



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 066-2022
Radicación 52.913
Aprobado mediante acta No. 57

Bogotá, D. C., primero (1°) de junio de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Finalizado el juicio adelantado en contra de MODESTO SERNA CÓRDOBA, exgobernador encargado del departamento del Chocó, por el concurso de delitos de prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y peculado por apropiación en favor de terceros, la Sala Especial de Primera Instancia procede a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

EL PROCESADO

MODESTO SERNA CÓRDOBA, hijo de JUAN y MARINELLIS, identificado con la cédula de ciudadanía 11.805.908, nacido en Saboyá (Chocó) el 1° de diciembre de 1976, casado con NORYS CÓRDOBA PÉREZ, padre de tres hijos, abogado de profesión, ejerció como gobernador encargado del Chocó los días 30 y 31 de julio y 1° de agosto de 2007; con antelación cumplió como Secretario de Gobierno Municipal del Carmen del Darién, Alcalde del mismo municipio, Diputado a la Asamblea Departamental del Chocó, Secretario de Gobierno del mismo departamento, fue gerente de un bufete de abogados y conferencista.

LOS HECHOS

El señor MODESTO SERNA CÓRDOBA ejerció como gobernador encargado del departamento del Chocó los días 30 y 31 de julio y 1° de agosto de 2007.

En esas fechas expidió los siguientes documentos:

- Constancia del 1° de agosto de 2007 en la que afirmó que el departamento adeudaba a 62 docentes sus cesantías y les reconoció sanción moratoria. El documento sirvió de título ejecutivo por valores de \$484.716.167,68 y \$1.185.564.278 para iniciar proceso ejecutivo que terminó por pago total de la obligación.

- Constancia del 31 de julio de 2007 por medio de la cual reconoció a 22 docentes el derecho al pago del 75% de la prima de navidad el año 2005.
- Constancia del 1° de agosto de 2007 en la que reconoció sanción moratoria a partir del 17 de septiembre de 2004 a 101 docentes por las cesantías de enero del 2003 al 30 de julio del 2004.

Las dos constancias anteriores sirvieron de título ejecutivo para iniciar proceso judicial con pagos por \$33.871.403, \$38.101.061, \$102.092.799, \$39.120.273, \$198.902.175 y \$1.086.162.189,50.

- Certificación del 1° de agosto de 2007, con la que reconoció a las mismas 12 personas señaladas en la certificación del 3 de mayo de 2005 (ésta expedida por BISMARCK CALIMENO MENA), a partir del 3 de julio de 2005, la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995. Estas dos certificaciones constituyeron el título ejecutivo para iniciar proceso judicial en donde se declaró probada la excepción de *"inexistencia del título ejecutivo"*.
- Transacción extraprocesal del 31 de julio de 2007 con la que se transigió el litigio del proceso laboral cuyo título ejecutivo lo constituyeron las actas de inspección del 28 y 29 de marzo de 2007, realizadas en la Secretaría de Educación y en la División Administrativa de la Gobernación del Chocó, respecto de las cesantías definitivas de 62 personas. Con base en esta transacción, se pagaron \$100.000.000 y el proceso terminó el 31 de julio de 2007 por pago total de la obligación.

En la expedición de estos documentos, SERNA CÓRDOBA incurrió en las siguientes irregularidades:

- Reconoció prestaciones sociales sin que mediara reclamación o trámite administrativo previo, según los lineamientos de la Ley 244 de 1995.
- En la certificación del 1° de agosto reconoció sanción moratoria a 7 personas, sin que su derecho a prestaciones sociales estuviera probado y reconocido por autoridad judicial competente, dado que su vinculación fue por contrato de prestación de servicios y no por uno de carácter laboral.
- En la misma certificación reconoció sanción moratoria a partir del 3 de julio de 2005 a 5 personas, sin que la misma se debiera por cuanto sus acreencias fueron pagadas en su totalidad en procesos judiciales, habiéndose terminado estos, por pago total de las obligaciones, el 13 de mayo de 2005 y el 9 de noviembre de 2006.
- Así, en esa certificación y en la transacción del 1° de agosto, el funcionario consignó hechos contrarios a la verdad.
- Expidió los actos de reconocimiento sin contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal.

- Suscribió la transacción del 31 de julio sin contar con el concepto previo de viabilidad, sin verificar la disponibilidad presupuestal, transó acreencias laborales comprometiendo al departamento, a pesar de que la legitimidad del título ejecutivo estaba siendo cuestionada por vía de excepciones y carecía de competencia para realizar ese acto (el competente era el gobernador titular).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Por la expedición de la constancia del 1° de agosto de 2007, que reconoció sanción moratoria a 62 docentes, el Gobernador del Chocó PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA formuló denuncia en contra de MODESTO SERNA CÓRDOBA el 18 de noviembre de 2008 (folio 1, cuaderno 1 de la Fiscalía), lo cual originó una investigación en la Fiscalía de Quibdó.

2. Como el presunto sindicado era el Gobernador encargado, las diligencias se remitieron al Fiscal General de la Nación, quien el 2 de agosto de 2011 inició una indagación preliminar (folio 48, cuaderno 1 de la Fiscalía).

3. El 15 de febrero de 2013 el jefe del ente acusador delegó la investigación a la Fiscal 8ª delegada ante la Corte (folio 149, cuaderno 1 de la Fiