblea Departamental del Chocó. De ello, resalta la Fiscalía, se allegó el comprobante de pago.

También, alude a obligaciones que no se causaron o no eran exigibles judicialmente en los dos procesos ejecutivos labores, como el pago de la sanción moratoria, de tal suerte que en el radicado 2006-0483, se presentaron excepciones de mérito en ese sentido, además el valor adeudado por la Asamblea Departamental era inferior al que fue objeto de transacción.

En consecuencia, sostiene la Fiscalía que el procesado al suscribir el acuerdo de transacción transgredió la legalidad, al comprometer los recursos del ente territorial, por cuanto dispuso el pago de una sanción sin fundamento legal.

²⁹ Proceso 2007-00432.

A su vez, menciona similar situación en el caso del señor Florentino Blandón Palacios³⁰, a quien se incluyó en el acuerdo de transacción mencionado, a pesar de no tener claridad frente al periodo durante el cual se causó la penalidad por mora en el pago de las cesantías ni la suma reconocida a su favor.

Señala el proveído que, respecto de Marcial Blandón³¹ Rivas, el valor reconocido y cancelado por concepto de sanción moratoria fue superior al que correspondía, ya que se cobró un periodo anterior a su causación, por lo tanto, cuando **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** suscribió la transacción sin realizar deducciones por sumas indebidamente reconocidas obligó al departamento a cancelar un mayor valor del adeudado.

En cuanto a los señores José Américo Mosquera Lozano³² y Florentino Blandón Palacios, advierte la Fiscalía que la Asamblea Departamental reconoció la sanción moratoria de manera anticipada, dado que se incluyeron fechas anteriores al cumplimiento del término previsto en la ley y fue sobre este valor que el aforado realizó la transacción, lo cual evidencia la ilegalidad.

³⁰ Proceso 2007-00432.

³¹ ídem.

³² ídem.

En punto del proceso ejecutivo 2006-0483, en la resolución de acusación se resalta que el exgobernador, al suscribir la transacción aludida obligó al departamento a pagar la sanción moratoria a favor de Antonio Torres Rentería, indebidamente liquidada por el Juzgado³³, sin que obre deducción o aclaración al respecto, similar situación señala el proveído sobre Antonio Elimeleth Mosquera Perea.

Sobre José Bernardo Flórez Asprilla, advierte el Acusador que la Asamblea Departamental del Chocó reconoció la sanción moratoria de manera anticipada, ya que corresponde a fechas anteriores al término previsto en la ley para su causación, valores sobre los que el aforado realizó la transacción con los apoderados de la parte demandante.

Adicionalmente, en el calificadorio se hace referencia al trámite del proceso ejecutivo frente a la liquidación de la sanción moratoria, debido a que el departamento del Chocó presentó excepciones dentro del término legal, pero a raíz de la transacción no hubo pronunciamiento de fondo sobre las mismas. Posteriormente, los apoderados de la entidad territorial recurrieron varias decisiones sobre la imposición de nuevas medidas cautelares que afectaban las rentas departamentales.

³³ Cfr. folio 67 resolución de acusación

De igual forma, la resolución de acusación destaca el auto de 27 de julio de 2009, proferido dentro del primer proceso laboral, en el cual se dispuso el embargo de una cuenta con dineros que provenían del “Sistema General de Participaciones”, sobre el cual el departamento interpuso los recursos de reposición y apelación. La segunda instancia revocó la decisión, declaró insubsistente el mandamiento de pago frente a la sanción moratoria reconocida a Antonio Elimeleth Mosquera Perea y ordenó al *A quo* liquidar el crédito, por lo que dispuso requerir a los apoderados de los demandantes para que restituyeran el valor pagado hasta ese momento equivalente a \$672,346.941, sin que obre constancia de la devolución.

Igualmente, aludió la Fiscalía que dentro de la transacción suscrita por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, sobre el proceso³⁴ de Vilma Lucy Gil Orejuela, transigió una obligación que no se encontraba acreditada, por concepto de cesantías.

Por otro lado, reitera la Fiscalía en el proveído la ausencia de autorización legal y omisión del trámite administrativo establecido para la transacción de procesos judiciales, en virtud de los artículos 93 del Decreto 1222 de 1986 y 341 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época, ultimo que prohibía celebrar acuerdos transaccionales sin autorización

³⁴ Proceso N°2006-0483.

expresa del representante legal de la entidad o visto bueno del Comité de conciliación.

Lo anterior, se concluye en la resolución de acusación, dando credibilidad al informe de policía judicial N° 9-46287 de 20 de mayo de 2015, las declaraciones de los apoderados de los demandantes en los procesos ejecutivos señalados y los dichos del aforado, incluida su injurada.

En suma, sostiene la acusación que se demostró la materialidad del concurso de delitos de prevaricato por acción, ya que hay una contradicción de las transacciones con la posición jurídica de la gobernación y con la tesis imperante del Tribunal Superior de Quibdó, además de ignorarse el trámite ante el Comité de conciliación, previo a la suscripción de los acuerdos, determinado por la ley.³⁵

Sobre el concurso de delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, la Fiscalía considera se reúnen los requisitos exigidos por la ley, dado que se realizaron pagos de diversos títulos de depósitos judiciales en virtud de las transacciones suscritas el 4 de diciembre de 2007, por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, con recursos públicos asignados al ente territorial.

³⁵ Cfr. f. 100 resolución de acusación.

Según la acusación, la cuantificación de la indebida apropiación corresponde al valor total por el que se realizaron las transacciones, que para el radicado 2006-0483 fue por concepto de \$1.480.000.000, en tanto que para el 2007-00432 \$3.375.000.000.

Resalta la Fiscalía, que en el primer caso el mandamiento de pago fue librado por \$1.287.381.380, por ello la transacción lo supera en \$192.618.620. Además, el Juzgado de conocimiento ordenó la entrega de cuatro títulos judiciales a favor de los apoderados de los demandantes que suman \$672.346.941,60, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de Quibdó, el cual ordenó devolver los dineros retenidos, sin que obre en el plenario la restitución de los pagos realizados a los apoderados de los demandantes.

En el segundo proceso, el mandamiento de pago se libró por \$3.387.484.632, advirtiéndose una diferencia de \$12.484.632 en relación con la transacción. En este caso, el Juzgado ordenó la entrega de 106 títulos de depósito judicial, de los cuales 92 fueron pagados a los apoderados de los demandantes y 14 remitidos a otros procesos judiciales.

Para tales efectos, el acusador se apoyó en el informe 9-38989 de 5 de febrero de 2015, el cual aporta a la actuación dos certificaciones de los Juzgados 1º y 2º Laborales del Circuito de Quibdó, en las que se relacionan los pagos efectuados en los referidos procesos.

Por lo anterior, el ente acusador considera probada la materialidad del delito de peculado por apropiación a favor de terceros, en concursos homogéneo por tratarse de dos desembolsos: i) \$672.346.941,60 en el proceso 2006-0483 y, ii) \$3.375.000.000,80 del 2007-0432, en cuantías que superan los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos, que equivale a \$86.740.000.

En punto a la responsabilidad del procesado, en la resolución de acusación se señala a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, como presunto autor del delito de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, en concurso homogéneo, dado que contrario la normatividad aplicable para adelantar las transacciones en los dos procesos laborales plurimencionados por cuanto: i) transó obligaciones ya canceladas, ii) obligaciones que no se causaron o no eran exigibles judicialmente, iii) porque las obligaciones recaían en la Duma, iv) no se analizó la situación y estado de pago de cada demandante, v) se omitió surtir el trámite ante el comité de conciliación, así como la verificación de la disponibilidad presupuestal o rubro, vi) no se verificó el estado de los procesos ejecutivos laborales para conocer la estrategia defensiva de la entidad, y vii) las acreencias laborales no forman parte del acuerdo de reestructuración y de Mosquera Perea, ni siquiera reconoce la entidad la existencia de la obligación laboral pretendida.

Por otra parte, destaca el Ente Fiscal que el aforado renunció a los términos de la notificación y ejecutoria frente a las decisiones judiciales que avalarían las transacciones, lo cual aseguraba el cumplimiento de lo pactado, es decir, el detrimento patrimonial al Estado.

Siendo así, para la Fiscalía con su conducta se vulnera el bien jurídico tutelado y, de contera, se aleja del cumplimiento de los deberes que tenía como Gobernador encargado del departamento del Chocó.

Señala el calificadorio que en las dos conductas atribuidas a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, se configuran las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 1°y 9° del artículo 58 del Código Penal.

3. Alegatos de conclusión en la audiencia pública

3.1. La Fiscalía

Solicita se profiera sentencia condenatoria en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, como autor responsable del concurso heterogéneo de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado, cada uno de estos en concurso homogéneo y bajo la circunstancia de agravación punitiva prevista en

numeral 1° del artículo 58 del Código Penal, por cuanto se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, pues existe en el proceso prueba que conduce a la certeza de las conductas punibles y la responsabilidad del procesado.

Para el Ente Acusador no existe discusión de la calidad foral del acusado, toda vez que por medio del Decreto N°0671 del 29 de noviembre de 2007³⁶, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, entonces Secretario de Hacienda Departamental, fue encargado de las funciones de Gobernador del departamento del Chocó, mientras el titular Julio Ibarguen Mosquera permanecía fuera de la ciudad. Así mismo, obra una certificación sobre la duración de dicho encargo en el lapso que va entre el 29 de noviembre y 5 de diciembre de 2007, así como la certificación expedida por la Oficina de Talento Humano del Departamento de la Entidad Territorial sobre la vinculación del aforado como Secretario de Hacienda, entre el 7 de junio de 2005 y el 31 de diciembre de 2007³⁷.

Realiza una relación de los medios de prueba que fueron acopiados mediante el informe del CTI N°828773 de 27 de noviembre de 2013, un resumen de estos, así como de las declaraciones vertidas por los testigos y procesado. Sobre estos destaca, la sentencia de tutela proferida el 18 de septiembre de 2009, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó - Sala Única, junto con las copias del proceso ejecutivo laboral N° 2006-0483, que cursó en el Juzgado 1º Laboral del Circuito

³⁶ Folios 4 y 5 del cuaderno de anexo original No. 3.

³⁷ Folio 27 del cuaderno original No. 1.

de Chocó. Así como, la copia del auto que contiene el pliego de cargos emitido el 25 de abril de 2012, por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, dentro de la investigación disciplinaria 2010-20171, por presuntas irregularidades que se suscitaron en el proceso ejecutivo laboral 2007-00432.

Precisa la delegada del órgano persecutor que, con todo el material suvisorio obrante en el proceso, se acreditan los elementos del tipo objetivo, subjetivo y responsabilidad del procesado, pues se corrobora que “*en los procesos ejecutivos laborales, la existencia de excepciones de mérito propuestas por los apoderados judiciales del departamento*” no fueron resueltas, debido a la presentación de los acuerdos transaccionales.

Destaca la Acusadora, igualmente que con los testimonios de Jackson Vargas y Jaime Pino Lozano, quienes se desempeñaron como Asesores Jurídicos del departamento del Chocó, para el periodo que aquí interesa, al igual que con los dichos de los abogados Pedro Ignacio Cuesta Allín y Henry Eduardo Lázaro Ortiz, se acreditó que el procesado no consultó al titular antes de suscribir los acuerdos transaccionales, ni les antecedió un estudio técnico, jurídico y económico, tampoco fueron revisados los estados de los procesos judiciales y el alcance económico de estos como correspondía.

De los dos últimos testimonios rendidos en la etapa del juicio, advierte la delegada fiscal, el interés en apoyar al

Gobernador encargado, pues confrontados con los de la fase de instrucción, resultan contradictorios, ya que primero indicaron que las transacciones se suscribieron sin la intervención de los Asesores del departamento, en tanto que, en la causa manifestaron que el aforado si los consultó, así como lo hizo con el titular, Julio Ibarguen Mosquera.

Del abogado Pedro Ignacio Cuesta Allin, menciona la representante de la Fiscalía, que tenía cercanía con el Juzgado Laboral del Circuito, pues meses atrás laboró en distintos cargos, con el Juez que tramitaba los procesos a los que nos hemos referido, sin que se explicara la existencia de impedimentos.

Así mismo, señala del interrogatorio del acusado que, por los estudios profesionales, especializaciones y experiencia en el sector público, no existe justificación legal para haber suscrito dichos acuerdos transaccionales sin consultar al Comité de Conciliación, pues facilitó la apropiación de dineros públicos, a pesar de advertirse discusión judicial sobre la legitimidad para pagar dichas deudas.

Adicionalmente, destaca que, de los certificados emitidos por la secretaría del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, se establece que se cancelaron los títulos, sin que se advierta el reintegro de los dineros al departamento, por lo que estima la Fiscalía se acreditó la ocurrencia de los hechos.

De ahí que, se dé valor probatorio al informe de policía judicial de 9 de mayo de 2017, donde se concluyó el detrimento

patrimonial causado al departamento en la suma de \$7.870.815.310.78, debido al cumplimiento de los acuerdos celebrados el 4 de diciembre de 2007, indexado a 31 de abril de 2017, incluido el cálculo del lucro cesante aplicando el interés legal del 6% anual.

Resalta que, contrario a lo planteado por la defensa, los acuerdos de reestructuración de pasivos del departamento de noviembre 27 de 2001, su modificación fechada el 8 de julio 2005, así como el acta de reunión de julio 19 de 2007, no contienen las obligaciones a las que se hace referencia en los procesos ejecutivos laborales referidos, sino varios eventos de incumplimiento, así como la terminación del acuerdo mencionado.

Por otra parte, las demandas ejecutivas laborales iniciaron antes de que se terminará el acuerdo de reestructuración de pasivos del departamento, sin que se advirtiera alguna situación de urgencia para el periodo que nos ocupa, tal y como lo propone la defensa de ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, al punto de verse obligado a no acudir al Comité de Conciliación previsto para que se efectuara el correspondiente estudio frente a la propuesta de transacción y se determinara su conveniencia, conforme a lo reglado en las Leyes 448 de 1995, 446 de 1998, 23 de 1991 y el Decreto 1214 de 2000.

Concluye entonces la delegada, que los acuerdos de transacción, son manifiestamente contrarios a la ley porque desconocen las normas vigentes para el momento de la

suscripción de los mismos, además, acordaron obligaciones que ya habían sido canceladas por la Asamblea; otras no se causaron o no eran exigibles judicialmente, se asumieron pagos de prestaciones laborales que recaían exclusivamente en la Asamblea Departamental, la cual tiene autonomía administrativa y presupuesto propio y no se verificó la disponibilidad presupuestal o rubro que se afectaba, según lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación-, causando con ello un detrimento patrimonial al departamento del Chocó.

En cuanto a la responsabilidad de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, frente al delito de peculado por apropiación a favor de terceros, sostiene que en su calidad de Gobernador encargado ostentaba la competencia funcional para administrar y comprometer los recursos públicos asignados a esa entidad territorial y al suscribir los acuerdos exteriorizó la voluntad de la administración departamental, porque reconoció la existencia y vigencia de acreencias laborales a favor de los demandantes.

Indica la señora Fiscal que conforme con la prueba documental, concretamente con la copia de los dos procesos laborales ejecutivos, se acreditaron los pagos de diversos títulos de depósitos judiciales, por lo que considera el punible se cometió, a partir del deber funcional que como garante de la correcta utilización y destinación de los recursos tenía el entonces Gobernador encargado **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**; probándose así la apropiación indebida de dineros públicos a favor de terceros, cuya cuantía

corresponde al valor total por el que se transigieron los procesos laborales, esto es, \$1.480.000.000 y \$3.375.000.000 respectivamente.

Adicionalmente, destaca que en las certificaciones expedidas el 14 y 15 de enero de 2015, por los Juzgados Primero y Segundo Laborales del Circuito, se relacionan en forma detallada los pagos efectuados en los procesos referidos, lo cual evidencia los desembolsos de los títulos de depósitos judiciales con los que se cancelaron acreencias laborales reclamadas por extrabajadores de la Asamblea Departamental del Chocó.

Para la Fiscalía, no hay lugar a dudas sobre la existencia de un concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado, por cuanto fueron dos las transacciones suscritas por el acusado, constitutivas de verdaderos actos de disposición jurídica sobre el patrimonio estatal. Conducta que se agrava, por cuanto la cuantía en cada uno supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de ocurrencia de los hechos.

También estima viable para los delitos atribuidos en concurso homogéneo, la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el artículo 58, numeral 1º del Código Penal, toda vez que los dineros apropiados a favor de terceros provenían de diversas rentas del departamento, entre ellas una cuenta del “Sistema General de Participaciones” y estos corresponden a los recursos que la nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política

de Colombia, a las entidades territoriales para la financiación de los servicios a su cargo, en salud, educación y los definidos en el artículo 76 de la Ley 715 de 2001.

En suma, para la acusadora, la valoración de las pruebas testimoniales, documentales y periciales, conforme a los criterios del proceso penal reglados en los artículos 232 a 279 de la Ley 600 de 2000, conducen a un conocimiento más allá de toda duda que logra superar los principios rectores de presunción de inocencia e in dubio pro reo y, consecuentemente, lleva a condenar al acusado, a título de dolo, según lo dispone el artículo 22 del Código Penal, ya que se trata de un profesional en economía, con especialización en derecho público, así como, en gestión de entidades territoriales y maestría en dirección y creación de empresas. Además, venía desempeñando el cargo de Secretario de Hacienda Departamental desde junio de 2005, lo cual le brindaba un conocimiento privilegiado de las finanzas de la gobernación del Chocó y de los procedimientos administrativos para la ordenación del gasto o para la disposición de dineros públicos.

Para ella, es clara la lesión al bien jurídico protegido sin justa causa, es decir la administración pública, ya que al momento de ejecutar los delitos, el aforado tenía la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sin que se observe causal de ausencia de responsabilidad, por el contrario, le era exigible un comportamiento distinto.

Como petición adicional, solicita la Fiscalía, que sin perjuicio de la prescripción de los comportamientos, en el ámbito penal y disciplinario, se compulsen copias con destino a la Dirección Seccional de Fiscalías de Quibdó y al Consejo Seccional de la Judicatura del mismo municipio -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, respectivamente, para que se investigue la conducta de los abogados demandantes, por haber suscrito los acuerdos transaccionales que se tornaron ilegales, que incluye al Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, por no haberse declarado impedido frente a la cercanía con el abogado Pedro Ignacio Allín Cuesta, así como de los exservidores públicos de la Asamblea Departamental del Chocó, que recibieron los dineros producto de estos procesos judiciales, por cuanto para la fecha no se han reintegrado a las arcas departamentales.

3.2. El Ministerio Público

Solicita se profiera sentencia condenatoria contra **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, por los punibles de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, toda vez que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

Después de hacer un recuento fáctico del proceso, relaciona los medios de convicción más relevantes en desarrollo de la fase instructiva y del juicio.

En lo que concierne a la primera conducta referida, estimó que las pruebas documentales y testimoniales permiten concluir que en la suscripción de los acuerdos de transacción, intervinieron solamente el exgobernador encargado y los apoderados de los demandantes, por lo que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** se apartó de la normatividad vigente para la época de los hechos relativas al trámite administrativo previo requerido para el efecto, esto es el concepto favorable del Comité de Conciliación de la Gobernación.

Tras hacer un recorrido por los procesos laborales 2006-0483 y 2007-00432, concluyó que en dichos acuerdos se transaron: i) obligaciones ya canceladas; ii) no exigibles jurídicamente y, iii) no podían ser asumidas por el departamento, sino por la Asamblea, ente administrativo con autonomía administrativa y presupuestal.

Por otra parte, indicó que el aforado renunció de manera expresa a los términos de notificación y ejecutoria de las decisiones judiciales que avalarian las transacciones celebradas el 4 de diciembre de 2007, como se evidencia en las cláusulas cuarta y quinta de los documentos que contienen los acuerdos, lo que aseguraba y aceleraba el efectivo cumplimiento de lo pactado entre las partes.

En los dos procesos existían solicitudes de los apoderados de la Gobernación, las cuales evidenciaban la postura del Ente territorial, en el proceso 2006-0483, se presentaron excepciones de mérito y nulidad, en tanto que en el 2007-

00432, se presentaron solicitudes de desembargo, las cuales no se resolvieron, dado que se presentaron los acuerdos mencionados.

Por otra parte, indica que el acuerdo de reestructuración de pasivos finalizó el 19 de julio de 2007, acto que se inscribió el 23 siguiente ante la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalándose que a partir de ese momento cesaban los efectos de la negociación previstos en el artículo 14 de la Ley 550 de 1999 y perdían vigor las cláusulas pactadas en cuanto a la prohibición de cobro de intereses o sanciones por parte de los acreedores. En el mencionado acuerdo, no se advierte la obligación del departamento del Chocó, de cancelar las acreencias de la Asamblea.

En lo que respecta a la responsabilidad del implicado en el delito atribuido de peculado por apropiación en favor de terceros, a su juicio, existe prueba que evidencia apoderamiento de dineros públicos por parte de terceros, dado que, a raíz de los acuerdos se generaron títulos ejecutivos, los cuales fueron cancelados a los apoderados de los demandantes.

Por todo lo anterior, insistió en solicitar sentencia condenatoria por los delitos mencionados.

3.3. Apoderada de la Gobernación del Chocó

Coadyuva la solicitud de la Fiscalía, en el sentido de proferirse sentencia condenatoria en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**. Adicionalmente, reclama la correspondiente indemnización por los daños ocasionados, conforme con lo dispuesto en la Ley 600 de 2000.

Sostiene su petición en que la administración departamental siempre ha señalado que la Asamblea Departamental es de elección popular y ejerce control político sobre los actos de los gobernadores, secretarios del despacho, gerentes y directores de institutos descentralizados, gozando de autonomía administrativa y presupuesto propio.

Advierte que de las pruebas recaudadas en el proceso se observa que el departamento del Chocó, como consecuencia de los acuerdos suscritos el 4 de diciembre de 2007, vio afectado su patrimonio en cuantía superior a \$7.870.815,78 con lo cual se generaron daños materiales y morales para la gobernación.

3.4. La Defensa

El apoderado de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** solicita se profiera sentencia absolutoria, toda vez que se advierte ausencia de dolo y, por lo tanto, atipicidad de los delitos atribuidos -prevaricato por acción y el peculado por apropiación a favor de terceros-.

Para el efecto, primero hace un recuento del proceso, desde su génesis, etapa de instrucción y juicio, llamando la atención sobre la falta de notificación personal al aforado sobre la apertura de la investigación, pues se envió la correspondiente comunicación a la dirección de la Gobernación, en donde no laboraba desde el 31 de diciembre de 2007.

De igual forma, indica que sin tener en cuenta el artículo 325 de la Ley 600 de 2000, se delegó la investigación a la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 25 de junio de 2010, se inició la investigación previa y el 29 de julio de 2013, se abrió la investigación formal.

Así mismo, destaca que desde la indagatoria su defendido aclaró que el departamento de Chocó atravesaba una difícil situación financiera y, esa fue la razón por la que se optó por acogerse al acuerdo de reestructuración de pasivos, pues en el momento en que se presentaron las excepciones, estaban bajo el amparo de la Ley 550 de 1999, lo cual descarta el dolo.

De igual manera, llama la atención que las acreencias demandadas se causaron antes de la suscripción del acuerdo de reestructuración de pasivos, por lo que debieron quedar comprendidas en el acuerdo.

Sostiene la defensa, que el aforado en su injurada solicitó la práctica de varias pruebas que jamás se decretaron, por lo que la Fiscalía incumplió con la obligación Constitucional de investigar lo favorable y lo desfavorable.

También, señala que la Asamblea Departamental no tenía personería jurídica, sin embargo, el Asesor Jurídico de la Gobernación no presentó reposición al mandamiento de pago proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, sino excepciones de mérito, las cuales fueron resueltas con la orden de seguir adelante con la ejecución.

Además, sostiene que dicha excepción no estaba llamada a prosperar, debido a que el artículo 3 del Decreto 122 de 1986, dispone que la Asamblea Departamental del Chocó, no goza de personería jurídica, pues conforme con el artículo 299 constitucional no tiene la capacidad para contraer obligaciones ni realizar actividades que generen plena responsabilidad jurídica, adicionalmente, debido a que para acogerse al acuerdo de reestructuración el departamento se hizo responsable del pago de las obligaciones en cabeza de la Duma Departamental, como lo establece el Decreto 0575 de 11 de Agosto 2009.

Destaca la defensa de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, sobre la improcedencia de los pagos por cuenta de la sanción moratoria, que las resoluciones expedidas por la Asamblea tienen fundamento en la Ley 244 de 1995, por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de las cesantías para servidores público. Así mismo, ni las cesantías ni las moras se estaban reconociendo judicialmente, sino ya lo estaban por actos administrativos.

Por otra parte, señala que ante el incidente de reducción de embargo, solicitado por el apoderado judicial del órgano administrativo y del departamento, el ejecutante se opuso, ya que consideró que el encargo fiduciario, no estaba probado.

Igualmente alude que, los actos administrativos base del ejecutivo N° 2006-0483 proferidos por la Asamblea Departamental a Antonio Torres y Vilma Lucy Gil Orejuela, fueron expedidos con posterioridad al inicio del acuerdo, por lo que con fundamento en lo establecido en el artículo 34 de la Ley 550 de 1999, los créditos causados con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, se pagan en preferencia y no están sujetos a la orden de pago establecida; además el incumplimiento en la cancelación de las acreencias permitiría a los acreedores exigir coactivamente su cobro, dando lugar a la terminación del acuerdo.

Resalta que el 4 de diciembre de 2007, su defendido, previo concepto favorable del Asesor Jurídico de la Gobernación transó el proceso ejecutivo N° 2006-0483 en

\$1.480.000.000, condonándose a favor del departamento \$103.600.000 millones, por concepto de agencias en derecho.

Arguye que el despacho dio aprobación a la transacción y posteriormente, el 30 de enero de 2008, la Asesora Jurídica del departamento presentó incidente de desembargo, por haberse satisfecho la obligación. Sobre este punto y, en relación a los embargos practicados por cuenta de los procesos judiciales en contra del departamento, señala que el concepto de acto urgente presenta una amplitud caprichosa y su interpretación está sometida a criterios subjetivos, como los usados por la alcaldesa a raíz del Covid-19.

Respecto del trámite ejecutivo laboral 2007-0432, sostiene el apoderado del aforado que los títulos de ejecución son las resoluciones proferidas por la Asamblea Departamental del departamento del Chocó y, como en el anterior radicado, se suscribió acuerdo entre las partes el 4 de diciembre de 2007, misma fecha en que el Juzgado de conocimiento las aprobó.

Sin embargo, el 30 de enero de 2008, el departamento presentó incidentes de desembargo sobre sus cuentas; en tanto que el 11 de agosto de 2010, se radicó un nuevo acuerdo transaccional por el mismo valor, el cual fue aprobado por el Asesor Jurídico de la comprensión territorial y por el Gobernador encargado. Posteriormente, el Juzgado dio por terminado el pago.

En resumen, señala la defensa del aforado que el análisis sobre la certeza de los derechos pretendidos en los procesos

reseñados y las condiciones para hacerlos efectivos, a través del proceso ejecutivo laboral es un asunto que corresponde exclusivamente a los despachos judiciales y no a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, como lo hace ver la Fiscalía.

Adicionalmente, el ente instructor no tuvo en cuenta que, para la época de los hechos el artículo 513 del C. de P.C. disponía que desde la presentación de la demanda ejecutiva podría el demandante pedir el embargo y secuestro de los bienes del demandado y, el 681 *ejusdem* respecto de las consecuencias para quien esté llamado a cumplir con una medida cautelar y se abstenga de hacerlo.

Explica que la liquidación por \$4.000.000.000 millones de pesos fue revisada por el Tribunal de Chocó en sede de apelación y fue dicha magistratura la que encontró los fundamentos para reducir el valor del mandamiento de pago, lo cual no significa que la primera instancia actuó en asocio con los demandantes con el fin de inflarla.

Tampoco es dable asegurar que el título que reconoce la obligación fue creación del acusado, dado que fue un acto de la Asamblea Departamental y, en esa medida su defendido acató la decisión, la cual fue aprobada por el departamento jurídico de la Gobernación, estamento que hace las veces de Comité de conciliación, razón por la cual **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, actuó siguiendo el principio de confianza legítima, el cual no desarrolló.

No obstante lo anterior, argumenta el apoderado del aforado que la Fiscalía realizó una interpretación diferente en relación con las actuaciones de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** al suscribir los dos acuerdos de transacción, porque asumió de manera indebida e ilegal deudas ajenas, contrariando la ley, en los siguientes eventos:

- i) En el proceso de José Manuel Cuesta Córdoba³⁸, a quien la Asamblea le canceló sus cesantías; el Ente Fiscal señala que el Juez de conocimiento incluyó este valor, sin que se planteara discusión por parte de la administración, suma de \$1.842.450 que abarcó el acuerdo del 4 de diciembre de 2007.
- ii) En los dos ejecutivos sostiene la Fiscalía que las obligaciones no se causaron, sin embargo, se solicitó el pago de las sanciones moratorias, reconocidas por la Asamblea Departamental en varios actos administrativos a favor de los demandantes. A su juicio, esta sanción no se genera de manera automática, dado que requiere reconocimiento previo a través de sentencia judicial y, adicionalmente, para la época de los hechos existía una línea de interpretación sobre la forma de contabilizar los términos para su causación y no en cuanto a la exigencia de acreditar mala fe de la entidad pagadora, justificando su apreciación con las excepciones de mérito propuestas por el departamento al contestar la demanda dentro del proceso 2006-0483 y, omitiendo análisis frente a la realidad procesal.

³⁸ 2007-0432.

iii) Afirma la Fiscalía que las obligaciones recaían en la Asamblea Departamental, refiriéndose a una postura de la entidad territorial.

Para el abogado de la defensa, el análisis del Ente Fiscal cambia el rumbo de la realidad procesal, ya que en los dos procesos ejecutivos se presentaron circunstancias objetivas, a partir de las cuales afirma que el valor adeudado por concepto de sanción moratoria a cargo de la Asamblea Departamental era inferior al que fue objeto de la transacción, toda vez que no se causó todo el lapso reclamado por los demandantes.

Sobre la afirmación de la Fiscalía, en el sentido que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, al suscribir la transacción de Cuesta Córdoba³⁹ transgredió la legalidad, dado que dispuso el pago de una sanción moratoria excesiva sin fundamento legal y, recaía exclusivamente en la Asamblea Departamental conforme con una postura jurídica del ente territorial, señala el apoderado de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, que esta tesis se mantuvo mientras estuvo vigente el acuerdo de reestructuración, con el cual el departamento se sentía “blindado” ante esas demandas, pero la situación cambió con la finalización del mismo, señalando que prueba de ello son las diferentes transacciones realizadas en procesos similares que no se investigaron.

En punto de la tipicidad, recuerda el abogado de la defensa que el delito de prevaricato por acción surge del

³⁹ 2.007 – 0432.

contenido de una resolución o dictamen manifiestamente contraria a la ley, lo que excluye aquellas que ofrecen discusión en sus fundamentos, o las que versen sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, que admiten posibilidades de interpretación, incluyendo las que suscitan diferencia de criterio.

En suma, el apoderado de la defensa considera que la conducta de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** no configura tipicidad subjetiva, ya que desde su injurada explicó las razones por las cuales suscribió las transacciones, confirmando su falta de conocimiento y voluntad para transgredir el ordenamiento jurídico, esto es, ausencia de dolo.

Respecto del punible de peculado por apropiación indica el defensor que es indispensable para su configuración el provecho, elemento del tipo que no se encuentra demostrado, dado que las resoluciones que reconocieron y ordenaron pagar las cesantías y las sanciones moratorias a los extrabajadores de la Asamblea Departamental fueron reconocidas, antes que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** transara la litis, además, insiste que contaron con el visto bueno del Asesor Jurídico de la Gobernación.

Siendo así, señala que su defendido no participó en la elaboración de las resoluciones ni en el reconocimiento de los derechos labores que allí se declaran.

Concluye que, no existe prueba que demuestre el dolo, además de probarse que sus decisiones fueron ajustadas a

derecho. Adicionalmente, los dineros a los que hace alusión la Fiscalía no se sustrajeron de las arcas del departamento sino fueron pagados en cumplimiento a la orden de un Juez.

También destaca que, la Asamblea Departamental y el Ente territorial no manifestaron oposición en ese sentido, sino que las excepciones y recursos estaban encaminados a responsabilizarse mutuamente, es decir, a determinar en cabeza de quien estaba la orden de pagar y quien podía solicitar embargos de cuentas, por considerar que las mismas no eran embargables y a reducir los montos en los despachos en donde se practicaban las medidas.

Para el apoderado del aforado, ninguna oposición se enfocó en la existencia de la obligación o de su pago, al punto que las transacciones fueron avaladas por su homólogo, el Asesor Jurídico de la época y los despachos judiciales.

Finalmente, concluye que no existen medios de prueba o indicios que permitan inferir que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** se apoderó de los recursos del departamento para sí o para un tercero, por el contrario, su pretensión era impedir el crecimiento de la deuda del departamento, evitar el pago de intereses y agencias especiales, entre otros, resaltando que la entidad territorial venía por vía administrativa reconociendo y pagando dichas acreencias.

Con fundamento en estos argumentos reitera su petición de absolución en favor de su defendido, por la inexistencia de las conductas atribuidas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2018 que adicionó los artículos 234 y 235 numeral 5º de la Carta Política, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de juzgar a Gobernadores.

El fuero de juzgamiento a que alude el numeral 5º de esta última disposición, es una garantía de carácter constitucional que obliga a un procesamiento especial radicado en determinados operadores jurídicos y de la cual se goza desde el momento en que se asume el cargo, “*es decir basta la sola objetividad de comprobar la vinculación con el cargo para que los operadores judiciales especiales adelanten la investigación y juzgamiento*”⁴⁰.

En efecto, la Jefe de Talento Humano de la Gobernación del departamento del Chocó acreditó que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** ejerció como Gobernador encargado para la vigencia 2005-2006, para lo cual aportó los

⁴⁰ CSJ SCP, 11 de julio de 2012, Rad. 39218.

correspondientes decretos, entre ellos el 0671 de 29 de noviembre de 2007⁴¹.

El parágrafo del artículo 235 de la norma constitucional prevé que en aquellos eventos en que Gobernadores hubiesen cesado en el ejercicio de su cargo, la Sala conserva la competencia siempre y cuando el delito que se le impute tenga relación con las funciones desempeñadas⁴².

Esta Corporación ha reiterado que el fuero constitucional de los Gobernadores surge de dos posibilidades: i) que el imputado o sindicado de una infracción a la ley penal se desempeñe como tal, lo que exige la actualidad de la investidura o que, ii) después de haber cesado en sus funciones, la conducta que se le imputa tenga relación con las mismas.

En el presente asunto **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** ya no se desempeña como titular del Ente territorial, sin embargo, la Sala tiene competencia en razón a que las conductas por las que se le juzga según la acusación, – prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros-, se realizaron cuando se desempeñó como Gobernador encargado del departamento del Chocó.

⁴¹ Folio 39 cuaderno original 1.

⁴² CSJ. AP. 1 sept. 2009, rad. 31652 y 15 nov. 2009, rad. 27032.

Demostrada la competencia de la Sala para dictar el fallo, procederá a examinar si concurren las exigencias legales para condenar.

2. Requisitos para proferir sentencia

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, se podrá proferir sentencia condenatoria cuando de la valoración conjunta de los medios de prueba derive la certeza sobre la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, grado de conocimiento al cual se arriba cuando “*es posible reconstruir históricamente lo acontecido -hechos jurídicamente relevantes- y se logra la identificación de los elementos necesarios para deducir la responsabilidad*”⁴³.

En consonancia con lo anterior, la legislación procesal establece que el arsenal probatorio recaudado durante el decurso procesal, debe ser ponderado en conjunto de acuerdo con los postulados que rigen la persuasión racional, esto es, las leyes de la ciencia, los postulados de la lógica y las reglas de experiencia, asignándoles el mérito que a cada cual corresponda (art. 238 Ley 600 de 2000) a fin de establecer las adecuadas consecuencias jurídicas que de allí se deriven.

Siendo así, la Sala procederá a establecer si con fundamento en los medios probatorios allegados se acredita, en grado de certeza, las categorías de las conductas punibles y la

⁴³ CSJ SP, 23 Nov 2016, Rad. 44312.

consecuente responsabilidad de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien fue acusado como presunto autor responsable del concurso homogéneo y heterogéneo de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros agravado, conductas que encuentran regulación en los artículos 413 y 397 inciso 2º de la Ley 599 de 2000, con las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el artículo 58- 1º,9º del Código Penal.

Para el efecto, es preciso señalar en primer término, que se hará mención de las conductas por las cuales se acusó al aforado, en específico, y a la manera en que se tipifican; en segunda medida, se analizarán y valorarán los medios de prueba en concreto recolectados en el proceso seguido en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** en los delitos atribuidos en la acusación. Siguiendo el orden impuesto por la misma, se expondrán los argumentos que permiten conceder o no credibilidad a los medios de convicción y, en su análisis se responderá a los alegatos de los sujetos procesales.

3. Sobre la imputación jurídica

Se acusó al doctor **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** “*como presunto autor responsable de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros previstos en los artículos 413 y 397 del Código Penal, ambos en concurso homogéneo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión*”; en los

términos del artículo 58-1º, 9º del Código Penal.”⁴⁴

4. Prevaricato por acción

Se encuentra definido y sancionado por el artículo 413 de nuestra codificación sustantiva. En este evento no es procedente el incremento de la Ley 890 de 2004, toda vez que este se aplica a procesos tramitados bajo la égida de la 906 de 2004, la cual entró en vigencia gradualmente a partir del 1º de enero de 2005.

En este asunto, los hechos ocurrieron el 4 de diciembre de 2007, y en virtud del artículo 530 del mismo precepto, el sistema acusatorio en el distrito judicial de Quibdó entró a regir el 1 de enero de 2008, razón por la cual se adelantó bajo el trámite de la Ley 600 de 2000 y, en ese entendido no se aplica el incremento aludido.

“Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”

Los elementos estructurales del tipo son: i) un sujeto activo calificado -servidor público-; ii) el cual profiere

⁴⁴ Resolución de acusación página 175 a 301 cuaderno 2 Fiscalía.
Página 54 de 162

resolución, dictamen o concepto; y iii) que alguno de estos pronunciamientos sea manifiestamente contrario a la ley.

Frente a este último aspecto no es suficiente que la providencia sea ilegal por razones sustanciales -directa o indirecta- de procedimiento o competencia, sino que es necesario que la “*disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- no admite justificación razonable alguna*” (CSJ AP, 29 jul. 2015, rad. 44031; reiterado en CSJ SP2438-2019, rad. 53651).

La Sala de Casación Penal de esta Corporación tiene decantado, sobre la expresión “*manifiestamente contraria a la ley*”, que constituye un ingrediente normativo del tipo penal, el cual debe ser ostensible, esto es, que de manera inequívoca violente el texto y el sentido de la norma; por lo que no pueden ser prevaricadoras aquellas decisiones tildadas de “*desacertadas*” que estén fundadas “*en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso*”. (CSJ AP, 13 ago. 2003, radicado 19303, reiterado en CSJ SP2438-2019, rad. 53651).

Entonces, la resolución, dictamen o concepto del funcionario público debe reflejar de manera clara su oposición al mandato jurídico “*revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo*” (CSJ SP 13 agos. 2003, rad. 19303).

Siendo así, la conducta punible se configura desde el punto de vista objetivo, cuando las decisiones se apartan sin argumento alguno de los preceptos legales, “*claros y precisos*” o

cuando las premisas invocadas no son razonablemente atendibles, en el evento de una “*motivación sofística*”, “*groseramente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal*” (CSJ SP, 15 de oct. 2014, rad 43413, CSJ SP 17 jun. 2015, rad. 45622; y CSJ SP2438-2019, rad. 53651).

Así lo ha resaltado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia, 15 de agosto de 2018, rad. 50620.

«*Cuando las decisiones se sustraen sin argumento alguno al texto de preceptos legales claros y precisos, o cuando los planteamientos invocados para ello no resultan de manera razonable atendibles en el ámbito jurídico, verbi gratia, por responder a una palmaria motivación sofística grotescamente ajena a los medios de convicción o por tratarse de una interpretación contraria al nítido texto legal*.

El aspecto subjetivo, hace referencia a que la decisión haya sido proferida con conocimiento actual y efectivo de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de realización. Esto es, que quien emita la decisión conoce el ámbito normativo que regula el caso y se aparta del mismo de manera deliberada, arbitraria y caprichosa.

Frente a este tópico de la conducta, el legislador lo estableció en la modalidad dolosa, ya que “*la contrariedad entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico debe ser producto de la voluntad conscientemente dirigida a emitir una decisión ilegal*”, por ello se excluyen “*las decisiones cuya oposición manifiesta a la Ley se deriva de la impericia, ignorancia o inexperiencia del funcionario*” (CSJ SP1657-2018, rad.52545).

En punto de la línea demostrativa podrán tenerse en cuenta la trayectoria y experiencia profesional del acusado, “*la manera minuciosa y disfrazada como se llevó a cabo el comportamiento dirigido a infringir la ley penal, o las explicaciones ofrecidas con base en los hechos que procesalmente resultaron inexistentes, ocultados o tergiversados*⁴⁵”.

Vale la pena aclarar, que cuando un servidor público tiene conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, y aun así decide proferir una decisión que contraria el ordenamiento jurídico, ese solo hecho puede considerarse un acto de corrupción, es decir, la llamada “*finalidad corrupta*” la cual no se erige como un elemento del tipo subjetivo del delito de prevaricato por acción, sino que lo integra.

La Sala de Casación Penal ha precisado, SP1971-2020, rad. 56203 y SP1657-2018, rad. 52454.

“*La finalidad corrupta se verifica cuando la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente adjudicar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concorra el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona.*

⁴⁵ CSJ SP, 3 ago. 2005, rad. 22112.

En efecto, la noción de corrupción, además del sentido técnico que se le atribuye en el ámbito de las ciencias jurídicas, tiene una connotación corriente asociada al lenguaje común, conforme la cual debe entenderse como “alterar y trastocar la forma de algo», o bien, «echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo”⁴⁶

La función jurisdiccional está regida por los fines esenciales del Estado –servir a la comunidad y asegurar la vigencia de un orden justo, entre otros⁴⁷–, y por los que le son propios a la administración de justicia, en concreto, los de «hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional»⁴⁸. En todas las actuaciones judiciales debe primar el derecho sustancial⁴⁹ y los funcionarios judiciales, en cuanto emiten pronunciamientos, «están sometidos al imperio de la Ley⁵⁰», no así a su propio arbitrio o capricho.

En esas condiciones, cuando el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones resuelve apartarse tozudamente del orden jurídico, desconocerlo por un acto deliberado de poder o quebrantarlo por la única razón de ser esa su voluntad, obra también con una finalidad corrupta, pues por esa vía está alterando, trastocando o depravando la función jurisdiccional misma, que no debe estar orientada por propósitos personales o egoístas, sino por la realización de la justicia material.⁵¹ (Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, en sentencia C-335 de 2008, se determinó en cuanto al objeto material del delito de prevaricato por acción “resolución”, que “no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro

⁴⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

⁴⁷ Artículo 2º de la Constitución Política.

⁴⁸ Artículo 1º, Ley 270 de 1996.

⁴⁹ Artículo 228 de la Constitución Política.

⁵⁰ Artículo 230, idem.

⁵¹ SP1971-2020, rad. 56203 y SP1657-2018, rad 52454.

de sus respectivas atribuciones; y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el empleado oficial decida algo en ejercicio de su función". (Negritas fuera de texto)

Sobre su determinación y comprobación, el órgano de cierre de esta Corporación ha considerado que deben tenerse en cuenta no solo los fundamentos jurídicos o procesales consignados por el funcionario judicial en la decisión tachada de prevaricadora, o la ausencia de estos, sino también las circunstancias en las cuales fueron proferidas y los elementos de juicio con los que contaba para ese momento el servidor público⁵².

Finalmente, el delito de prevaricato por acción ha sido concebido como un tipo penal de mera conducta, instantáneo o de simple actividad, pues para su configuración es suficiente "*que se profiera una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, sin que se exija la ejecutoria de aquella, pues con el solo proferimiento se realiza el tipo y se vulnera la norma*" (CSJ SP, 15 Nov 2001, Rad. 14040).

El bien jurídico tutelado es la administración pública, cuyo titular es el Estado y su finalidad es salvaguardar su buen nombre, en atención a que las atribuciones desarrolladas por los servidores públicos deben cumplirse de acuerdo con los principios de transparencia, moralidad y probidad contenidos en el artículo 209 superior. La lesión se produce al momento en que el acto contrario a la ley se produce y entra al mundo jurídico.

⁵² Cfr. SP, 3 jul. 2013, rad. 38005, SP4620-2016, rad. 44697, y SP467-2020, rad. 55368, entre otras.

Enmarcados bajo tal entendimiento, la Sala procederá a abordar el examen de la actuación y la eventual responsabilidad del acusado, para ello se ponderarán en conjunto las pruebas obrantes en el proceso frente a las reglas de la sana crítica y a los criterios previstos en la ley Procesal Penal.

Del tipo objetivo

Conforme con las exigencias aludidas, está suficientemente acreditada la calidad de servidor público de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien estando vinculado a la Gobernación del Chocó como Secretario de Hacienda -cargo para el que fue nombrado según constancia laboral N°GDCHO 07-02-10-0173 y que desempeñó desde el 7 de junio de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007-, fue encargado temporalmente de las funciones de Gobernador, durante los años 2005⁵³, 2006⁵⁴ y 2007, en el último año mediante el decreto 0671 de 29 de noviembre de 2007⁵⁵, circunstancias debidamente soportadas con las copias de los actos administrativos de encargo, así como con la certificación que en dicho sentido expidió la Jefe de Talento Humano de la Secretaría General de la Gobernación del Chocó⁵⁶.

⁵³ Folios 48 al 53 C.O.1. 0452 de 18 de agosto; 0488 de 13 de septiembre; 0501 de 21 de septiembre; 0525 de 5 de octubre; 0543 de 14 de octubre; 0553 de 21 de octubre y 0645 de 19 de diciembre.

⁵⁴ Folios 40 a 46 C.O.1.0052 de 31 de enero; 0193 de 26 de abril; 0247 de 17 de mayo; 0320 de 28 de junio; 0374 de 21 de julio; 0387 de 26 de julio y 0680 de 11 de septiembre.

⁵⁵ Folio 39 cuaderno original 1.

⁵⁶ Folio 26 y siguientes, C.F.1.

Entonces, no cabe duda que se encuentra presente el primer elemento estructural del tipo penal, es decir, la calidad de servidor público del acusado, quien para la época de los acuerdos transaccionales, esto es, para el 4 de diciembre de 2007, actuó como Gobernador encargado del departamento del Chocó, en virtud del Decreto 0671 de 29 de noviembre de 2007⁵⁷; así como tampoco, se discute que conforme con el artículo 303 de la Carta Política era el representante legal del departamento, además, de tener unas atribuciones específicas, de acuerdo con lo dispuesto en el 305 de la misma norma superior, las cuales no se pueden pretermitir debido al rango constitucional que las regula.

Así mismo, el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, vigente para la época de los hechos, dispone que los gobernadores tienen la facultad de “ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley”.

Por lo que para la Sala, de las pruebas recaudadas a lo largo de la actuación y del componente normativo citado, se infiere, en el grado de conocimiento exigido para este momento procesal, que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, durante los encargos era ordenador del gasto, con competencia

⁵⁷ Folio 39 cuaderno original 1.

funcional para administrar y comprometer los recursos del Ente territorial.

El segundo presupuesto objetivo del tipo lo constituye el proferir una resolución, concepto o dictamen, el cual debe advertirse -tercer elemento- manifiestamente contrario a la ley.

En efecto, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** actuando como Gobernador encargado del departamento del Chocó, conforme con el Decreto 0671 de 29 de noviembre de 2007⁵⁸, suscribió dos transacciones por medio de las cuales comprometió recursos de la administración por \$1.480.000.000⁵⁹ y \$3.375.000.000⁶⁰, con el fin de pagar obligaciones laborales, pretendidas por varios extrabajadores de la Asamblea Departamental.

Así se desprende de la copia de los procesos ejecutivos laborales 2006-0483 y 2007-00432, de la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, del pliego de cargos proferido el 25 de abril de 2012 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y de la versión libre⁶¹ e injurada⁶².

⁵⁸ Folio 39 cuaderno original 1. “mientras permanece fuera del Departamento el señor Gobernador, se debe encargar del despacho a un funcionario que atienda las actividades propias del cargo”

⁵⁹ Folio 98 C.A F.1. Proceso ejecutivo laboral N°2006-0483.

⁶⁰ Folio 197 C.A F.3. Proceso ejecutivo laboral N°2007-00432.

⁶¹ Folio 57 a 63, C.F.1.

⁶² Folio 131 a 141, C.F.1.

Innegable también resulta entonces el hecho de que para la época en que se enrostran los comportamientos delictuales, se tramitaban en contra del departamento del Chocó-Asamblea Departamental, dos procesos ejecutivos laborales.

i) El 2006-0483⁶³, promovido por los extrabajadores de la Asamblea Departamental, Antonio Torres Rentería, Vilma Lucy Gil Orejuela, Antonio Elimelth Mosquera Perea y José Bernardo Flórez Asprilla, los cuales pretendían el pago de las cesantías definitivas y sanciones moratorias. En esta actuación, el Juzgado de conocimiento de Quibdó libró mandamiento de pago el 20 de noviembre de 2006, en contra del demandado por un total de \$1.287.381.380, discriminados de la siguiente manera:

DEMANDANTE	CESANTÍAS	SANCIÓN MORATORIA	TOTAL
Antonio Torres Rentería - Celador	\$1.044.582	\$31.648.050	\$32.692.632
Vilma Lucy Gil Orejuela - Aux en Sistemas	\$945.000	\$21.968.961	\$22.913.961
Antonio Elimeth Mosquera Perea - exdiputado	\$9.294.153	\$595.119.884	\$604.414.037
José Bernardo Flórez Asprilla - exdiputado	\$28.543.650	\$598.817.100	\$627.360.750

Igualmente, se decretó el embargo y retención de dineros que por concepto de transferencias tuviera el demandado en el

⁶³ Folio 1 a 33, C.F.A.1.

departamento del Chocó y en Fiduagraria S.A por \$1.123.000.000⁶⁴, lo cual generó que el representante legal de la Asamblea Departamental, el 28 de noviembre de 2006, presentara un memorial al Juez de conocimiento⁶⁵, en el que llama la atención sobre una posible inhabilidad del abogado de los demandantes, Ignacio Cuesta Allin, toda vez que trabajó en el Juzgado Primero Laboral del Circuito, al igual que las acreencias demandadas se causaron antes de la suscripción del acuerdo de reestructuración del departamento, por lo que debieron quedar allí incluidas, además, de no ser procedente promover demandas durante la vigencia del mismo, en consonancia con el numeral 13 del artículo 58 de la Ley 550 de 1999. Finalmente, llama la atención sobre la ausencia de personería jurídica de la Asamblea Departamental.

Por su parte, el Asesor Jurídico del departamento, presentó tres excepciones de mérito: i) encargo fiduciario, por cuanto son inembargables los recursos integrantes de un patrimonio autónomo, como lo es Fiduagraria S.A-, pues a la luz del artículo 1233 del C.Co. existe una separación patrimonial entre los fondos que en una fiduciaria recibe a través de los fideicomisos, como los activos propios de la entidad fiduciaria; ii) ilegitimidad de la vinculación del departamento como demandado, ya que la Asamblea Departamental desde la vinculación laboral y presentación de la acción, tiene autonomía presupuestal y administrativa para manejar su propio presupuesto y en esa medida, no se pueden

⁶⁴ Folio 33 C.A.F.1.

⁶⁵ Folio 38 ídem.

comprometer los recursos del departamento o disponer de ellos, además porque la deuda no fue asumida por la Entidad departamental, figurando como ficción⁶⁶; iii) improcedencia del pago de sanción moratoria por el departamento, conforme con la Ley 244 de 1999, debido a que por la situación se acogió a la Ley 550 de 1999, además la sanción por mora no procede de manera automática, debe existir previa demostración de la mala fe en la no consignación oportuna de las cesantías de los servidores. También solicitó la nulidad de la actuación.

El Juez de conocimiento rechazó una solicitud de incidente de desembargo, corrió traslado de las excepciones y fijó fecha para la audiencia en la cual se resolverían. El 9 de agosto de 2007 se decretó el embargo y retención de dineros administrados por Fiduagraria S.A., a la vez el 3 y 10 de diciembre del mismo año se realizó sobre unas cuentas corrientes de los Bancos de Bogotá y Popular.

El 18 de diciembre de 2007, se radicó en el Juzgado de conocimiento un documento de transacción suscrito el 4 de diciembre anterior entre el Gobernador encargado y los apoderados de los demandantes, transigiendo la litis por \$1.480.000.000, al paso que se condonó \$103.600.000, correspondientes a las agencias en derecho y, se renunció a los

⁶⁶ Apoya su solicitud en decisiones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, radicados 2005-00315 y 2005-0147 y, en el argumento bajo el cual los títulos que se tomaron como base del recaudo ejecutivo provenían de la Asamblea Departamental y no del departamento.

términos de notificación y ejecutoria del auto. En la misma fecha se aprobó el acuerdo y se declaró terminado el proceso.

Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado ordenó varios embargos sobre remanentes de otros procesos judiciales seguidos contra el departamento, cuentas bancarias y rentas de uno de los demandados, también se pagaron cuatro títulos judiciales a favor de los abogados de los demandantes por \$672.346.941, por lo que los apoderados del ente territorial deprecaron el desembargo de algunas rentas y la entrega de títulos.

El Tribunal Superior de Quibdó, en sede de segunda instancia revocó los embargos de 27 de julio y 4 de agosto de 2009, bajo el entendido que la parte obligada era la Asamblea Departamental, en consecuencia, ordenó levantar las medidas cautelares decretadas, devolver los dineros retenidos y reintegrarlos, en el evento en que alguna suma la hubiera recibido el ejecutante, así como declaró insubsistente el mandamiento de pago en cuanto a Antonio Elimeleth Mosquera Perea.

Así pues, la primera instancia dictó auto de obedecimiento y dispuso excluir unos valores del mandamiento de pago, reliquidar el crédito, modificar el valor aprobado de la transacción y requerir a la parte demandante junto a sus apoderados para el reintegro de los dineros recibidos, que correspondían a \$672.346.941.

ii) El 2007-00432 (2010-00222)⁶⁷, promovido en su inicio por Freddy Lloreda Palacios, adicionado por Marcial Blandón Rivas, José Américo Mosquera Lozano, Florentino Blandón Palacios y José Manuel Cuesta Córdoba, quienes pretendían el pago de las cesantías definitivas y sanción moratoria. En esta oportunidad, el Juzgado de conocimiento de Quibdó libró mandamiento de pago, el cual adicionó en contra del demandado por \$711.400.282⁶⁸ y \$2.676.084.350⁶⁹, los cuales fueron discriminados así:

DEMANDANTE	CESANTÍAS	SANCIÓN MORATORIA	TOTAL
Freddy Lloreda Palacios - exdiputado	\$711.400.282		\$711.400.282
Marcial Blandón Rivas - exdiputado	\$1.575.000	\$571.200.000	\$572.775.000
José Américo Mosquera Lozano - exdiputado	\$24.997.318	\$683.221.796	\$708.219.114
Florentino Blandón Palacios - exdiputado		\$683.221.796	\$683.221.796
José Manuel Cuesta Córdoba - exdiputado	\$1.842.450	\$710.025.990	\$711.868.440

El 10 de octubre de 2007, se adicionó la medida cautelar ordenando el embargo de los dineros que el demandado llegare a tener en una cuenta del banco de Bogotá sin exceder

⁶⁷ Folio 189 y ss, C.F.A.3.

⁶⁸ Cfr. cd proceso 2007-0432 carpeta 1.2 f. 16, demanda presentada, se indica que el valor por las cesantías asciende a \$20.701.354

⁶⁹ Cfr. cd proceso 2007-0432 carpeta 1.2 f. 65

\$3.000.000.000, el 22 siguiente dispuso la misma medida sobre la cuenta 578-38330-9, hasta igual límite, en tanto que, el 14 de noviembre del mismo año el Asesor Jurídico del departamento solicitó el desembargo, bajo el argumento que los recursos provenían del “*Sistema General de Participaciones*” con destinación exclusiva al pago de acreencias laborales de docentes indígenas. También se ordenó lo mismo sobre los dineros del demandante en dos cuentas corrientes de las entidades financieras -Bogotá y Popular-, en idéntica cifra.

Como en el anterior radicado, el 19 de diciembre de 2007, se radicó en el Juzgado de conocimiento un documento de transacción el 4 de ese mismo mes y año⁷⁰ suscrito por el aforado y los abogados de los demandantes, con el que se transó la litis en \$3.375.000.000, se condonó \$306.000.000 por concepto de agencias en derecho, lo que conllevó la entrega de la totalidad de los títulos existentes; adicionalmente, se estableció que en el evento de mora en el pago de la litis “*no dará lugar a una nueva reliquidación del crédito, ni a un nuevo reconocimiento de sanción moratoria ni de intereses por mora y menos al reconocimiento de agencias en derecho; dejando el valor acordado congelado hasta tanto se logre su total cancelación*”, pero el incumplimiento prestaría mérito ejecutivo; finalmente, se acuerda renunciar a los términos de notificación y ejecutoria del auto que aprueba la transacción. El mismo día, el Juez Laboral aprobó el acuerdo y declaró terminado el proceso.

⁷⁰ Cfr. cd proceso 2007-0432 f. 95

A continuación, el Juzgado ordenó nuevos embargos sobre remanentes de procesos judiciales seguidos contra el departamento, cuentas bancarias y rentas de este, incluido el de la cuenta del “*Sistema General de Participaciones*”⁷¹.

En consecuencia, el apoderado de la entidad territorial presentó varias solicitudes de desembargo, impugnó algunas medidas cautelares, requirió la entrega de títulos de depósito judicial, y presentó incidente de nulidad para que se devolvieran los recursos retenidos⁷².

En relación con el auto de 10 de junio de 2009, mediante el cual se decretó el embargo de dineros de la cuenta del banco de Bogotá “*Sistema General de Participaciones*”⁷³, fue objeto de acción de tutela a cargo del Gobernador Patrocinio Sánchez Montes de Oca. Esta fue negada por la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó⁷⁴, tras considerarla improcedente por cuanto el accionante recurrió la decisión.

En este asunto, se efectuó el pago de 106 títulos de depósito judicial por \$3.375.000.000,80, de los cuales 92 fueron cancelados a los apoderados de los demandantes y, 14

⁷¹ Autos de 12 de abril y 11 de junio de 2011.

⁷² Memoriales fechados: 4 de febrero y 2 de diciembre de 2008; 16 y 19 de marzo, 17 de junio, 9 de septiembre y 11 de diciembre de 2009; 19 de enero, 22 de febrero y 13 de abril de 2010.

⁷³ Cuyos recursos estaban destinados para la inversión y atención del servicio de agua potable y saneamiento básico de la participación que le corresponde al departamento del Chocó.

⁷⁴ folio 203 y ss C.A.F.3.

se remitieron a otros procesos para el pago de obligaciones a cargo de los demandados. A raíz de presentarse ante el Juez Laboral un nuevo acuerdo⁷⁵, se desistió del recurso de alzada contra el auto de junio 10 de 2009 que decretó el embargo de la cuenta del “Sistema General de Participaciones”, por quien abanderaba los intereses de la Gobernación y a pesar que esta se aceptó por el magistrado de la Sala Única del Tribunal de Quibdó, aquel ordenó la compulsa de copias penales por las posibles irregularidades al interior del trámite del proceso ejecutivo laboral. Finalmente, el trámite culminó por pago total.

En suma, en los dos procesos laborales se suscribieron acuerdos de transacción, los cuales fueron aprobados por el Juez de conocimiento, lo que motivó la entrega de varios títulos judiciales a los apoderados de los extrabajadores demandantes, constituidos en razón de los embargos decretados sobre los recursos públicos del departamento.

Contrario al parecer de la defensa de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, quien argumentó que las transacciones suscritas el 4 de diciembre de 2007 no son manifiestamente contrarias a la ley, para la Sala ninguna duda surge en torno al punto, veamos:

⁷⁵ Carpeta 1.3. folio 16, C.O.F.1.

1. Acreencia laboral que **había sido cancelada** por la Asamblea Departamental desde el año 2003 y, que fue reclamada dentro del trámite 2007-00432. (Énfasis de la Sala)

Para acreditar lo anterior se cuenta con la copia del proceso mencionado, dentro del cual obra la resolución calendada el 26 de diciembre de 2003 expedida por la Asamblea Departamental, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas a José Manuel Cuesta Córdoba por \$1.842.450, por haber prestado sus servicios como Diputado en el lapso de 15 de abril a 30 de junio de 2000⁷⁶; asimismo, se advierte el comprobante de pago a favor del exdiputado por ese valor, lo que evidencia sin lugar a dudas el desembolso de dicha cifra el 29 de diciembre de 2003⁷⁷, no obstante, esta acreencia no se excluyó del acuerdo celebrado el 4 de diciembre de 2007, dado que se englobaron todas las pretensiones de los demandantes sin discriminación alguna.

Siendo así, es claro para la Sala que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** deliberadamente no verificó los valores comprendidos en el acuerdo, pues de haberlo hecho habría advertido que respecto de Cuesta Córdoba, la obligación pretendida había sido cancelada por la Asamblea Departamental del Chocó desde diciembre 29 de 2003, casi cuatro años atrás, aspecto que contraría el ordenamiento jurídico de manera evidente.

⁷⁶ Folio 275 C. Fiscalía.1 (cd carpeta 1.2. f. 59)

⁷⁷ Folio 275 C. Fiscalía 1 (cd carpeta 1.2 f. 63)

2. A la par, se **acordaron obligaciones que no se causaron**, así: José Manuel Cuesta Córdoba⁷⁸; Florentino Blandón Palacios⁷⁹; Marcial Blandón Rivas⁸⁰; José Américo Mosquera Lozano⁸¹; Antonio Torres Rentería⁸²; Antonio Elimeleth Mosquera Perea⁸³; José Bernardo Flórez Asprilla⁸⁴ y Vilma Lucy Gil Orjuela⁸⁵, ya que en las dos transacciones se incluyeron lapsos por sanciones moratorias que no correspondían a la luz de la Ley 244 de 1995, pues esta obligación solo se hacía exigible al vencer el término legalmente previsto para realizar el pago de las cesantías definitivas.

En efecto, el artículo 2º de la mencionada normativa, establece un plazo perentorio de 45 días para que la entidad pública pagadora, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo por el cual se reconoce y ordena la liquidación de las cesantías definitivas las cancele. En caso de no ocurrir, opera la mora y, como consecuencia, su sanción.

Entendimiento desarrollado por el Consejo de Estado, tal como se vislumbra en decisión radicada bajo el N°7749-2005⁸⁶, 31 de enero de 2008, que precisó sobre el tema:

⁷⁸ Radicado 2007-0432.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Radicado 2006-0483.

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Interpretación acogida en los Rad. 2013972, 03/04/2013, M.P. Hernán Andrade Rincón; Rad. 7749-2005, 31/01/ 2008; M.P. Alfonso Vargas Rincón; Rad.73001, 18/07/2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, entre otras.

"Ahora bien, conforme al artículo 1º de la Ley 244 de 1995 las entidades empleadoras, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la misma ley, tienen un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo, para cancelar la prestación".

En suma, la sanción moratoria sólo se causa una vez se vence el término previsto para realizar el pago de las cesantías.

Como si fuera poco lo anterior, en el **proceso 2006-0483**, los apoderados de la Gobernación excepcionaron el pago de la sanción moratoria por considerar que esta era improcedente bajo los siguientes argumentos: i) la jurisprudencia y doctrina señalan que debe mediar una providencia judicial que lo declare, previa demostración de la mala fe en la no consignación oportuna de las cesantías y, ii) con base en la modificación al acuerdo de reestructuración de pasivos del 29 y 30 de junio de 2005, sólo se pagaría la obligación principal cuya fuente proviniera de una providencia judicial sin lugar al pago de intereses remunerativos, moratorios, actualizaciones, indemnizaciones o sanciones⁸⁷, por lo que, los acreedores se comprometieron a no iniciar nuevos procesos en contra del departamento para obtener el reconocimiento y pago de indemnizaciones o intereses, lo cual incluía por supuesto la

⁸⁷ Literal 1, de la modificación del acuerdo

mora de la Ley 244 de 1995⁸⁸; sin la resolución de estas oposiciones de fondo, de manera insólita, contrariando abiertamente la postura esbozada por el ente territorial que representaba, el aquí acusado suscribió el acuerdo de transacción del 4 de diciembre de 2007.

Y aun, excluyendo del análisis la mala fe reclamada por el ente territorial, ante la existencia de las posturas diferenciadas por los distintos órganos de cierre frente al tema⁸⁹, se presenta diáfano que el valor reconocido en el acuerdo transaccional no guarda armonía con lo que debía reconocerse por este ítem, pues se fijaron valores superiores en la medida en que se aceptaron tiempos más allá de los legalmente previstos, circunstancia que se produjo por la ausencia de verificación de los procesos ejecutivos laborales y la omisión de la consulta ante el Comité de Conciliación.

Ciertamente, en la demanda y adición dentro del proceso 2007-0432, se incluyeron obligaciones que no se causaron, tal como pasa a explicarse.

En relación con José Manuel Cuesta Córdoba aparece la resolución 439 de 28 de septiembre de 2001⁹⁰, por medio de la cual la Asamblea Departamental reconoció y ordenó el pago de

⁸⁸ Literal 5.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral para los trabajadores oficiales que decía debía demostrarse, como se desprende de los radicados 22042 de julio 14 de 2005, Rad. 27803 julio 18 de 2006, Rad. 26897 de julio 19 de 2006, SL053-2018, SL4515-2020 y SL983-2021. Y el Consejo de Estado para los servidores públicos que señala opera por el incumplimiento del pago en el tiempo previsto

⁹⁰ Folio 75 C.F.1. cd. carpeta 1.2. folio 61.

la sanción moratoria, sustentada en la 543 de 6 de septiembre de 2000 -que liquidó y ordenó el pago de cesantías definitivas a su favor -, dado que hasta esa fecha no se habían cancelado. La pretensión incluida en el escrito de adición se fijó en “*285.151 pesos diarios, desde el 9 de noviembre de 2000, hasta que se verifique el pago*”.

Así mismo, se allegó copia del comprobante de pago de las cesantías definitivas por \$1.842.450, expedido el 29 de diciembre de 2003.

De ahí que, la sanción moratoria corresponde al tiempo transcurrido desde el 9 de noviembre de 2000 -según la resolución 543- hasta el 29 de diciembre de 2003 -fecha en que fueron canceladas las cesantías-, es decir, 1.160 días, que equivalen a \$ 330.775.160, resultado de dividir el sueldo mensual -\$ 8.554.541- en 30 días, que equivale al salario diario; finalmente este se multiplica por los 1.160 días.

El Juez de conocimiento adicionó el mandamiento ejecutivo, respecto del expresidente de la Asamblea Departamental, libró orden de pago por sanción moratoria equivalente a 2.490 días de salario, es decir, por la suma de \$710.025.990⁹¹, cifra que no constató si correspondía al valor de lo que debía ser cancelado o no, si guardaba correspondencia con los valores objeto de reclamación. Que resultan ser el doble de lo adeudado y, que incluso supera el

⁹¹ Carpeta 1.2 f. 65

tiempo reclamado en la demanda, pues al momento de emitirse el mandamiento de pago -septiembre 10 de 2007- habían transcurrido 2461 días.

En suma, se acreditó que el valor adeudado por la Asamblea Departamental a José Manuel Cuesta Córdoba era inferior porque fue liquidada hasta el 10 de octubre de 2007, advirtiéndose un mayor valor por \$379.250.830 y, sin embargo, en el acuerdo de transacción se incorporó, dado que se estableció una cifra global, sin que obre ninguna anotación al respecto.

Siendo así, para la Sala no existe duda que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, al suscribir el acuerdo mencionado, actuó sin ningún fundamento legal.

No ocurrió cosa distinta con el exdiputado Florentino Blandón Palacios, a quien mediante resolución N°854 de 29 de diciembre de 2000 de la Asamblea Departamental, se le reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas, luego por resolución N°223 de 12 de julio de siguiente⁹², se le reconoció y ordenó el pago de la sanción moratoria desde el 13 de febrero de 2001.

En este caso, en la demanda -adición- se solicitó mandamiento ejecutivo por la sanción moratoria excluyéndose

⁹² Folio 54 archivo PDF carpeta 1.2.

el pago de las cesantías definitivas, tal como aparece en la demanda ejecutiva presentada⁹³, lo que hace evidente que no era posible reconocerle la sanción por mora, pues ya se habían cancelado las primeras.

El Juez de conocimiento libro mandamiento ejecutivo por 2.396 días de salario⁹⁴, que equivalen a \$683.221.796, antes del término dispuesto en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, tal y como se explicó en precedencia.

En esta oportunidad se contaron 45 días calendario desde la fecha de la expedición del acto que reconoce las cesantías definitivas hasta cuando inicia la liquidación, no obstante, eran días hábiles; además, se prescindió del término de ejecutoria del acto administrativo, es decir, los 5 días desde su procedimiento, por lo cual se le reconoció 28 días que no le correspondian, es decir \$7.984.228.

Como se ha dicho en precedencia, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** al suscribir el acuerdo de transacción - en el cual se abarcaron las pretensiones de los demandantes-, sin tener certeza sobre el periodo en el que se causó la mora en el pago de las cesantías de Blandón Palacios, lo cual es indispensable para efectos contabilizar los 45 días después de la ejecutoria del acto administrativo que reconoce las cesantías

⁹³ Cfr. carpeta 1.2 folio 26

⁹⁴ Salario \$8.554.541.

hasta el momento en que inicia la liquidación, se apartó caprichosamente de lo establecido en la ley 244 de 1995⁹⁵.

Pero, además observa la Corporación que, si lo pretendido en la demanda era el pago de la sanción moratoria y no se exigía el pago de las cesantías⁹⁶, debía generar alguna inquietud en quien estaba comprometiendo los recursos del departamento e imponía una constatación a través del Comité de Conciliación, para verificar de dónde provenía la exigencia, sea del pago fuera del término o si simplemente no era exigible.

Similar situación sucedió frente al exdiputado Marcial Blandón Rivas, a quien se le reconoció y canceló una suma mayor a la adeudada por concepto de sanción moratoria, pues mediante resolución 306 BIS de 27 de junio de 2000, se liquidó y ordenó el pago de cesantías definitivas en el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 1996 al 10 de marzo de 1997, partiendo de un salario base de \$6.300.000, para reconocer como obligación el pago de \$1.575.000.

Por otra parte, la resolución 935 de 29 de diciembre de 2000, reconoce y ordena el pago de la sanción moratoria por \$150.000 diarios, teniendo como salario base de liquidación \$4.500.000.

⁹⁵ Art. 2. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

⁹⁶ Cfr. carpeta 1.2 f. 26

Conforme a lo anterior, el exdiputado laboró de 11 de diciembre de 1996 a 10 de marzo de 1997, advirtiéndose dos solicitudes de reconocimiento de cesantías, por lo que la sanción moratoria no debía liquidarse desde la fecha en que culminó la vinculación⁹⁷, en virtud de lo establecido en la Ley 244 de 1995, ya que la Corporación tenía 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas para expedir la resolución y, solo a partir de la ejecutoria del acto administrativo contaba con 45 días máximo para cancelarlas.

En el caso examinado la resolución sobre el reconocimiento de las cesantías no se profirió dentro de término mencionado.

Entonces, la sanción moratoria de Blandón Rivas se generó desde el 18 de marzo de 1999, pues la solicitud de reconocimiento de las cesantías fue presentada el 11 de diciembre anterior. Siguiendo las reglas de la norma se tendrían 15 días hábiles para expedir el acto administrativo, luego 5 para su ejecutoria y un plazo de 45 días hábiles para el pago⁹⁸, es decir, 3.128 días, que equivalen a \$469.200.000⁹⁹.

⁹⁷ 11 de marzo de 1997.

⁹⁸ entre 14 de enero al 17 de marzo de 1999.

⁹⁹ salario mínimo 150.000.

Sin embargo, en la adición de la demanda se fijó la pretensión por \$150.000 diarios a partir del 11 de marzo de 1997 y no del 18 de marzo de 1999, y el Juez de conocimiento libró mandamiento ejecutivo por sanción moratoria, por 3.808 días de salario, es decir, por \$571.200.000.

Como en los anteriores casos, en la transacción de 4 de diciembre de 2007 no se excluyeron los 680 días adicionales reconocidos indebidamente por sanción moratoria al exdiputado, por lo que, sin lugar a dudas **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, se apartó de la ley y, de contera, obligó al Ente territorial a cancelar un valor adicional al realmente causado, esto es \$102.000.000.

En cuanto a José Américo Mosquera Lozano, tampoco existe duda que la Asamblea Departamental reconoció una sanción moratoria, sin respetar los términos señalados en la Ley 244 de 1995. De igual forma lo hizo el Juez Laboral en el mandamiento de pago, en la medida en que se contaron 45 días calendario desde la fecha de expedición del acto que reconoce las cesantías definitivas hasta cuando inicia la liquidación, sin tener en cuenta que se trataba de días hábiles y prescindió de los 5 del término de ejecutoria del acto administrativo, sin renunciar a términos.

En efecto, por resolución N°827 de 29 de diciembre de 2000, la Asamblea Departamental reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas al exdiputado, solicitud que fue

radicada el 23 de diciembre del mismo año; posteriormente la Asamblea Departamental reconoció y ordenó pagar la mora¹⁰⁰ desde el 13 de febrero de 2001, incluyendo 28 días que no se causaron, es decir \$7.984.228, tomando como salario diario \$285.151.

En síntesis, cuando **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, suscribió el acuerdo del 4 de diciembre de 2007 sin verificar el trámite laboral del extrabajador de la Asamblea Departamental, permitió la introducción de días adicionales que no correspondía pagar, transgrediendo claramente la ley.

Asimismo, se ordenaron y pagaron sanciones moratorias a José Manuel Cuesta Córdoba¹⁰¹, liquidada por un periodo posterior al pago de las cesantías, Marcial Blandón Rivas¹⁰², José Américo Mosquera Lozano¹⁰³ y Florentino Blandón Palacios¹⁰⁴, por uno anterior a su causación, para un total de \$497.219.286.

Lo propio sucedió con Antonio Torres Rentería, quien dentro del proceso **2006-0483**, pretendió el pago de la sanción moratoria en “2122 días y hasta cuando se verifique el pago de las mismas, a razón de \$15.000 pesos por día de mora”.

¹⁰⁰ Resolución 225 de 12 de julio de 2001.

¹⁰¹ \$379.250.830.

¹⁰² \$102.000.000.

¹⁰³ \$7.984.228.

¹⁰⁴ \$7.984.228.

Para acreditar lo anterior, allegó copia de la resolución N°400 de 12 de septiembre de 2001¹⁰⁵, por medio de la cual la Asamblea Departamental reconoce y ordena el pago de las cesantías definitivas por \$1.044.582, partiendo de un sueldo básico mensual de \$450.000 y, el salario base de liquidación de cesantías que incluye 1/12 parte de la prima de servicios, una de navidad y una de recargos dominicales, corresponde a \$535.500.

De igual forma, se cuenta con la copia de la Resolución N°392 de 27 de noviembre de 2003¹⁰⁶, a través de la que la Duma reconoció y ordenó el pago de la sanción moratoria, desde el 20 de noviembre de 2001, tomando como base el salario básico mensual, factor con el cual se liquidaron las cesantías definitivas.

En esta oportunidad, el Juez Laboral de Quibdó libró mandamiento de pago por la sanción moratoria totalizada en \$31.648.050, contando 1.773 días -de 20 de noviembre de 2001 a 13 de octubre de 2006-, cuando se presentó la demanda, lo cual equivale a \$17.850 de salario diarios. Cálculo realizado excediendo el salario diario correspondiente, dado que se determinó a partir del salario mensual base de la liquidación de las cesantías¹⁰⁷, que a pesar de tener un sueldo mensual que sirvió como base para reconocer la prestación, es decir, \$450.000, lo que es igual a \$15.000 de salario diario, los

¹⁰⁵ Cfr. C. Fiscalía 1 folio 276 (cd proceso 2006-00483 archivo 1 f. 7)

¹⁰⁶ Cfr. cd proceso 200600483 archivo 1 f. 10

¹⁰⁷ \$535.000.

cuales, multiplicados por los 1773 días de mora, resultan \$26.595.000, en total.

Por lo que, si a los \$31.648.050 reconocidos por el Juez como sanción moratoria, le restamos la sanción moratoria liquidada en debida forma, es decir, con base en el sueldo básico devengado por el empleado, evidencia una diferencia de \$5.053.050.

De modo similar, a los eventos anteriores, **MOSQUERA LOZANO**, contrario lo regulado por la Ley 244 de 1995 cuando suscribió la transacción el 4 de diciembre de 2007, pues incluyó una suma superior a la que correspondía, además de obligar al departamento a cancelarla.

Igual ocurrió con Antonio Elimeleth Mosquera Perea, a quien la Asamblea Departamental le reconoció y ordenó el pago de sus cesantías definitivas partiendo del salario básico mensual correspondiente a \$8.554.541, al que adicionó 1/12 parte por concepto de prima de servicios, para un total de \$8.851.574, conforme se advierte en la Resolución 916 de 29 de diciembre de 2000¹⁰⁸.

A su vez, la resolución 046 de 9 de marzo de 2001¹⁰⁹, reconoció y ordenó el pago de la sanción moratoria contada a

¹⁰⁸ Cfr. cd proceso 2006-483 – 1 f. 21

¹⁰⁹ Idem fs. 24 a 26.

partir del 6 de marzo de 2001, para ello fijó el sueldo diario para tal efecto en la suma de \$285.151.

El demandante fijó la pretensión por sanción moratoria en “1777 días” y hasta que se realice el pago, partiendo de \$285.151 por día de mora.

Por su parte, el Juez Primero Laboral libró mandamiento ejecutivo por concepto de sanción moratoria por un total de \$595.119.884, teniendo en cuenta un salario diario superior al que correspondía, dado que tomó el mismo valor de la liquidación de las cesantías¹¹⁰ y no el que correspondía - \$8.554.541-.

Siendo así, contó 2.017 días -desde el 6 de marzo de 2001 hasta la presentación de la demanda 13 de octubre de 2006-, que corresponde a \$295.052 diarios y, no \$285.151 que era el salario por día sobre el cual debió calcularse, de suerte que se advierte un mayor valor de \$19.970.317.

En el acuerdo de transacción, el ex Gobernador encargado no restó el mayor valor señalado, ni hizo aclaraciones al respecto, por lo que, obligó a la entidad territorial a cancelar una sanción moratoria mal liquidada, transgrediendo el orden jurídico vigente para la época.

¹¹⁰ \$8.851.574.

En el caso de José Bernardo Flórez Asprilla, igual que los anteriores, el aforado al no verificar el caso en concreto, suscribió el acuerdo de transacción incluyendo obligaciones no causadas.

En efecto, la Asamblea Departamental le reconoció una sanción por mora¹¹¹ que no correspondía, ya que se contaron 45 días calendario desde la fecha de expedición del acto administrativo por el cual le reconocen las cesantías definitivas¹¹² hasta cuando se inicia la liquidación, con lo cual se aparta de lo establecido en la ley tantas veces referida, pues señala que se trata de días hábiles, además que desatendió el término de los 5 días de ejecutoria del acto administrativo.

Tal y como se indicó en precedencia, el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, señala que la entidad tenía un término de 45 días hábiles para pagar las cesantías de manera oportuna, lo cual no aconteció, en la medida en que se reconoció expresamente que “desde el 13 de Febrero de 2001, la Asamblea Departamental se encuentra en mora de cancelar dichas Cesantías”¹¹³, en vez de contar los 5 días de ejecutoria a partir del 29 de diciembre de 2000 -fecha de la resolución 856 de diciembre 29 de 2000 en la que se liquidó y ordenó el pago de las cesantías definitivas-, los cuales oscilaban entre el 2 y 9 de enero de 2001 y a partir de

¹¹¹ Resolución 226 de 12 de julio de 2001 (Cfr. Anexo fiscalia archivo digital 2006-483 Carpeta 2, folio 1)

¹¹² Resolución 856 de 29 de diciembre de 2000. La cual indica que el Diputado trabajó hasta el 31 de diciembre de 2000.

¹¹³ Resolución 226 de 12 de julio de 2001.

ese momento se sumarian 45 días más hábiles para el pago oportuno, esto es entre el 10 de enero y 13 de marzo siguiente.

En consecuencia, se reconocieron 28 días demás, calculados sobre \$285.151 de salario diario, que equivalen a un total de \$7.984.228. Valga aclarar que en este caso y los anteriores no hay constancia de renuncia a los términos.

Fue sobre la liquidación anterior, se reitera que el aforado suscribió la transacción de 4 de diciembre de 2007, apartándose del artículo 2º de la Ley 244 de 1995.

En el caso de Vilma Lucy Gil Orejuela, quien pretendía el pago de las prestaciones laborales -primas de servicios, navidad, vacaciones e indemnización por la última-¹¹⁴, por \$950.000 y la sanción moratoria¹¹⁵.

El Juez Primero Laboral libró mandamiento de pago adicionando a los valores pretendidos en la demanda ejecutiva una suma por concepto de cesantías, sin que a la demanda se hubiese adjuntado título alguno que reconociera su existencia, tal como se puede constatar del acápite de pruebas de esta¹¹⁶, cifra que fue incluida en el acuerdo de transacción de 4 de diciembre de 2007, por lo que es claro que se abarcó una obligación que no se encontraba acreditada, y la que además

¹¹⁴ Reconocidas por Resolución 357 de 23 de agosto de 2001.

¹¹⁵ Reconocidas por Resolución 251 de 16 de julio de 2001.

¹¹⁶ Cfr. cd proceso 2006-00483, archivo 2006-483 2 f. 11

no contaba con soporte alguno sobre su existencia, aspecto que evidencia una vez más la falta de verificación a la que estaba obligado como representante legal de la entidad cuyos intereses debia proteger.

Para concluir, que en los dos acuerdos transaccionales suscritos el 4 de diciembre de 2007 por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** y los apoderados de los demandantes, por los cuales culminaron los procesos ejecutivos con efecto de cosa juzgada¹¹⁷, fueron tenidas en cuenta obligaciones que no le correspondía asumir al departamento por intermedio de sus propios rubros, sino a través, si a ello hubiere lugar, por medio de las transferencias que permitiera la ley a la Duma, así como, cursaron dichos negocios jurídicos sobre acreencias laborales que ya habían sido canceladas por la Asamblea Departamental de un lado y, del otro, que no eran exigibles judicialmente, o lo eran en menor valor, como hasta ahora se pudo evidenciar en virtud de la Ley 244 de 1995, por lo que resultan manifiestamente contrarias a la ley.

Más aún, cuando son producto de una decisión arbitraria e inconsulta, ya que **MOSQUERA LOZANO** no verificó el estado de los procesos ni acudió a los Asesores Jurídicos o al Comité de conciliación como era su deber, sin poder dejar de mencionar y, a fuerza de ser reiterativos, que incluso fueron

¹¹⁷ Artículo 2483 del Código Civil “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”

desatendidas las excepciones de mérito que fueron propuestas en uno de los procesos ejecutivos laborales.

Al mismo tiempo, resulta importante señalar, por ser de significativa relevancia que, las obligaciones recaían exclusivamente en la Asamblea Departamental, dado que se trata de prestaciones y sanciones por mora que la misma Corporación reconoció y ordenó pagar, así como en su momento lo señalaron los apoderados de la gobernación en el proceso ejecutivo 2006-0483.

Aceptar que el Ente territorial asuma el pago de las acreencias de la Asamblea Departamental implica desconocer los artículos 299 a 301 de la Carta Política, que las define e indican que “*en cada departamento habrá una Corporación de elección popular que ejercerá el control político sobre los actos de los Gobernadores, Secretarios de despacho, Gerentes y Directores de Institutos Descentralizados (...)*” y señalan su autonomía administrativa y presupuestal.

Incluso, para el momento de los hechos que aquí interesa, el Tribunal Superior aceptaba que fueron vinculados de manera simultánea el departamento y la Asamblea, porque la última de los mencionados carece de personería jurídica, no obstante, las obligaciones debían ser asumidas por aquella, y bajo tal entendimiento solo se podía comprometer el presupuesto que era asignado por la entidad territorial para su funcionamiento.

Ahora bien, es de destacar el hecho que las acreencias de la Asamblea Departamental que se incluyeran en el acuerdo de pasivos conforme con la Ley 550 de 1999, que no es este el caso como más adelante se explicará, no implica una subrogación de la obligación a cargo del órgano administrativo, dado que mantiene la titularidad en su cabeza, pues fue quien las generó y, el objetivo de abarcárlas era cumplir con el giro de las transferencias destinadas a gastos de funcionamiento de esta, por parte de la Gobernación¹¹⁸.

En efecto, la naturaleza administrativa de las Asambleas Departamentales se encuentra consagrada en la Constitución Política, así como en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998, cuando indica que “*son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley*”.

En virtud del decreto 111 de 1996, se reitera que las Asambleas “*tendrán capacidad para contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal*”. (Negrillas fuera de texto)

A pesar que, en la Ley 80 de 1993 las Dumas no se encuentran relacionadas entre las entidades estatales con capacidad contractual, ello no implica la intelección que no pudieran hacerlo, pues el artículo 110 del Estatuto Orgánico

¹¹⁸ Folio 202 y ss cuaderno Anexo Fiscalía. Radicados 2005-00315 y 2005-0147, 2006-073 01 y 1999-0276-01.

del Presupuesto General de la Nación¹¹⁹, las facultaba para elevar negocios jurídicos.

De ahí que, al tener la posibilidad de celebrar contratos, deviene la capacidad para ser parte en los procesos judiciales. Así lo señalaba el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época de los hechos, que modificó lo dispuesto en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo¹²⁰ que rezaba:

Representación de las personas de derecho público. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervenientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan (...)

Tanto así, que la Corte Constitucional en sentencia T-656 de 10 de agosto de 2006, señaló:

De las disposiciones anteriormente referidas que (i) la Ley 80 de 1993 establece la posibilidad de que organismos cuenten con capacidad contractual, siempre que existe autorización legal previa y (ii) las

¹¹⁹ "Artículo 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cuál hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes. (...)

*En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, **asambleas** y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica..." (Negrillas fuera de texto)*

¹²⁰ Derogado por la Ley 1437 de 2011

Asambleas Departamentales, al ser un organismo administrativo, deben cumplir con las funciones establecidas en la Constitución y la Ley. En consecuencia, la capacidad contractual debe estar expresamente señalada en ellas, la cual se encuentra contenida en el artículo 110 Estatuto Orgánico del Presupuesto. Es decir,. a pesar de que la Ley 80 de 1993 no las consagre expresamente, el Estatuto les ha otorgado a las Asambleas Departamentales la capacidad para contratar, considerando su autonomía administrativa y presupuestal. **De otra parte, al tener capacidad contractual, su capacidad para ser parte en los procesos resulta evidente”**

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Siendo así, menos podría pensarse que las acreencias a cargo de estos organismos debían ser asumidas por el departamento, como lo plantea **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** y su defensa técnica.

Tampoco existe prueba en el proceso que indique a esta Sala que las acreencias de la Asamblea Departamental fueron asumidas por el Ente territorial cuando se acogió a la Ley 550 de 1999; ni mucho menos es de buen recibo aceptar el argumento de la defensa en el sentido que era una práctica normalizada por otros gobernadores, ya que en esta oportunidad no se están juzgando asuntos diversos a los que aquí interesan.

En efecto, la Ley 550 de 1999, estableció un régimen con el objeto de promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo de las regiones.

El artículo 5 de la normatividad, define los acuerdos de reestructuración de pasivos, los cuales se celebran a favor de una o varias empresas con el “*objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo*”. También dispone, que el acuerdo de reestructuración debe constar por escrito, y tendrá un plazo que debe estipularse para su ejecución.

En el presente asunto, dicho acuerdo de reestructuración de pasivos celebrado el 27 de noviembre de 2001¹²¹, entre el departamento¹²² y sus acreedores, en virtud de la Ley 550 de 1999¹²³, en su cláusula tercera precisa que su objeto consistía en “*disponer y ejecutar las medidas de recuperación fiscal e institucional a favor del DEPARTAMENTO, con el propósito de corregir las deficiencias que presenta en su organización y funcionamiento y con el fin de que pueda atender sus obligaciones pecuniarias, orientadas a que el DEPARTAMENTO pueda recuperarse dentro del plazo y condiciones previstas en este Acuerdo*”, empero, no contempla la posibilidad de que el Ente departamental asuma las acreencias de la Asamblea, como lo plantea la defensa del aforado.

Mucho menos, cuando en la cláusula décima sexta del escrito de reestructuración, solo se establece el pago de las obligaciones de **trabajadores y pensionados del Departamento**, de las cuales se precisa se pagarian “*preferentemente por su valor nominal dentro de los años 2001*

¹²¹ Cfr. fs 119 a 140 c.o.c

¹²² Gobernador William Halaby Córdoba.

¹²³ Folio 107 y ss. c.o.c.

a 2008, conforme al Anexo 3", es decir, de lo allí acordado, no se desprende como lo afirma la defensa que las deudas laborales de la Duma se encontraban incluidas, tampoco encuentra la Sala respaldo alguno en la aseveración que se expresara, que fueron incorporadas estas en la primera modificación que cursó en julio 8 de 2005¹²⁴, pues en el cláusula séptima se referencia solo las generadas a favor de los empleados y empleados del Departamento. (Énfasis de sala)

Siendo así, queda sin fundamento lo argumentado por la defensa de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en el sentido de haber suscrito los acuerdos por tratarse de actos urgentes, pues con la culminación de la reestructuración el 19 de julio de 2007¹²⁵ era necesario realizar el pago de las acreencias laborales y, de esa manera, evitar que estas se acrecentaran por los costos de las sanciones moratorias.

Tampoco surge acertada la afirmación de la bancada de la defensa en punto a que era necesaria la solución prioritaria, urgente y célebre de adelantar los acuerdos transaccionales sobre las demandas laborales, cuando los acreedores no acudieron al reconocimiento de sus pretensiones en la reestructuración de pasivos -noviembre 27 de 2001-, ni acudieron en la primera modificación de 8 de julio de 2005, para luego entablar el pleito al límite de vigencia de este en un evento -julio 20 de 2007- y el otro a su culminación, el 13 de octubre de 2006¹²⁶ y 21 de agosto de 2007¹²⁷, respectivamente.

¹²⁴ Cfr. fs. 107 a 118 c.c.c

¹²⁵ Folio 104 C.O.C

¹²⁶ Folio 23 a 27 C.A.F.1.

¹²⁷ Folio 190 a 192 C.A.F.3.

Para la Sala, es claro que la suscripción de las mencionadas transacciones, no constituyan un acto de los que debía ocuparse el encargado de manera urgente -en 5 días hábiles-, como lo prevé la Ley 4 de 1913 en su artículo 124 y el decreto 1222 de 1986 en su artículo 93 tal y como lo sustenta la defensa, quien además insiste en mostrar un fin altruista, en la medida en que con los acuerdos se ponía fin al incremento de las obligaciones laborales de la Asamblea, precipitación que no dio lugar a acudir al concepto de viabilidad del Comité de conciliación.

Así mismo, no puede dejar de mencionar la Corporación que el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil vigente para el momento de los hechos¹²⁸, sobre la transacción por entidades públicas establecía la prohibición para celebrarlos sin autorización del representante legal de la entidad, es decir, del gobernador electo.

Adicionalmente, para el 4 de diciembre de 2007, los procesos no habían variado sustancialmente, de suerte que para la Sala no existe una razón de peso para sustentar la terminación anticipada; más aún cuando esta decisión iba en contravía de la posición expresa del departamento, por lo menos en uno de los trámites, aspecto que por sí solo imponía incluso una mayor cautela para el encargado de la Gobernación, pues si se trataba de causas equiparables no existía razón para que en el segundo evento no se hubiesen

¹²⁸ Decreto 1400 de 6 de agosto de 1970.

presentado idénticas excepciones, razón demás para que acudiera al Comité de Conciliación o a los Asesores Jurídicos.

Por otro lado, en el trámite 2007-0432, los apoderados del departamento se opusieron a diferentes embargos que afectaban sus cuentas, bajo el entendido que la Asamblea Departamental contaba con autonomía presupuestal, lo que permitía evidenciar al aquí procesado, que el ente territorial cuestionaba la obligación de asumir con sus rubros la carga prestacional del órgano administrativo.

En conclusión, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** suscribió los acuerdos de transacción¹²⁹, aún en contravía del claro ánimo litigioso que ostentaba la Gobernación, pues no reconocían su existencia ni el pago a su cargo, y sin urgencia alguna.

Visto así, es claro para la Sala que a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** no le estaba permitido realizar las transacciones mencionadas, contrario a lo sostenido por la defensa del aforado, quien argumentó que era una práctica reiterada, en tanto que no tenía la facultad expresa para hacerlo, no eran asuntos para tratar de manera urgente en 5 días hábiles, que no fueron verificadas ni constatadas la existencia de las obligaciones ni sus alcances, no consultó con el Comité de conciliación, que no se vislumbra ningún cambio en los procesos ejecutivos laborales que sustentaran la necesidad de la terminación acelerada del trámite.

¹²⁹ Artículo 1625. modo de extinguir las obligaciones.
Página 95 de 162

Al mismo tiempo, **MOSQUERA LOZANO** omitió el trámite administrativo establecido en la Gobernación para suscribir transacciones litigiosas, esto es, acudir al Comité de Conciliación -conformado en cumplimiento del artículo 75 de la Ley 446 de 1998¹³⁰, que adicionó el 65 de la Ley 23 de 1991 y el Decreto 1214 de 2000¹³¹-, instancia administrativa que debía realizar un estudio de viabilidad frente a la propuesta de transacción pues “actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad”.

No se advierte prueba alguna en esta causa que corrobore lo expresado por el aforado de haber consultado ex ante al Asesor Jurídico del departamento y ser este funcionario quien le dio el parte de legalidad a las transacciones que son materia de estudio. Tampoco obra en el plenario medio suasorio alguno que evidencie que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** cumplió con el deber de acudir al Comité de Conciliación.

Sobre esa dinámica, Jackson Vargas Caicedo¹³² “Secretario Jurídico del departamento entre junio a diciembre de 2007”, afirmó

¹³⁰ “Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los Descentralizados de estos mismos niveles, 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”.

¹³¹ Por el cual se establecen las funciones del Comité de Conciliación. Art. 2 (...) es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. (...) decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos (...) Art. 5. (...) 4. Fijar directrices, institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación. 5. 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 (...).

¹³² Folio 53 C.2.

tajantemente no haber sido consultado por MOSQUERA LOZANO sobre las transacciones suscritas el 4 de diciembre de 2007, además, explicó que frente a las reclamaciones elevadas por los extrabajadores de la Asamblea le fue expresado por el Gobernador electo, que estas pretensiones “*dejaban muchas dudas a la Entidad por el monto al parecer exagerado de las acreencias reconocidas.*”¹³³, a la par que siempre se presentó oposición para su reconocimiento como obligación de la entidad. Por último, indicó que, en la base de datos de la entidad no existía un registro de los procesos que cursaban en contra de la Gobernación, tal como fue corroborado con el informe de policía judicial N°9-46287 de 20 de mayo de 2015.

En el mismo sentido, quien fue Asesor Jurídico del departamento de Chocó, Jaime Pino Lozano¹³⁴, sostuvo que no recuerda que hubiese sido consultado sobre las transacciones tantas veces citadas, empero, precisó que ello no resultaba posible por cuanto para la fecha que aquí interesa, ya no laboraba para la Gobernación pues se retiró en junio 8 de 2007.

De lo anterior, para la Sala emerge que no hubo intervención del Comité de Conciliación ni de la Oficina Jurídica del departamento, contrario a lo afirmado por el acusado y su defensa técnica.

Adicionalmente, los apoderados de los extrabajadores de la Asamblea Departamental señalaron que suscribieron la transacción en el despacho del gobernador, la cual fue

¹³³ Cfr. f. 56 c.f.2

¹³⁴ Folio 62 C.2.

producto de una solicitud verbal. Henry Eduardo Lázaro Ortiz señaló que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** “*me imagino que él tuvo que hablar con sus asesores jurídicos*”, en tanto que Pedro Ignacio Cuesta Allín, aseveró frente a este punto que infiere aquél consultó con el Asesor Jurídico dado que en otras transacciones así lo hizo, sin que aportara datos que permitiera corroborar tal actividad.

Visto así, debe la Sala ponderar las anteriores declaraciones de cara a la versión libre e indagatoria del acusado, a efectos de establecer si se concluye la correspondencia entre lo narrado por los deponentes y lo que realmente aconteció en el evento bajo examen, para definir si se arriba a la certeza de la ocurrencia de la consulta ex ante al Asesor Jurídico.

Al respecto es preciso analizar la coherencia y precisión de los testigos, para lo cual es relevante verificar las circunstancias en que refieren el momento de la suscripción de los acuerdos, resultando llamativo que los apoderados de los extrabajadores de la Asamblea Departamental de manera coincidente afirmen que, tras la solicitud verbal, se suscribieron en el despacho del Gobernador sin más personas asistentes a tal acto que ellos tres. Adicionalmente, no refieren circunstancias percibidas de manera directa, de allí que sus versiones solo presentan sus propias conclusiones respecto a si el gobernador consultó o no al Asesor Jurídico del Ente territorial.

Por su parte **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, en versión libre se muestra ajeno al conocimiento del estado de los procesos laborales, lo cual lleva a la Sala a concluir que no se produjo la mencionada consulta, ya que, de haberlo hecho, tendría alguna referencia al respecto.

De igual forma, en la misma diligencia arguyó que cuando se presentaron las excepciones de mérito se encontraba vigente el acuerdo de reestructuración y, una vez finalizado era necesario negociar; en tanto que, en su injurada dijo desconocer la existencia de los medios exceptivos.

Así pues, se muestra evidente una contradicción en sus manifestaciones, las cuales, adicionalmente, no se acompañan con las de los apoderados Henry Eduardo Lázaro Ortiz y Pedro Ignacio Cuesta Allin, por lo que para la Sala **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, suscribió las transacciones mencionadas sin consultar con el Asesor Jurídico de la Gobernación ni con el Comité de conciliación.

Estas evidentes imprecisiones no permiten atribuir a las atestaciones rendidas por el procesado el poder sucesorio necesario para dar por acreditado su dicho respecto a que consultó al Asesor Jurídico de la Gobernación.

En conclusión, para esta Sala no existe duda en cuanto a que se encuentra acreditado el aspecto objeto del tipo de prevaricato por acción.

Así mismo, sucede respecto de la materialidad de la conducta, dado que hubo una clara contradicción entre la ley y los acuerdos de transacción suscritos el 4 de diciembre de 2007, a la cual arribó **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** sustrayéndose del trámite correspondiente ante el Comité de Conciliación, el cual debió surtirse previo a los acuerdos, pues en caso contrario, se habría evidenciado que obligaciones por las cuales transó las litis ya estaban canceladas, otras no existían o excedían el valor real de la acreencia y no correspondía asumirlas al departamento sino con cargo al presupuesto de la Asamblea Departamental.

De la tipicidad subjetiva

Satisfechos los ingredientes objetivos de la conducta punible analizada, corresponde ahora examinar el elemento subjetivo del tipo penal, aspecto en cuyo desarrollo se demuestra que el aforado era consciente que estaba suscribiendo unos acuerdos manifiestamente contrarios a la ley, sin embargo, lo hizo de manera libre y voluntaria.

No hay duda que **MOSQUERA LOZANO** laboraba en la Gobernación en el cargo de Secretario de Hacienda, desde el año 2005, lo cual significa que las finanzas y procedimientos administrativos de la Entidad no le eran ajenas, *contrario sensu* le otorgaba un ingrediente adicional a su conocimiento en relación con los temas objeto de reproche, dentro de los cuales se encuentra el régimen del Comité de conciliación.

Adicionalmente, se trata de un economista, con especialización en derecho público y en gestión de entidades territoriales, con maestría en dirección y creación de empresas, grado de instrucción que frente a los fines altruistas que aduce la bancada defensiva era la motivación principal para suscribir los acuerdos, esto es, evitar que siguiera corriendo el “taxímetro” de las acreencias por el paso del tiempo, se derrumban porque claramente se alejaban del orden legal, mismo que conocía por su experiencia, cargo en la gobernación y su calificada formación académica.

Aunado a lo anterior, resulta evidente que el procesado tenía conocimiento que con la suscripción de los acuerdos de transacción transgrediría la ley, dado que en esa oportunidad se desempeñó como Gobernador encargado por 7 días y, en ese corto lapso transó las litis, acabando con dos procesos ejecutivos que además de cuantiosos, tenían oposición de la administración departamental, adicionalmente, vetó la posibilidad de discusión, en tanto que renunció de manera expresa a los términos de ejecutoria frente a la decisión del Juez de aprobarlos.

Recuérdese que además del tiempo que llevaba laborando en la administración departamental, no era la primera vez que era encargado de esa función.

Para la Sala resulta inveraz el dicho del aforado, en el sentido de haber suscrito los acuerdos de transacción con fines altruistas, para evitar que siguieran creciendo las deudas del departamento, por cuanto para ello desconoció la posición

jurídica de la Gobernación sobre las acreencias laborales reclamadas y la ley vigente para el momento de los hechos.

Adicionalmente, ante el embargó de la cuenta bancaria N°578-38330-9, Jackson Vargas Caicedo, en calidad de Asesor Jurídico del departamento, solicitó su desembargo, por cuanto los recursos provenían del “*Sistema General de Participaciones*”, con destinación exclusiva al pago de acreencias laborales de docentes indígenas, lo que a todas luces muestra que el ente territorial consideraba que no era procedente y, por ser la postura oficial, no era lógico su desconocimiento por parte del titular.

Por otra parte, el mismo deponente, bajo la gravedad del juramento fue enfático en afirmar la ausencia de consulta de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** sobre los acuerdos transaccionales, así como que tampoco hubo un estudio técnico, jurídico y económico, ni fueron examinados los procesos judiciales como correspondía.

Igual aseveración sostuvieron en los primeros testimonios los abogados Pedro Ignacio Cuesta Allin y Henry Eduardo Lázaro Ortiz, con las que también se acreditó que el procesado no consultó a Julio Ibarguen Mosquera, como tampoco lo hizo con la oficina jurídica, Comité de conciliación, ni tuvieron conocimiento de algún estudio al respecto.

Para la Sala es claro que, por su cargo de tiempo atrás, el acusado sabía que las demandas ejecutivas laborales iniciaron antes de que se terminará el acuerdo de reestructuración de

pasivos del departamento, es decir, tenía conocimiento que no era una situación que ameritara una decisión apresurada, so pretexto de una urgencia para el taxímetro de las acreencias.

En ese orden de ideas, la Sala recaba su postura en el sentido de que, con la razón de las pruebas, queda en evidencia que se encuentra debidamente acreditada la existencia del delito de prevaricato por acción, en el grado de conocimiento requerido conforme con el artículo 232 de la Ley 600 de 2000, toda vez que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** decidió actuar en contra del ordenamiento jurídico, con lo cual se desvirtúa la tesis de la defensa relacionada con la ausencia de dolo por actuar con fines nobles.

Sin que pueda dejar de mencionar la Corporación, que no es predictable ni sostenible el argumento presentado por el defensor en cuanto a la presencia del principio de confianza legítima, que aduce lo amparaba por los actos desplegados por el “departamento jurídico de la Gobernación”, por la potísima razón que se demostró al interior del proceso que no se produjo consulta alguna para adelantar las transacciones.

Y aunque, estas se hubiesen presentado no puede olvidar el togado que dicho postulado:

“...no puede regir en aquellos casos en los que la persona se encuentra en una posición de garante respecto del objeto material del bien jurídico, ni cuando fomenta de manera perceptible la realización del delito doloso, creando un peligro intolerable que se concreta en el resultado típico”

debido a la intervención dolosa de terceros¹³⁵.

Si esto es así para los delitos culposos, con mayor razón lo será para los dolosos, pues, en cualquier evento, serán atribuibles desde el punto de vista objetivo las acciones activas o pasivas de los garantes que, teniendo el deber de evitar el resultado, o de vigilar la conducta de quienes colaboran en la ejecución de las labores a él encomendadas, permiten que otros, ya sea mediante contribuciones esenciales o secundarias para la producción del resultado, vulneren el bien jurídico llamado a proteger...”¹³⁶

En punto del principio de confianza, en gracia de discusión aún en el evento que hubiese consultado a los Asesores Jurídicos del ente territorial -que como se demostró no ocurrió-, era deber del titular examinar cuidadosamente lo realizado por las otras dependencias antes de firmar los acuerdos.

En el presente caso, la Sala encuentra que, fue directamente el gobernador encargado, tras una solicitud verbal de los apoderados de los extrabajadores de la Asamblea Departamental, quien decidió inconsultamente suscribir **directamente** los negocios jurídicos **sin delegar** en otros funcionarios dicha labor ni consultar. (Énfasis de la Sala)

¹³⁵ Cf. sentencia de 3 de octubre de 2007, radicación 28326.

¹³⁶ CSJ SP, Radicado 32053 de agosto 12 de 2009

De la antijuridicidad

Para la Sala, también es clara la efectiva lesión al bien jurídico protegido; desde luego, cuando se configura tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo el tipo penal de prevaricato por acción, se lesionan la administración pública, concepto que incluye la función que realizan los diferentes órganos del Estado, cuyo objetivo es satisfacer el interés general¹³⁷.

La defensa de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** argumentó que al transar las litis antes de causar daño a la administración departamental, contribuyó a solucionar la grave situación que atravesaba el departamento. Argumento que se cae de su peso, pues al pretermitir el análisis del Comité de conciliación o al menos el concepto de la Oficina Jurídica, no advirtió que con los acuerdos se estaban incluyendo acreencias que no le correspondían por ser propias de la Asamblea Departamental, que unas ya habían sido canceladas, otras no eran exigibles judicialmente, además se incluyeron obligaciones por un mayor valor al causado. Todo esto hace evidente la grave lesión al bien objeto de tutela, pues con el actuar del procesado se muestra la finalidad que buscaba con las transacciones, que no era otra que avenirse con la corrupción, sin que se hubiese demostrado causal alguna de justificación del hecho.

¹³⁷ CC C-631 de 1996.

Las conductas prevaricadoras se reitera, lesionaron el bien jurídico protegido, es decir, la administración pública, pues afectó el normal funcionamiento y desarrollo de esta al ser perturbado en su componente de legalidad, aspectos que aquí fueron claramente vulnerados de forma efectiva al pretermitir el trámite para conceder derechos que no correspondían, generándose además afectación a la convivencia social¹³⁸.

De la Culpabilidad

Es reprochable la conducta ejecutada por el procesado, la cual realizó consciente de su antijuridicidad, dado que además de lo anteriormente dicho, era imputable al momento de la comisión de la conducta.

De la formación académica del aforado, su experiencia profesional y de sus propios descargos se desprende, que tenía plena capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión (artículo 33 del Código Penal), de donde surge que era imputable.

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, tenía conocimiento de la ilicitud de su proceder y, en esa medida, podía exigirsele un comportamiento diverso ajustado a

¹³⁸ Ley 270 de 1996.

derecho, pero voluntariamente decidió alejarse del mismo y contrariar la ley, por lo cual debe formulársele un juicio de reproche como responsable del concurso de los delitos señalados.

Efectivamente, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, tuvo la posibilidad de obrar conforme a derecho y en esa medida, debió acudir al Comité de conciliación o a la Oficina Jurídica de la Gobernación, verificar la existencia y monto de las obligaciones reclamadas, no obstante, decidió no hacerlo y suscribir los acuerdos, dejando en evidencia su voluntad de oponerse al mandato jurídico.

En el presente asunto el dolo al momento de la comisión del ilícito se encuentra demostrado por las particulares calidades del sindicado, quien al desempeñarse como Gobernador del Departamento del Chocó con varios años vinculado como Secretario de Hacienda de la Gobernación del Chocó y varias veces Gobernador encargado, se evidencia que tenía pleno conocimiento y manejo en el trámite de los acuerdos de transacción, teniendo por demás acceso a la documentación e información en torno de las exigencias para suscribirlos, de modo que en virtud del conocimiento que tenía sobre la materia sabía que era necesario previo a ello, consultar el estado de los procesos laborales como mínimo, y no lo hizo, se abstuvo de ello conscientemente, lo cual desvirtúa que sus intenciones y pretensiones eran legales, al extremo que incluyó unas cláusulas limitantes, pues renunció a términos de la notificación y ejecutoria respecto de las decisiones judiciales

que avalarian los negocios juridicos, lo cual hace evidente el interés de beneficiar a terceros.

Por el contrario, su actitud denota que aprovechando su investidura, en un encargo de poco menos de una semana, suscribió los acuerdos, que a la postre fueron el vehículo para que se reconocieran acreencias laborales a personas que no tenían derecho, o por valores superiores a los que les correspondía, dirigiendo su actuar manifiestamente contrario a la ley, por cuanto como se ha dicho, conocía las normas aplicables, pero aun así decidió actuar en contra de la ley, luego es claro que la conducta desplegada por el acusado fue a título de dolo, porque conocía su ilicitud y quiso el resultado que obtuvo.

No se trata en esta oportunidad de una valoración derivada del acierto de las disposiciones aplicables al asunto, pues el dolo, se traduce en la manifiesta desatención de una normatividad clara, que no ofrecía aspectos de interpretación que pudieran dar lugar a una decisión diversa, pero posible, ante la ambigüedad.

Asunto que le correspondía a él y no a otra persona, en el momento que decidió aceptar los acuerdos transacciones, por ello es que puede predicarse que tuvo en sus manos el curso causal del suceso delictivo y en vez de evitarlo lo avaló suscribiéndolos.

Demostrada más allá de toda duda la tipicidad de la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad, es incuestionable la responsabilidad penal de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** como autor del delito de prevaricato por acción, en concurso homogéneo por tratarse de dos transacciones.

5. Peculado por apropiación a favor de terceros

Se encuentra en el artículo 397 de nuestra codificación sustantiva, en los siguientes términos:

“El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o 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 de seis (6) a quince (15) años, 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.

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.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.”

Acorde con esta descripción requiere para su estructuración: i) un sujeto activo calificado que debe ostentar la condición de servidor público; ii) la apropiación en provecho

personal o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este 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; y iii) la competencia funcional o material para disponer de éstos.

Así lo ha señalado la jurisprudencia del órgano de cierre.

“El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros. El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado¹³⁹.

Sobre el sujeto activo calificado, la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha decantado que en éste “debe concurrir la potestad de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de sus atribuciones. La relación entre el funcionario público y los bienes oficiales puede ser material o jurídica no necesariamente originada en una

¹³⁹ Cfr. Rad. 29655, sentencia de 21 de octubre de 2009
Página 110 de 162

asignación de competencia, basta con que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional”¹⁴⁰, entonces el acto de apropiación puede ocurrir bien como consecuencia de la disponibilidad directa de los recursos, o debido al ejercicio de un deber funcional que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes de la misma naturaleza¹⁴¹.

La disposición del servidor público sobre bienes puede ser material o jurídica¹⁴², como lo ha previsto la jurisprudencia de la Sala Penal de esta Corporación¹⁴³. La disponibilidad sobre bienes del erario o bienes públicos está vinculada al ejercicio de los deberes funcionales del servidor, en el marco de los cuales administra de manera efectiva recursos del Estado, al disponer de su titularidad¹⁴⁴.

En cuanto al momento consumativo del tipo penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que es un delito de resultado, el cual se perfecciona cuando se produce la apropiación patrimonial, como consecuencia de la decisión judicial ilícita, es decir, “*cuando el servidor público sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga. El acto de sustracción priva al Estado de la facultad dispositiva de los recursos, sin que forzosamente quien cumple la acción entre a disfrutar o gozar de aquellos, es suficiente que*

¹⁴⁰ CJS SP18532-2017, Rad. 43263

¹⁴¹ CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021

¹⁴² CSJ SP-2184-2017, 15 feb. 2017, rad. 47348.

¹⁴³ CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.

¹⁴⁴ SP5053-2018, rad. 53277, CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021; CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 27092; CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 36387; CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38396; CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099 y CSJ SP, 15 jul. 2015, rad. 43839.

impida al Estado seguir disponiendo de los recursos confiados al servidor público”¹⁴⁵.

Así lo ha indicado la Corporación:

“Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo”¹⁴⁶.

(...)

Ahora bien; hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola “sustrae el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”¹⁴⁷. No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena el pago de lo no debido, pues en estos casos, la consumación acaece cuando ese acto de disposición jurídica se concreta en acciones que distraen el bien del patrimonio del Estado, despojándolo así de su función pública. El delito, como expresión del comportamiento humano, requiere para su consumación la ejecución de todos los actos propios de la descripción típica. En este orden, la emisión de una decisión contraria a derecho que reconoce ilegalmente una acreencia a cargo del Estado constituye un acto ejecutivo que da inicio a la conducta desvalorada de peculado, pero no la colma. En consecuencia, si el fallo no se concreta en actos materiales de disposición sobre el erario, la conducta se queda en su fase tentada por ausencia de uno de los

¹⁴⁵ CJS SP18532-2017, Rad. 43263

¹⁴⁶ CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38188.

¹⁴⁷ CSJ SP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.

elementos esenciales del peculado por apropiación: el adueñarse para sí o para otro de bienes de naturaleza pública.”¹⁴⁸

De igual forma, ha precisado:

“El delito de peculado por apropiación custodia la administración pública en su esfera patrimonial y pretende garantizar la efectiva utilización del erario, para así conjurar su pérdida como consecuencia de actuaciones fraudulentas cometidas por sus servidores o propiciadas por éstos en favor de terceros. El verbo rector que define la configuración de la conducta es el de apropiar, el cual si bien es cierto delimita el ámbito de aplicación del injusto, no debe examinarse aisladamente respecto del contenido del interés jurídico que busca amparar el legislador. Es decir, la tipicidad no puede circunscribirse a la mera verificación de la subsunción gramatical de una acción en el modelo descriptivo incorporado en la disposición legal, como lo auspicia el recurrente, sino que además debe corroborarse en cada caso concreto si el comportamiento prohibido previsto en el tipo resulta idóneo para afectar el bien jurídico tutelado”¹⁴⁹

Enmarcados bajo tal entendimiento, la Sala procederá a abordar el examen de la actuación y la eventual responsabilidad del acusado frente al punible previamente examinado.

Respecto del primero de los requisitos, no ofrece controversia que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, para la época de los hechos era Gobernador encargado del

¹⁴⁸ CSJ SP, 28 jun. 2017, rad. 49020 y SP364-2018, rad. 51142.

¹⁴⁹ Rad. 29655, sentencia de 21 de octubre de 2009

departamento del Chocó, suscribió dos acuerdos de transacción, los cuales pusieron fin a las litis promovidas por extrabajadores de la Asamblea Departamental, con cargo a los recursos del ente territorial, sobre los cuales gozaba de disponibilidad debido a su condición de ordenador del gasto.

Se advierte de la actuación que como consecuencia de las transacciones suscritas el 4 de diciembre de 2007, se realizaron pagos de varios títulos de depósitos judiciales por cuenta del Gobernador encargado, los cuales se constituyeron en cumplimiento de las medidas de embargo decretadas en los procesos ejecutivos 2006-0483 y 2007-0432.

Como se analizó en el capítulo correspondiente al prevaricato por acción, **ROGER PASTOR MOQUERA LOZANO** suscribió dos transacciones manifiestamente contrarias a la ley, las cuales permitieron la apropiación de recursos públicos.

En el primero, el Juez Primero Laboral libró mandamiento de pago por \$1.287.381,380¹⁵⁰, a favor de Antonio Torres Rentería¹⁵¹, Vilma Lucy Gil Orejuela¹⁵², Antonio Elimelth Mosquera Perea¹⁵³ y José Bernardo Flórez Asprilla¹⁵⁴ y se acordó transigir de manera global por \$1.480.000.000, cifra que muestra una diferencia de \$192.618.620, presentándose un desembolso parcial a los apoderados de los demandantes, por cuanto el Juzgado de conocimiento ordenó la entrega de: i)

150 El 20 de noviembre de 2006.

151 Cesantías \$1.044.582 y sanción moratoria \$31.648.050.

152 Cesantías \$ 945.000 y sanción moratoria \$21.968.961.

153 Cesantías \$9.294.153 y sanción moratoria \$595.119.884.

154 Cesantías \$28.543.650 y sanción moratoria \$598.817.100.

\$344.427.535¹⁵⁵; ii) \$176.710.244,60¹⁵⁶; iii) \$75.000.000¹⁵⁷ y, iv) \$76.209.162¹⁵⁸, resultando un total de **\$672.346.941,60**.

En este caso, la Sala Única del Tribunal Superior de Quibdó, el 30 de junio de 2011, revocó el auto del Juez Laboral que decretó medidas cautelares sobre cuentas del departamento del Chocó¹⁵⁹, argumentando que la obligada al pago era la Asamblea Departamental, en consecuencia, las levantó, ordenó al *A quo* se devolvieran los dineros retenidos a los productos financieros de origen, así como el reintegro al departamento de los dineros que hubieren recibido los ejecutantes; también declaró insubsistente el mandamiento de pago sobre la sanción moratoria reconocida a Antonio Elimeth Mosquera Perea y ordenó al Juez de Primera Instancia liquidar el crédito según los cambios del mandamiento de pago.

Decisión que fue acatada por el Juez Laboral, quien modificó la liquidación de la transacción en \$246.357.919, fijó las agencias en derecho por \$12.317.895, requirió a los demandantes y sus apoderados para el reintegro de los dineros a favor del departamento en el término de un mes; lo cual no sucedió. Posteriormente, se ordenó la terminación del proceso, al evidenciarse el pago de sumas superiores a la liquidación.

¹⁵⁵ Depósito judicial 433200000015916 de 18 de diciembre de 2007, a favor de Henry Eduardo Lázaro Ortiz.

¹⁵⁶ Depósito judicial 433030000149087 de 15 de abril de 2008, a favor de Pedro Ignacio Cuesta Allin.

¹⁵⁷ Depósito judicial 433030000178829 de 22 de julio de 2009, a favor de Ignacio Cuesta Allin.

¹⁵⁸ Depósito judicial 433030000187064 de 19 de noviembre de 2009, a favor de Ignacio Cuesta Allin.

¹⁵⁹ Auto de 27 de julio de 2009.

En tanto que, en el segundo, es decir, en el 2007-00432, el Juez de conocimiento libró mandamiento de pago por \$3.387.484.632¹⁶⁰, a favor de Freddy Lloreda Palacios¹⁶¹, Marcial Blandón Rivas¹⁶², José Américo Mosquera Lozano¹⁶³, Florentino Blandón Palacios¹⁶⁴ y José Manuel Cuesta Córdoba¹⁶⁵ y **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** acordó transar la litis de manera global en **\$3.375.000.000**, por lo que se advierte una diferencia de \$12.484.632, con pago total, ya que el Juez Laboral ordenó la entrega de 106 títulos de depósito judicial, de los cuales 92 se cancelaron a los apoderados de los demandantes y 14 fueron remitidos a otros procesos judiciales para el pago de obligaciones.

Lo anterior se acredita con los depósitos judiciales pagados, los cuales obran en el proceso de la siguiente manera:

	Número depósito	Fecha	Valor
1)	433030000177840	2 de julio de 2009	\$653.276.000
2)	433030000180524	11 de agosto de 2009	\$72.329.024
3)	433030000182708	10 de septiembre de 2009	\$22.950.525
4)	433030000182709	10 de septiembre de 2009	\$63.964.515,00
5)	433030000182666	7 de septiembre de 2009	\$7.995.436,35
6)	433030000187006	13 de noviembre de 2009	\$36.290.430,00
7)	433030000228285	1 de julio de 2011	\$ 33.700.920,00
8)	433030000229603	21 de julio de 2011	\$33.444.366,00
9)	433030000229563	21 de julio de 2011	\$ 4.809.194,00
10)	433030000229604	21 de julio de 2011	\$32.365.413

¹⁶⁰ Por auto de 28 de agosto, adicionado por el de 10 de octubre de 2007.

¹⁶¹ Cesantías \$711.400.282.

¹⁶² Cesantías \$1.575.000 y sanción moratoria \$571.200.000.

¹⁶³ Cesantías \$24.997.318 y sanción moratoria \$683.221.796.

¹⁶⁴ Sanción moratoria \$683.221.796.

¹⁶⁵ Cesantías \$1.842.450 y sanción moratoria \$710.025.990.

PRIMERA INSTANCIA No. 48863
ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO

11)	433030000229617	21 de julio de 2011	\$80.991.602,00
12)	433030000218728	24 de febrero de 2011	\$25.491.510,00
13)	433030000218729	24 de febrero de 2011	\$5.818.781,00
14)	433030000218733	24 de febrero de 2011	\$25.088.910,00
15)	433030000229607	21 de julio de 2011	\$40.414.430,00
16)	433030000229615	21 de julio de 2011	\$1.116.343,00
17)	433030000229583	21 de julio de 2011	\$15.974.666,00
18)	433030000229585	21 de julio de 2011	\$30.588.502,00
19)	433030000229586	21 de julio de 2011	\$17.567.682,00
20)	433030000229587	21 de julio de 2011	\$28.471.706,00
21)	433030000229588	21 de julio de 2011	\$75.282.390,00
22)	433030000229590	21 de julio de 2011	\$26.902.932,00
23)	433030000229591	21 de julio de 2011	\$47.373.810,00
24)	433030000228277	1 de julio de 2011	\$17.148.120,00
25)	433030000228280	1 de julio de 2011	\$32.817.180,00
26)	433030000228281	1 de julio de 2011	\$17.379.304,00
27)	433030000228286	1 de julio de 2011	\$15.272.123,14
28)	433030000229564	21 de julio de 2011	\$38.634.173,00
29)	433030000229581	21 de julio de 2011	\$37.138.373,00
30)	433030000229582	21 de julio de 2011	\$18.801.950,00
31)	433030000229595	21 de julio de 2011	\$16.015.844,00
32)	433030000229599	21 de julio de 2011	\$3.744.458,00
33)	433030000229596	21 de julio de 2011	\$15.581.715,00
34)	433030000229600	21 de julio de 2011	\$36.052.890,00
35)	433030000229601	21 de julio de 2011	\$23.336.917,40
36)	433030000229605	21 de julio de 2011	\$3.464.133,00
37)	433030000229608	21 de julio de 2011	\$14.522.870,80
38)	433030000229609	21 de julio de 2011	\$19.987.884,00
39)	433030000229598	21 de julio de 2011	\$14.408.996,00
40)	433030000229602	21 de julio de 2011	\$21.488.917,00
41)	433030000218734	24 de febrero de 2011	\$15.469.356,40
42)	433030000218735	24 de febrero de 2011	\$29.037.690,00
43)	433030000218736	24 de febrero de 2011	\$13.842.359,12
44)	433030000218737	24 de febrero de 2011	\$17.729.977,80
45)	433030000228275	1 de julio de 2011	\$29.999.640,00
46)	433030000228276	1 de julio de 2011	\$24.830.190,00
47)	433030000228278	1 de julio de 2011	\$30.721.680,00
48)	433030000228279	1 de julio de 2011	\$16.801.903,20
49)	433030000228283	1 de julio de 2011	\$2.430.125,17
50)	433030000229594	21 de julio de 2011	\$36.287.484,00
51)	433030000229611	21 de julio de 2011	\$21.169.489,00
52)	433030000229613	21 de julio de 2011	\$22.348.065,00
53)	433030000229614	21 de julio de 2011	\$116.290.514,00
54)	433030000229616	21 de julio de 2011	\$110.147.322,00
55)	433030000229618	21 de julio de 2011	\$144.004.954,00

PRIMERA INSTANCIA No. 48863
ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO

56)	433030000229619	21 de julio de 2011	\$69.848.823,00
57)	433030000218719	23 de febrero de 2011	\$26.044.590,00
58)	433030000218720	23 de febrero de 2011	\$21.649.980,00
59)	433030000218715	23 de febrero de 2011	\$34.922.250,00
60)	433030000218717	23 de febrero de 2011	\$29.322.810,00
61)	433030000218723	24 de febrero de 2011	\$22.697.730,00
62)	433030000218724	24 de febrero de 2011	\$12.201.239,10
63)	433030000218726	24 de febrero de 2011	\$24.079.110,00
64)	433030000218732	24 de febrero de 2011	\$5.626.271,73
65)	433030000230769	5 de agosto de 2011	\$60.275.160,00
66)	433030000218716	24 de febrero de 2011	\$35.425.830,00
67)	433030000229610	21 de julio de 2011	\$1.762.836,90
68)	433030000228282	1 de julio de 2011	\$30.799.230,00
69)	433030000232031	29 de agosto de 2011	\$20.000.000,00
70)	433030000232033	29 de agosto de 2011	\$29.200.770,00
71)	433030000232029	29 de agosto de 2011	\$14.574.170,00
72)	433030000231827	24 de agosto de 2011	\$5.000.000,00
73)	433030000231825	24 de agosto de 2011	\$82.163,10
74)	433030000232057	29 de agosto de 2011	\$10.000.000,00
75)	433030000232061	29 de agosto de 2011	\$5.000.000,00
76)	433030000232058	29 de agosto de 2011	\$1.724.840,00
77)	433030000231823	24 de agosto de 2011	\$8.000.000,00
78)	433030000232027	29 de agosto de 2011	\$35.000.000,00
79)	433030000231650	18 de agosto de 2011	\$3.241.469,00
80)	433030000231684	19 de agosto de 2011	\$333.325,49
81)	433030000231755	22 de agosto de 2011	\$38.731.110,00
82)	433030000231828	24 de agosto de 2011	\$841.240,00
83)	433030000231824	24 de agosto de 2011	\$534.215,00
84)	433030000231826	24 de agosto de 2011	\$41.876,90
85)	433030000232028	29 de agosto de 2011	\$778.600,00
86)	433030000232030	29 de agosto de 2011	\$6.082.510,00
87)	433030000232032	29 de agosto de 2011	\$249.759,00
88)	433030000232034	29 de agosto de 2011	\$24.690,00
89)	433030000232059	29 de agosto de 2011	\$368.447,60
90)	433030000232062	29 de agosto de 2011	\$7.149.377,20
91)	433030000233065	5 de septiembre de 2011	\$50.719.680,00
92)	433030000233901	20 de septiembre de 2011	\$23.545.830,00
93)	433030000237183	11 de noviembre de 2011	\$18.340.512,47
94)	433030000236998	8 de noviembre de 2011	\$54.668.130,00
95)	433030000237994	21 de noviembre de 2011	\$50.135.717,00

96)	433030000237182	11 de noviembre de 2011	\$30.735.870,00
97)	433030000235569	20 de octubre de 2011	\$40.092.690,00
98)	433030000237184	11 de noviembre de 2011	\$5.421.485,60
99)	433030000237185	11 de noviembre de 2011	\$36.126.750,00
100)	433030000237186	11 de noviembre de 2011	\$15.516.020,62
101)	433030000237187	11 de noviembre de 2011	\$8.268.738,00
102)	433030000237188	11 de noviembre de 2011	\$33.479.160,00
103)	433030000237189	11 de noviembre de 2011	\$18.390.669,20
104)	433030000237190	11 de noviembre de 2011	\$32.046.630,00
105)	433030000237192	11 de noviembre de 2011	\$18.606.046,23
106)	433030000243675	9 de febrero de 2012	\$18.175.962,28.

Siendo así, en virtud de las certificaciones de 14 y 15 de enero de 2015, emitidas por los Juzgados Laborales de Quibdó en las que se relacionan los pagos efectuados¹⁶⁶ y las copias de los procesos 2006-0483 y 2007-0432, en donde se encuentran las órdenes de pago de los depósitos judiciales, para la Sala se encuentra demostrado el desembolso de los títulos señalados con cargo al presupuesto del departamento, por lo que no existe duda sobre la materialidad de los dos delitos de peculado por apropiación a favor de terceros, en la medida en que se cancelaron con recursos del departamento, cesantías y sanciones moratorias que no se causaron o no estaba clara su exigibilidad, como consecuencia de los acuerdos de transacción suscritos el 4 de diciembre de 2007, lo cual derrumba la tesis

¹⁶⁶ Folio 227 y ss. C.O.1.

de la defensa, en el sentido de que no hubo provecho del aforado de los dineros del Estado.

No hay duda para la Sala, sobre la responsabilidad del procesado, dado que, al suscribir los dos acuerdos de transacción, apartándose de lo dispuesto en la ley, causó un detrimento patrimonial al departamento, pues dispuso de los bienes del Estado, ya que en la cláusula segunda se consagró “*hágase entrega de la totalidad de los títulos que existen o llegaren a existir hasta la suma acordada en la transacción*”, independientemente que el pago se haya materializado de manera gradual, es decir, la indebida apropiación es sobre el valor total de las transacciones.

Entonces, se consumaron los peculados por apropiación a favor de terceros, dado que se acreditaron, de manera injustificada, los desembolsos de \$672.346,941,60¹⁶⁷ y \$3.375.000,000,80¹⁶⁸, sobre el presupuesto del departamento del Chocó.

Como se analizó en el aparte del delito de prevaricato por acción; se encuentra demostrado en el proceso, que el aforado no verificó el estado de los procesos laborales ni consultó al Comité de conciliación o el Asesor Jurídico del Departamento, con el fin de conocer la viabilidad jurídica de los acuerdos de transacción objeto de reproche, por lo que queda sin fundamento lo sostenido por **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** y su defensa técnica, respecto de que las conductas

167 Proceso 2006-0432.

168 Proceso 2007-0432.

se encuentran ajustadas a derecho porque atendian a la necesidad de parar el “taxímetro” de las acreencias por causa de la culminación del acuerdo de restructuración de pasivos del Ente territorial, ya que estas fueron abarcadas en el realizado el 28 de noviembre de 2001, conforme con la Ley 550 de 1999, y en esa medida, al finalizar se hacían necesarios los acuerdos de transacción para soslayar el aumento de las obligaciones. Sobre el particular, no existe respaldo probatorio en el proceso.

Además, el acuerdo de restructuración¹⁶⁹ culminó el 19 de julio de 2007, inscrito en la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 23 siguiente, fecha desde la cual cesaban sus efectos, por lo que, para el 4 de diciembre de ese año, no era una situación nueva, apremiante o urgente, igualmente estaban pendientes de resolver las solicitudes de los apoderados de la Gobernación; que en el proceso 2006-04432 eran excepciones de mérito y nulidad y en el 2007-0432 una solicitud de desembargo, siguiendo los criterios de la Entidad y del Tribunal Judicial de Quibdó.

Por otra parte, argumenta la defensa de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, que las resoluciones que reconocen y ordenan el pago de cesantías y sanciones por mora fueron expedidas por la Asamblea Departamental y, en esa medida, no hubo ninguna participación o injerencia del aforado, ya que esta circunstancia aconteció antes de transarse las litis.

¹⁶⁹ suscrito el 28 de noviembre de 2001.

Afirmación que para la Sala es insuficiente, dado que, la obligación recaía en la Duma -que por contar con autonomía administrativa y presupuestal, sus acreencias deben ser asumidas de los rubros para esta dispuestos-, además, se reitera, las litis reconocieron acreencias que no eran exigibles o por un valor superior al que correspondía, lo cual se hubiese podido determinar, de haberse realizado un estudio de cada acreencia reclamada, no obstante, ello no ocurrió, pues el Gobernador encargado no lo hizo y tampoco acudió al Comité de Conciliación.

Sobre el aspecto subjetivo de la conducta, se encuentra demostrado que sus elementos volitivo y cognitivo se satisfacen a cabalidad.

En efecto, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** sabía que con las transacciones que suscribió el 4 de diciembre de 2007, el departamento asumiría obligaciones que no le correspondían, ya que se trataba de acreencias reconocidas a extrabajadores de la Asamblea Departamental, según él mismo lo admitió en su interrogatorio en audiencia de juzgamiento.

Por otro parte, para el aforado no le eran ajenas o desconocidas las obligaciones que le imponía el ejercicio de la función de ordenación del gasto del departamento del Chocó y del interés general que debía iluminar el manejo del presupuesto de la entidad y de la ilicitud de los acuerdos, ya que no consultó a la oficina jurídica ni al Comité de conciliación, por lo que dirigió su actuar de manera voluntaria a afectar el patrimonio de la entidad para favorecer a terceros.

Adicionalmente, con la renuncia a los términos de notificación y ejecutoria respecto de las decisiones judiciales que avalarían los dos acuerdos transaccionales, se hace palmaria la finalidad de beneficiar a terceros para que se apropiaran de los dineros públicos; lo cual se encuentra evidenciado en las cláusulas cuarta y quinta de los mismos “*las partes con ocasión de imprimirle celeridad a la transacción acuerdan además renunciar a términos de notificación y ejecutoria del auto que aprueba la transacción* ¹⁷⁰”, asegurando de esta manera la defraudación al patrimonio del Estado y la imposibilidad controvertir las pretensiones.

En ese orden, lo indicado por la defensa del aforado, en el sentido que la intención que lo llevó a suscribir los acuerdos que pusieron fin a los procesos laborales no fue otro que evitar el crecimiento de la deuda que el departamento había adquirido, lo que excluye el ánimo de favorecer a terceros; para la Sala no tiene fundamento alguno que en un encargo de tan corta duración, se itera de 5 días hábiles, se realicen cuantiosas transacciones -dando fin a los trámites laborales- sin por lo menos hacer una consulta a la Oficina Jurídica sobre el estado de los mismos o sobre si era viable que el Ente territorial asumiera obligaciones emanadas de la Asamblea, lo que evidencia más bien la intención de adquirir un compromiso a cargo del presupuesto del departamento del Chocó para favorecer a terceros de manera arbitraria, en un claro detrimento de las arcas públicas.

¹⁷⁰ Folios 98 C.A.O 1 y 197 C.A.O.3.

Así mismo, las conductas atribuidas a **MOSQUERA LOZANO** son antijurídicas, dado que ejerció indebidamente la función estatal de custodia y administración de bienes que le fueron confiados con ocasión de sus funciones, abandonando los mandatos de la función pública al encaminarse a obtener el beneficio de particulares, de paso, asaltando también el interés general y la integridad de la administración pública, pues resulta claro que el Estado fue privado de recursos del erario, que no pudieron ser utilizados en suplir necesidades fundamentales de la comunidad.

El bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el título XV del Código Penal tiene una doble connotación: i) protege el correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta como la actividad funcional del Estado, de los entes territoriales y demás entidades públicas de todo orden, que actúan conjunta y coordinadamente en el cumplimiento de los fines del Estado, en garantía de que la prestación del servicio público responda siempre al interés general y conforme a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política; y ii) propende por la protección de los bienes patrimoniales del Estado.

En el presente caso, para la Sala no existe duda frente a la lesividad de los comportamientos atribuidos a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, pues a raíz de los acuerdos suscritos el 4 de diciembre de 2007, se crearon obligaciones contenidas en unos títulos judiciales, las cuales son un reflejo

de la voluntad de los suscriptores, que no es otra que defraudar la confianza depositada por la sociedad en el departamento.

Siendo así, se vulneró el bien jurídico de la administración pública sin justa causa, ya que transgredieron los valores de la actividad estatal, entre ellos el interés general, la igualdad y la imparcialidad, entre otros.

El aforado tenía el deber de actuar en procura de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, mientras que decidió en su lugar amparar intereses de terceros, quienes se vieron favorecidos con los títulos fruto de los acuerdos celebrados el 4 de diciembre de 2007, a pesar de que reconocían derechos que no eran exigibles jurídicamente o en cuantía superior a la que correspondía.

En suma, es antijurídica la conducta, ya que **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** desconoció el deber que le correspondía de acatar las normas constitucionales y legales sobre el manejo de los bienes del Estado, omisión que podía superar acudiendo al Comité de conciliación o a la Oficina Jurídica de la entidad, con el fin de obtener el estudio de cada una de las acreencias y, en todo caso, para que le pudieran advertir que no se trataba de obligaciones del departamento sino del órgano administrativo, el cual contaba con patrimonio propio.

En ese sentido, no se puede justificar su proceder en una intención de “*parar el taxímetro*” de las acreencias del departamento, en tanto que se suscribieron los acuerdos

transaccionales de manera arbitraria, sin verificar los presupuestos fácticos y jurídicos de cada una de las acreencias contenidas en las demandas ejecutivas, lo cual era necesario ex ante y, por lo tanto, censurable ante la claridad de los mandatos legales.

En el caso en concreto, ninguna duda le asiste a la Sala frente a la lesividad de los comportamientos atribuidos a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**.

De la culpabilidad.

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, para el momento de los hechos, tenía plena capacidad para comprender la ilicitud de los actos y autodeterminarse conforme dicha comprensión, pues así lo dejar ver su sanidad mental y la plena conciencia sobre su antijuridicidad, siéndole exigible una conducta adecuada a las exigencias normativas.

Efectivamente, no existe prueba en el proceso referente a que el aforado hubiera ejecutado la conducta típica y antijurídica condicionado por algún tipo de perturbación psíquica o inmadurez psicológica que le impidiera comprender y acatar los mandatos legales. Antes bien, con sus intervenciones en el trámite, tanto en su versión libre, como en su indagatoria e interrogatorio en juicio, le permiten a esta Sala afirmar que para el momento de la comisión de los punibles no

padecía de patología alguna que le impidiera comprender la naturaleza de las conductas a él atribuidas, por lo que el injusto le es plenamente atribuible pues, pese a estar en posición de ajustar su comportamiento al mandato legal, dolosamente no lo hizo.

Su formación profesional como abogado con estudios de postgrado, además de su extensa experiencia en la administración pública en el cargo de Secretario de Hacienda de la Gobernación del Chocó y varias veces Gobernador encargado, le permitía avizorar que de los acuerdos de transacción se desprenderían obligaciones a cargo del departamento, ya que fue él mismo quien los suscribió, consignando allí cláusulas limitantes las cuales establecían que en caso de incumplimiento, el mismo prestaría mérito ejecutivo al disponer la renuncia a términos de notificación y ejecutoria del auto que aprueba la transacción.

En este orden, bien había podido el procesado abstenerse de ejecutar los comportamientos típicos, consultando con el Comité de conciliación, el Asesor Jurídico o verificando directamente el estado de los procesos, y específicamente las oposiciones a los mismos por cuenta de la Gobernación. Es evidente que la evasión de los mínimos controles corrobora la responsabilidad del procesado en tanto dolosamente los esquivó para lograr la desposesión patrimonial del departamento y el consecuente enriquecimiento de los extrabajadores.

De la responsabilidad.

Acreditada la materialidad de las conductas punibles imputadas, una vez superado el estudio sobre su consagración como comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico, su contrariedad formal y material con este último y el juicio de culpabilidad de que se hace merecedor **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, pues, a pesar de estar en plena capacidad de actuar de otra manera, dirigió su conducta a ejecutar la acción antijurídica, no queda duda que el acusado es penalmente responsable, ya que pudo haber analizado la situación particular de cada demandante, el estado de los procesos ejecutivos o acudido al Comité de conciliación para el estudio técnico jurídico y así , determinar la viabilidad de las los acuerdos.

Ahora bien, se trata de un concurso homogéneo de peculados, dado que fueron dos transacciones las que suscribió el aforado, estableciéndose un valor global en cada una, por lo que para la cuantificación se toman los valores que dispuso pagar en cada litis. Deviene lo anterior, del contenido de la cláusula segunda: "*hágase entrega de la totalidad de los títulos que existen o llegaren a existir hasta la suma acordada en la transacción*".

Teniendo en cuenta que, en las dos transacciones la cuantía supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos-\$433.700-, equivalente a \$86.740.000, la conducta se adecua en el inciso segundo del

artículo 397, pero para efectos de cuantificar el delito de peculado por apropiación a favor de terceros se totalizan.

Bajo este panorama, concluye la Sala que se probó más allá de toda duda, que hubo apropiación indebida de dineros del departamento a favor de terceros por la cuantía equivalente al total de las transacciones, esto es, respecto del 2006-0483, \$1.480.000.000 y, 2007-00432, \$3.375.000.000, toda vez que de manera arbitraria se pagaron títulos judiciales, lo cual constituye un acto ejecutivo de la conducta desvalorada, en tanto que el aforado dispuso el destino de unos recursos respecto de los cuales ostentaba la disponibilidad jurídica y que, en tal virtud, serían despojados de su función pública para satisfacer intereses de particulares.

Finalmente, se configuran dos circunstancias de mayor punibilidad, conforme con los numerales 1º¹⁷¹ y 9º¹⁷² del artículo 58 de la Ley 599 de 2000.

Sobre la primera es palmario que los dineros apropiados provenían de rentas del departamento del Chocó, como la cuenta del “Sistema General de Participaciones” que en virtud de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y 76 de la Ley 715 de 2001, se transfieren a los departamentos para salud, educación, vivienda, sector agropecuario, transporte, infraestructura, medio ambiente, centros de reclusión, deporte, recreación, cultura, prevención y atención de desastres,

¹⁷¹ 1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

¹⁷² 9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

desarrollo empresarial, industrial y generador de empleo, atención a grupos vulnerables, equipamiento, desarrollo comunitario, fortalecimiento institucional, justicia, orden público, seguridad ciudadana, restaurantes escolares y promover empleos.

En cuanto a la segunda, en efecto **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, para diciembre de 2007 gozaba de una posición distinguida dentro del departamento del Chocó, ya que fue encargado en innumerables ocasiones como Gobernador, pues se desempeñaba como Secretario de Hacienda del ente territorial donde nació y tiene arraigo, además de su prestigiosa carrera profesional, alimentada con su grado de instrucción calificado.

En suma, **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** no verificó los valores comprendidos en el acuerdo frente a los procesos laborales ni acudió a los asesores jurídicos del departamento y omitió la consulta ante el Comité de Conciliación, de esta forma obligó a la Gobernación a asumir acreencias que se **encontraban canceladas o que no se causaron** por la Asamblea Departamental, dentro de los trámites 2006-0483 y 2007-00432; a través de las dos transacciones en las que a fuerza ser repetitivos, se incluyeron además lapsos por sanciones moratorias que no correspondían a la luz de la Ley 244 de 1995.

Así mismo, estas obligaciones recaían exclusivamente en la Asamblea Departamental, dado que se trataba de

prestaciones sociales y sanciones por mora que el mismo órgano administrativo reconoció y ordenó pagar.

No existe prueba en el proceso que indique que las acreencias de la Asamblea Departamental fueron asumidas por el Ente territorial cuando se acogió a la Ley 550 de 1999, quedando sin fundamento lo argumentado por la defensa del acusado, en el sentido de haber suscrito los acuerdos por tratarse de actos urgentes, pues ante la culminación del acuerdo de reestructuración el 19 de julio de 2007, todos los acreedores que hubiesen formado parte del aquél y los que no deberían acudir a los procesos judiciales y su culminación normal, más aún, cuando se habían presentado excepciones de mérito y se pretendía la liberación de los fondos que habían sido objeto de medida cautelar.

Sin que sea de recibo, se itera la falta de dolo en el trámite emprendido por el aquí procesado, pues de manera consciente no verificó el estado de los procesos, la legalidad de las pretensiones elevadas, tampoco consultó sobre esta temática como era su deber al comité de conciliación o en su defecto a los asesores jurídicos, tal como se acreditó en el proceso y, sí en tiempo récord decidió suscribir los acuerdos transaccionales y renunciar a los términos de notificación para que la aprobación que de ellos impartiera el funcionario judicial quedará en firme.

No desconoce la Sala, que en efecto las demandas presentadas tienen como origen los actos administrativos

emanados de la Asamblea Departamental, pero ello no implicaba *per se*, que por tal motivo se emitiese sentencia en contra de los intereses del ente territorial, pues precisamente al tratarse de un asunto litigioso el punto de discusión debía ser resuelto por la judicatura al momento de resolver las excepciones de mérito en el primer proceso, las que inexplicablemente no fueron presentadas en el segundo trámite, aspecto que por sí solo debía llamar la atención del primer mandatario encargado, para cuestionarse la viabilidad de los negocios jurídicos.

Por último, en expresa respuesta a los planteamientos expuestos por la defensa del aforado, en cuanto que el Ente Acusador no notificó a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** de la apertura de la investigación en su contra, pues envió comunicación a la Entidad, en donde no laboraba.

Surge preciso señalar que la notificación permite al procesado conocer del contenido de una determinación, para que así pueda usar los medios a su alcance para defenderse o abanderar sus intereses.

En efecto, el 28 de mayo de 2010, el Fiscal General de la Nación dispuso la apertura de la investigación previa¹⁷³ y el 3 de abril de 2012 el aforado rindió versión libre ante la Fiscalía 11 Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó¹⁷⁴, sin que se advierta vulneración al debido proceso o al derecho a la defensa, dado que a lo largo del trámite **ROGER PASTOR**

¹⁷³ Folios 20 y 21 C.O. Fiscalía 1.

¹⁷⁴ Folios 57 a 63 C.O. Fiscalía 1.

MOSQUERA LOZANO ha intervenido de manera permanente y siempre acompañado de su defensa técnica, quien ha hecho uso de recursos y traslados para pedir pruebas y nulidades, entre otros.

Por otra parte, plantea morosidad en la investigación, pues la Fiscalía no tuvo en cuenta el término establecido en el artículo 325 de la Ley 600 de 2000, es decir 6 meses, para dictar apertura de instrucción o resolución inhibitoria, sin precisar si con tal afirmación ello afectó y de qué manera el derecho de defensa o debido proceso.

Olvido el togado que, para el éxito de su velada pretensión de nulidad, se imponía a su cargo: i) identificar la clase de irregularidad sustancial; ii) especificar si el vicio es de estructura o de garantía; iii) dar a conocer los fundamentos fácticos; iv) reseñar expresamente los preceptos que considera afectados; v) argumentar las razones de su quebranto; y, finalmente, vi) determinar el momento procesal a partir del cual se generó la irregularidad reclamada, así como, hacer referencia a los principios que rigen esta materia y que se encuentran previstos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, aspectos que no desarrollo, por lo que no será atendida.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

En virtud del artículo 31 del Código Penal, quien con su conducta activa u omisiva infrinja diversas disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sujeto

“a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto”, sin que sea superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas individualmente consideradas.

Entonces, con el fin de determinar la pena más grave según su naturaleza, resulta indispensable adelantar el proceso de individualización de la pena a imponer para cada una de las conductas concursales, de conformidad con las reglas consagradas en los artículos 60 y 61 del estatuto penal.

Por lo que, la Sala tomará como referencia para establecer el *quantum* punitivo las penas consagradas en los artículos 397 inciso 2º y 413 de la Ley 599 de 2000, sin el aumento general de penas consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Del prevaricato por acción

El artículo 60 del Estatuto Punitivo dispone que para efectos de individualización de la pena se debe, en primer lugar, fijar los límites mínimos y máximos punitivos.

Tratándose del delito de prevaricato por acción, conforme a la Ley 599 de 2000 oscilan entre treinta y seis (36) y noventa y seis (96) meses de prisión, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2007 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas de sesenta (60) a noventa y seis (96) meses¹⁷⁵.

Así las cosas, a 96 meses de prisión se le resta 36, dando como resultado un ámbito de movilidad de 60 meses, que dividido en cuartos corresponde cada uno a 15 meses, quedando así: primer cuarto de 36 a 51 meses, los cuartos medios son de i) 51 meses y un día a 66 meses y ii) de 66 meses más un día a 81 meses y el último de 81 meses y un día a 96 meses. Los de la multa quedan así: el primer cuarto de 50 a 87.5 smlmv, los cuartos medios son de i) 87.6 a 125 y ii) de 125.1 a 162.5 y el último cuarto de 162.6 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para 2007, y para la inhabilitación de derechos y funciones públicas son: el primer cuarto de 60 a 69 meses, los cuartos medios de i) 69 meses y un día a 78 meses y de ii) 78 meses más un día a 87 y, el último cuarto de 87 meses y un día a 96 meses.

Ahora bien, el inciso 2º del artículo 61 del Código Penal, como en el presente asunto la Fiscalía imputó circunstancias de mayor punibilidad –artículo 58 num. 1º y 9º- y, se advierte en favor del procesado la circunstancia de atenuación de que trata el numeral 1º del artículo 55 ídem, ya que si bien obra sentencia condenatoria en contra del aforado, para el momento de la comisión de la conducta no se encontraba ejecutoriada.

¹⁷⁵ Artículo 413 del Código Penal, texto original de la Ley 599 de 2000.
Página 135 de 162

Siguiendo la linea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de esta Corporación¹⁷⁶, como quiera que en el presente caso se encuentran circunstancias de mayor y menor punibilidad, se debe establecer cuál cuarto medio será el escogido, a fin de responder a la liberalidad reglada prevista por el legislador para fijar el *quantum punitivo*; en razón a que el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, establece criterios precisos para ubicarse en los extremos punitivos, pero no, establece parámetros para los cuartos medios. Para evitar que la pena surja caprichosa y obedezca a claros parámetros de justicia, se atenderá al concurso de circunstancias de menor o mayor punibilidad contempladas en los artículos 55 y 58 *ibidem*, así entonces, si las menores superan a las mayores se sitúan las penas a partir del primer cuarto medio y, en el evento en que ocurra lo contrario, en el segundo.

En este caso, fue acreditada una circunstancia de menor y dos de mayor punibilidad, lo que determina que la pena debe tasarse en el **segundo cuarto medio**.

En consideración a la gravedad de la conducta y el daño efectivo que genera ese tipo de comportamientos frente a la imagen de la Administración Pública, cuando uno de sus operadores, amparado en esa condición, comete desafueros como los que aquí se juzgan, acentuándose por el cúmulo de irregularidades cometidas para lograr la actuación, que trae como consecuencia la pérdida de credibilidad del conglomerado

¹⁷⁶ CSJ.SP6699-2014, rad.43524 de 28 de mayo de 2014.

social en los órganos que detentan esa función; el incremento también obedece a la intensidad del dolo, que motivó el actuar del procesado, dada la indiscutible ausencia de sustento fáctico y jurídico que impedia el reconocimiento del derecho que involucra, por lo que encuentra la Sala razonable aumentar la pena del tope mínimo del segundo cuarto medio en **tres (3) meses**, arribando así a **sesenta y nueve meses más un día (69+1 día) de prisión**, incremento dentro del referido cuarto de movilidad que corresponde al 20% del mismo.

Aplicando idéntica proporción a las restantes sanciones principales, tenemos como resultado para cada delito de prevaricato por acción una pena de multa de **ciento treinta y dos, punto cincuenta y ocho (132.58) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, en adelante smlmv, al momento de los hechos, producto de la diferencia entre 162.5 y 125.1, cuyo resultado es 37.5, cuyo 20% equivale a 7.48, esto significa que a 125.1 se le suma 7.48, arrojando una cifra de 132.58 smlmv, que por el **concurso** da **265,16 smlmv** por cuanto conforme a lo dispuesto en el artículo 39 numeral 4º para el año 2007, el cual según decreto 4580 de 27 de diciembre de 2006 ascendía a \$433.700, lo cual multiplicado por los 256 smlmv corresponde a **\$114.999.892**.

En cuanto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, esta asciende a **setenta y nueve, punto ocho (79.8)¹⁷⁷** para cada prevaricato por acción,

¹⁷⁷ O lo que es 79 meses 25 días

todo dentro del cuarto medio, resultado de restar a 87 la cifra de 78, que equivale a 9. Teniendo en cuenta que 9 es el 100%, el 20% será 1.8.

Siendo así, a 78 se le suma el 20%, es decir 1.8., guarismos de los que resultan los 79.8 iniciales.

Del peculado por apropiación

Por su parte, el delito de **peculado por apropiación** (inciso 2º del artículo 397 del Código Penal)¹⁷⁸, prescribe una pena privativa de la libertad de 72 a 270 meses¹⁷⁹, multa equivalente al valor de lo apropiado (sin superar 50.000 smlmv) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la prisión.

Así las cosas, a 270 meses se le resta 72, resultando 198 de ámbito punitivo, el cual a su vez se divide en cuartos, correspondientes a 49 meses 15 días, para la pena de prisión, quedando así: primer cuarto de 72 a 121 meses 15 días, los cuartos medios de i) 121 meses y 16 días a 171 meses y ii) de 171 más un día a 220 meses, 16 días y el último de 220 meses y 17 días a 270 meses. La multa corresponde al valor de lo apropiado y la inhabilitación de derechos y funciones públicas

¹⁷⁸ Artículo 307, inciso 2º: "si lo apropiado supera un valor de doscientos (22) 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".

¹⁷⁹ En concordancia con lo dispuesto en el numeral 2º, artículo 60, del Código Penal.

se tasará en el mismo término de la pena de prisión, por expresa disposición legal.

Como se dijera desde un principio, se imputaron circunstancias de mayor punibilidad y se encuentra presente la de menor punibilidad contenida en el artículo 55-1 del Código Penal, por carencia de antecedentes del procesado al momento de la ejecución de las conductas por las que aquí se procede, la Sala deberá ubicarse en el **segundo medio**, incrementando la misma en **3 meses de prisión**, fracción que corresponde al 10.10%, lo cual arroja como resultado una pena de prisión de **ciento setenta y seis meses más un día (176 + 1)** e idéntico guarismo se impondrá como pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Lo anterior, en atención a la gravedad de la conducta y el daño que generan estos comportamientos frente a la imagen de la administración pública, cuando se realizan atropellos como los que aquí se juzgan, acentuándose en consecuencia a la afectación al departamento del Chocó, el cual enfrenta múltiples fenómenos que dificultan la vida digna para los habitantes, como la falta de infraestructura y situaciones económicas precarias por lo que el valor apropiado pudo ser destinado a inversión social. Siendo así, encuentra la Sala razonable aumentar la pena del tope mínimo del segundo cuarto medio en **tres meses**.

En cuanto a la pena de multa, conforme las precisiones consignadas en la experticia contable rendida por el CTI No 9-99668 de 9 de mayo de 2017, se concluyó que para el proceso 2006-0483 el monto total de los pagos con cargo al departamento del Chocó asciende a la suma de \$672.346,941,60 y para el trámite 2007-0432 equivale a \$ 3.375.000.000,80, arrojando un total de \$4.047.346.942,40

Del concurso de delitos

Individualizadas las penas imponibles respecto de cada uno de los delitos imputados, conforme con el artículo 31 del C.P. se advierte que la pena más grave según su naturaleza es la correspondiente al delito de peculado por apropiación, a partir de la cual habrá de calcularse el incremento de “*hasta en otro tanto*” por razón de las conductas concurrentes.

Así, la pena de prisión de **176 meses 1 días** dispuesta para el peculado por apropiación a favor de terceros, se incrementará en **3 meses**, es decir, el 2.37% con ocasión del delito adicional cometido en modalidad concursal homogéneo, arrojando un resultado de **ciento setenta y nueve meses un día (179 + 1) de prisión**, misma cifra en la que se tasará la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, en los términos previstos en el artículo 44 del Código Penal.

De igual forma, se hace necesario tasar el concurso homogéneo de los dos delitos de prevaricato por acción, de los cuales se impondrá para cada punible **3 meses**, es decir, el 5.55%, lo que corresponde a un **total de 6 meses de prisión** por las dos conductas punibles.

En cuanto a la inhabilitación en el ejercicio de aquellos derechos y funciones públicas, la cual fue fijada en **79.8 meses**, aplicando el 5.55% resulta 4.42 meses por cada uno de los dos punibles de prevaricato, dando un total de 8,84 meses por dicho concurso homogéneo, que equivalen a 8 meses y 24 días.

Finalmente, el concurso heterogéneo de delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción equivale a la suma de **179 meses, 1 día** por los dos peculados más 6 meses para los dos prevaricatos, **resultando así un total de 185 meses 1 día de prisión.**

En cuanto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se partirá de **179 meses 1 día**, por el concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación, a los cuales se agregará 3,92 meses por cada uno de los dos prevaricatos, guarismo que corresponde al 5.55 % de los 79 meses, 24 días en que fue tasada cada una de estas conductas punibles, por lo que su concurso homogéneo asciende a 7,84 meses, que equivalen a 7 meses 24 días. Así las cosas, el concurso heterogéneo por el que se condena al **ROGER**

PASTOR MOSQUERA LOZANO se impone en **186 meses 25 días de la referida inhabilitación.**

Por otra parte, atendiendo lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 39 del Código Penal, las penas de multa acompañantes de la prisión se acumularán aritméticamente, sin exceder el equivalente a 50.000 smlmv.

Sumando entonces la pena de multa de los dos delitos de prevaricato por acción que ascienden a la suma de \$ 82.403.000 a la de los peculados que corresponde a \$ 4.047.346.942,40, se obtiene como resultado un total de \$ **4.129.749.942,40**, suma que se deberá consignar a nombre del Consejo Superior de la Judicatura, al tenor de lo normado por el artículo 43 del Código Penal.

Como quiera que se condena a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** por un delito que afecta el patrimonio del Estado (peculado por apropiación), se impondrá la sanción de carácter intemporal prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, atendiendo la interpretación que de dicho precepto ha hecho la Corte Constitucional en sentencia C-064 de 2003, conforme su desarrollo legislativo en el parágrafo 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que señala:

Artículo 38.- Otras inhabilidades.

(...)

Parágrafo 2º. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, **se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.**

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

A partir de dicho aparte normativo, concluyó la Corte Constitucional que “*El aparte de la disposición demandada exige que el patrimonio estatal sea efectivamente lesionado para que pueda generarse la inhabilidad que él mismo consagra*. A juicio de la Corte tal exigencia no implica una mengua del mandato de protección del patrimonio público y por ende del artículo 122 Superior”.

En conclusión, como en el presente asunto el patrimonio del Estado padeció un daño directo, real y concreto a consecuencia de la conducta desvalorada de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, causó un *menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro* alguno del patrimonio del Estado, razón por la cual hay lugar a imponer la sanción intemporal de que trata el inciso 5º del artículo 122 Superior.

Mecanismos sustitutivos de la pena de prisión.

La condena de ejecución condicional

El factor objetivo, exigido en el artículo 63 original del Código Penal, no se cumple en este proceso, dado que el monto de la pena a imponer supera los 3 años de prisión. Tampoco se satisfacen los presupuestos del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, por cuanto la pena a imponer es superior a los 4 años y se trata de un delito contra la administración pública, razón suficiente para negar este subrogado, sin que sea necesario entrar en el análisis del factor subjetivo.

Si bien la modificación introducida al citado artículo por la Ley 1709 de 2014 permite su concesión para las penas privativas de la libertad que no excedan de 4 años, en este evento también se supera dicho quantum punitivo y, además, los delitos por los que se procede se encuentran enlistados en el artículo 68A del Código Penal, que proscribe la suspensión condicional de la pena para determinados punibles. El incumplimiento del requisito objetivo releva a la Sala de analizar las restantes exigencias normativas.

En suma, en la Ley 599 de 2000 en el delito de prevaricato por acción se cumple el factor objetivo, pero para el peculado por apropiación no, normativa reformada por la Ley 1142 de 2007, conforme a la cual para el delito de prevaricato por acción se cumpliría el factor objetivo, lo que no ocurre para el

peculado por apropiación, pero la diferencia consiste en que condiciona a 5 años anteriores “*No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, 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 o preterintencional dentro de los cinco 5 años anteriores.*

Por su parte, según dispone el artículo 28 de la Ley 1453 de 2007, en el delito de prevaricato por acción se da el factor objetivo, pero no en el peculado por apropiación.

Adicionalmente, las Leyes 1474 de 2011 y, 1709 de 2014 niegan este beneficio para los delitos contra la administración pública, que en el presente asunto corresponde al peculado por apropiación.

La Prisión domiciliaria

Tampoco se concederá a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** el mecanismo sustitutivo de la pena citado en el epígrafe, pues aunque no se discute que éste reúne el requisito objetivo demandado en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000,

vigente al momento de los hechos respecto del delito de prevaricato por acción, no ocurre lo mismo con el peculado por apropiación cuya pena mínima corresponde a 6 años, adicionalmente la Sala ha referido que en esta clase de comportamientos no procede un diagnóstico favorable del factor subjetivo¹⁸⁰, como quiera que la defraudación de la expectativa social en cuanto se ha confiado a determinados servidores públicos el correcto desempeño de la función pública genera recelo en la comunidad y, en particular, por el rol derivado del cargo de gobernador de departamento.

Se aspira difundir confianza en la colectividad haciéndole ver que conductas de esta entidad tienen tratamiento penitenciario, con el fin de disuadir el quebranto de los postulados normativos precisamente encaminados a velar por su protección. De ahí que no haya lugar a la concesión del instituto, pues la laxitud en este tipo de eventos propagaría un estado de peligro en la ciudadanía.

De otro lado, debe tenerse en cuenta, conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que el requisito objetivo de la norma en comento, esto es, que la pena se imponga por *conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años o menos*, debe analizarse conjuntamente con todas las circunstancias genéricas y específicas que califican o privilegian la conducta reprochada, *incluyendo los dispositivos*

¹⁸⁰ CSJ, SP 29 de ago. de 2002, rad. 16519, SP. de 30 de mar. de 2006, rad. 23972; SP. 7 de julio de 2008, Rad. 23933; SP. 31 de ago. de 2011, Rad. 35153, sentencia del 17 de abril de 2013, radicado 40159, entre otras.

amplificadores que incrementan o disminuyen la punibilidad (CSJ SP18912-2017, Rad. 46930).

En cuanto a las exigencias de naturaleza subjetiva, se requiere que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita deducir fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Frente a tales aspectos, tiene dicho la Sala de Casación Penal:

«(...) sólo es posible valorar este requisito dentro del ámbito subjetivo que entrañan sus elementos condicionantes, bajo el entendido que la sustitutiva (colmado el factor objetivo referido a la penalidad no superior a 5 años), sólo es viable cuando la gravedad del comportamiento, atendida la repercusión social intrínseca y las funciones de la pena desde la perspectiva de la retribución justa, prevención especial y reinserción social, lo posibilita. En este sentido son abrumadores los antecedentes que propenden por integrar a la inferencia seria, fundada y motivada del juez, elementos propios de la conducta, cuando quiera que a través de ella se construye el juicio de ponderación sobre el influjo que podría tener en la comunidad y el cumplimiento de la pena» (CSJ SP, 9 Oct. 2013, Rad.40536, reiterada en AP2300-2018, Rad. 51536).

Conforme a lo anterior, el análisis a abordar por la Sala frente a la concurrencia de los presupuestos de naturaleza subjetiva, necesariamente habrá de referirse a la gravedad del

comportamiento y las funciones llamadas a cumplir por la pena en el caso concreto, aspectos con fundamento en los cuales se sustenta el pronóstico sobre el peligro para la comunidad y el cumplimiento de la sanción.

En tal labor, la Sala considera necesario destacar que más allá de la lesividad intrínseca predictable de cada uno de los delitos atribuidos al procesado, apreciada en su conjunto la conducta reprochada a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, se advierte de inusitada gravedad, no solo en razón de la afectación por igual de diversos bienes jurídicos tutelados -fe pública y administración pública-, sino por la repercusión social del comportamiento.

Así, que el procesado hubiera optado por favorecer a un grupo de extrabajadores de la Asamblea Departamental, suscribiendo dos acuerdos en los que se transaron las litis que pretendían el reconocimiento de cesantías y sanciones por mora de manera arbitraria, pretermitiendo el camino legal, demuestra el desapego total a los principios de moralidad, transparencia, eficacia e imparcialidad que estaba compelido a cumplir en el ejercicio de la función pública que detentaba, la cual puso al servicio no del interés general como le era exigible sino de sus intereses particulares, sin el menor asomo de recato frente al público despliegue de ilegalidad que en sí mismo ese acto representaba, circunstancias indicativas de la poca estima que la dignidad por él ejercida le representaba.

Aunado a lo anterior, advierte la Sala que la actitud asumida por el procesado, en tanto con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto particular y concreto por él suscrito, se plegó sin mayor análisis a las pretensiones de los beneficiarios, reconociendo *motu proprio* y sin reunirse las exigencias legales para ello cesantías y sanciones moratorias, a través de los acuerdos de transacción, las cuales causaron defraudación a las arcas del departamento.

Por ello, se estima que en punto de los criterios de retribución justa y prevención general asignados a la pena, no es viable reconocer a favor de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO** la sustitución de la prisión por domiciliaria, pues el desdén con que desempeñó las funciones propias del cargo impide hacer un diagnóstico favorable sobre el peligro que representa para la comunidad.

Antes bien, demanda una respuesta punitiva efectiva del Estado, en especial si se considera que los recursos comprometidos en su accionar pertenecen a una entidad territorial tradicionalmente afectada por la corrupción, con altos índices de pobreza y necesidades básicas insatisfechas, cuyos ciudadanos no entenderían justo o proporcionado que las lesiones a sus intereses colectivos por quien debía, en principio, defenderlos, sea premiada con la imposición de una sanción menos restrictiva del derecho a la libertad.

En suma, considera la Sala que el comportamiento debe recibir una sanción ejemplar acorde con el daño real y potencial causado, que restituya la confianza del conglomerado social en las instituciones jurídicas, razón por la cual se negará la medida sustitutiva.

Otras determinaciones.

Condena en perjuicios.

De conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, en todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes de la conducta punible investigada, el juez condenará al responsable al pago de los daños ocasionados con el delito.

Igualmente, señala la citada normativa que no hay lugar a condena de tal naturaleza cuando se establezca que el perjudicado ha promovido en forma independiente del proceso penal la respectiva acción civil. También se dispone que el fallo debe contener pronunciamiento sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho, si a ello hubiere lugar.

En ese orden de ideas, resulta evidente que en el presente caso el comportamiento delictual de peculado por apropiación a favor de terceros ocasionó menoscabo económico a la administración del departamento del Chocó, motivo por el cual

la Sala condenará al procesado a pagar a la Tesorería de la Gobernación del citado ente territorial la suma ilícitamente apropiada, es decir, siete mil millones ochocientos setenta mil ochocientos quince trescientos diez punto setenta y ocho pesos (\$7.870.815.310,84) debidamente indexada desde la fecha en que se efectuaron los desembolsos, hasta el 30 de abril de 2017.

Se atenderá al dictamen pericial elaborado sobre el particular (fls. 173-214 c.o.1), como quiera que el mismo tuvo como punto de referencia el valor de lo apropiado, que en el proceso 2006-0483 fue seiscientos setenta y dos mil trescientos cuarenta y seis novecientos cuarenta y uno punto sesenta pesos (\$672.346.941,60) y en el 2007-0432 correspondió a tres mil trescientos setenta y cinco millones de pesos (3.375.000.000,), que sumado arroja un total cuatro mil millones cuarenta y siete mil trescientos cuarenta y seis novecientos cuarenta y dos punto cuarenta pesos (\$4.047.346.942,40), sumatoria que corresponde al monto total de los pagos con ocasión de los acuerdos de transacción, según los soportes que obran en el proceso (títulos de depósito judicial).

Número de proceso	Valor pagado
2006-00483	672.346.941,60
2007-00432	3.375.000.000,80
Total	4.047.346.942,40

Para calcular el daño emergente y lucro cesante, todo indexado a 30 de abril de 2017, se tomarán los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, se tendrán en cuenta los artículos 53 de la Ley 610 de 2000, 1613, 1614 y 1617 del Código Civil Colombiano.

El lucro cesante para el proceso 2006-00483, equivale a \$650.290.173,52, en tanto que para el proceso 2007-00432 corresponde a 1.937.957.921,88, los dos teniendo en cuenta la aplicación del interés legal del 6%¹⁸¹. Valores que indexados arrojan como resultado \$280.933.321,40 y \$954,286.951,58 respectivamente.

Ahora bien, sumando el detrimento patrimonial, con la indexación y lucro cesante en cada uno de los procesos se concluye que el detrimento patrimonial referente a los pagos efectuados dentro de los procesos ejecutivos mencionados, cumplimiento de los acuerdos de transacción suscritos el 4 de diciembre de 2007, equivale a **\$7.870.815.310,78**.

Proceso	Detrimento patrimonial	Indexación	Lucro cesante	Total
2006-00483	672.346.941,60	280.933.321,40	650.290.173,52	1.603.570.436,52
2007-00432	3.375.000.000,80	954.286.951,58	1.937.957.921,88	6.267.244.874,26
total	4.047.346.942,40	1.235.220.272,98	2.588.248.095,40	7.870.815.310,78

¹⁸¹ Sentencia de unificación CE-SUJ-3-3-001 DE 2015.
Página 152 de 162

Teniendo en cuenta que la cifra mencionada en el dictamen, esto es \$7.870.815.310,84 fue indexada a 30 de abril de 2017, la Sala procede a actualizarla al 31 de mayo de 2021, con el último IPC reportado por el DANE, utilizando la misma fórmula descrita en dicha pericia, arrojando la suma de **\$8.931.910.524,78**, cifra que debe reajustarse cuando este proveído sobre ejecutoria.

Cálculo Daño Emergente							
Detalle	Fecha dict. pericial	Fecha a actualizar	VALOR A ACTUALIZAR	ÍNDICE ¹⁸² DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
				Fecha Hechos	Fecha Final		
Cifra	30-Abril-17	31-May-21	VH - Valor Histórico	IPC Inicial	IPC Final	=V/r Indexado (-) V/r Histórico	VP=[VH*(IPCFi/IPC In)]
Total			7.870.815.310,84				8.931.910.524,78

Costas, expensas y agencias en derecho

No existe discusión alguna que el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, señala que en la sentencia condenatoria “Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar”. (Negrillas fuera de texto)

Lo primero sea advertir, que ante la gratuidad que rige el proceso penal de conformidad a lo previsto en el artículo 6º de la Ley 270 de 1996, claramente dentro de este no puede cobrarse arancel alguno en su procedimiento, pero ello por supuesto no implica como lo señala la Corte Constitucional en

¹⁸² Fuente: Información Estadística DANE- Años 2003 - 2021

la sentencia C-037 de 1996, que dicho principio irradie a aquellos “*gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes*”, por ello, reconoce que la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas en la medida que estos gastos fueron necesarios para obtener la declaración de un derecho, pues “*se trata ..., de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.*”

No obstante, el máximo órgano de control constitucional en ejercicio de sus funciones y revisión del texto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, declaró inexequible la expresión “*que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas*”, pues consideró que era responsabilidad del legislador definir “*en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales.*”

Para el caso que aquí interesa, entonces la Ley 600 de 2000, contempla como posible la liquidación de costas procesales¹⁸³, las que se conforman por dos rubros distintos, las expensas y las agencias en derecho, entendidas las primeras como “*los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo*”¹⁸⁴, definición que se acompaña con la

¹⁸³ A diferencia de lo previsto en el artículo 55 del Decreto Ley 2700 de 1991 y lo previsto para la Ley 906 de 2004, donde resulta posible, pero una vez culminado el incidente de reparación integral, acudiendo por vía de integración normativa a lo señalado en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso

¹⁸⁴ Sentencia C-089 de 2002

reconocida por la Sala de Casación Penal, pues se predica que estas son “*los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones*”¹⁸⁵.

Y, las segundas, es decir, las agencias en derecho “*no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora*”¹⁸⁶, así también descrita por la Alta Corte, pues de ellas indica son “*los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión.*”¹⁸⁷

Es importante, precisar que la condena en costas no es el resultado de “*un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.* De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”¹⁸⁸ (Negrillas fuera de texto)

En el caso que concita la atención de la Sala, si hubiere lugar a los estos -costas por agencias en derecho y expensas-,

¹⁸⁵ CSJ Radicado 34145 de abril 13 de 2011, reiterada SP440-2018 (49493) de febrero 28 de 2018.

¹⁸⁶ Sentencia C-089 de 2002

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Sentencia C-157 de 2013

de conformidad a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, el camino para adelantar el trámite para reconocerlas y fijarlas será el previsto en el Código General del Proceso, descrito en los artículos 365 y 366, ello por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

Corolario de lo anterior, lo propio sería realizar el reconocimiento de tales derechos y luego dar inicio a un trámite incidental que tiene lugar después de ejecutoria de la sentencia, empero, en el presente asunto, no fue acreditado gasto alguno realizado por la parte civil, por lo que la Sala no emitirá condena al pago de expensas.

Idéntica situación acontece con las agencias en derecho, pues a pesar de contar con una abogada que representó los intereses de la Gobernación del Chocó, en este caso, encuentra como limitante la Corporación que se desconoce si quien representó al ente territorial era funcionaria o contratista del departamento; por lo que, al no haber acreditado tal pretensión siquiera de forma sumaria en la demanda¹⁸⁹ y tampoco en los alegatos de clausura de la etapa de juzgamiento, no habría lugar a tal reconocimiento en contra de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**.

¹⁸⁹ Cfr. cuaderno parte civil folios 14 a 17

Ejecución de la pena.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469 de la Ley 600 de 2000, la vigilancia de la ejecución de las penas aquí impuestas corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad -reparto- del lugar donde se determine que habrá de purgar la pena el procesado. En consecuencia, una vez en firme, por secretaría se remitirá la actuación a la citada autoridad, para lo de su cargo.

Comunicación otras autoridades.

Conforme lo dispuesto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal de 2000, en firme, por secretaría, se remitirán las copias del fallo a las autoridades pertinentes.

Orden de captura.

El artículo 188 de la Ley 600 de 2000 dispone que las providencias relativas a la libertad y detención, así como las que ordenan medidas preventivas deben cumplirse de inmediato. No obstante, en su inciso segundo determina que en los eventos en que se niega la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante la actuación procesal se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención preventiva.

En el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación, al resolver la situación jurídica de **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento. Así, pese a que en la presente decisión se niega –por las razones ya expuestas- la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la orden para hacer efectiva la prisión aquí dispuesta solo podrá emitirse una vez adquiera firmeza el presente fallo, bien porque no se interponga recurso alguno contra éste, ora porque los interpuestos se declaren desiertos o se confirme el sentido condenatorio del mismo.

Compulsa de copias.

Se ordena compulsar copias de la actuación:

Para ante la Fiscalía Seccional de Quibdó, y el Consejo Seccional de la Judicatura del mismo municipio, sin perjuicio de las prescripciones, a fin de que se investiguen las posibles conductas delictivas y faltas disciplinarias en que pudieron incurrir:

- i) Los abogados de los demandantes, por haber suscrito los acuerdos transaccionales del 4 de diciembre de 2007.

ii) Al Juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, por no haberse declarado impedido frente a la cercanía con el abogado Pedro Ignacio Cuesta Allín, quien para el momento de los hechos recientemente había laborado por varios años en distintos cargos del juzgado.

iii) A los extrabajadores públicos de la Asamblea Departamental del Chocó, quienes recibieron los dineros producto de los procesos judiciales y, a la fecha no los han reintegrado al departamento.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero. -CONDENAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO como autor responsable de las conductas punibles de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros en concurso homogéneo y heterogéneo.

Segundo. -IMPONER a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO las penas principales de ciento ochenta y cinco (185) meses, un (1) día de prisión; ciento ochenta y seis (186) meses (25) días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas; y multa de cuatro mil millones ciento veintinueve mil setecientos cuarenta y nueve, novecientos cuarenta y dos, punto cuarenta (\$4.129.749.942,40) pesos, a cancelar a favor del Tesoro Nacional- Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero. -CONDENAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO al pago de perjuicios derivados de la conducta punible, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo, equivalentes a ocho mil millones novecientos treinta y un mil, novecientos diez, quinientos veinticuatro, punto setenta y ocho (\$8.931.910.524,78), actualizada al momento de cobrar ejecutoria esta decisión.

Cuarto. -IMPONER a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO la sanción de carácter intemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política.

Quinto. -NEGAR a ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva. En firme, librese orden de captura para asegurar el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, conforme las precisiones anotadas en la parte considerativa del presente fallo.

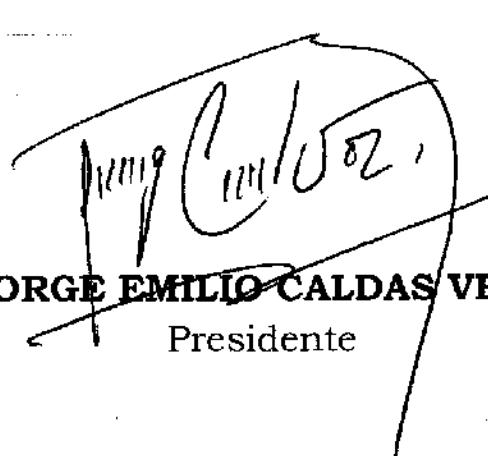
Sexto. - No condenar a **ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO**, al pago de perjuicios extrapatrimoniales ni expensas judiciales, ni agencias en derecho conforme a lo indicado en la parte motiva.

Séptimo. -En firme, **REMITIR** copias del presente fallo a las autoridades a las que alude el artículo 472 de la Ley 600 de 2000 y de las piezas procesales pertinentes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad- reparto, para lo de su cargo.

Octavo. -Compulsar copias conforme se indicó en el correspondiente capítulo.

Contra esta decisión procede el recurso de apelación (artículos 1, 2 y 3 num. 6º del Acto Legislativo 01 de 2018), para ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Presidente

Blanca Nélida Barreto Ardila
BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA
Magistrada

Ariel Augusto Torres Rojas
ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado

Rodrigo Ortega Sánchez
RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario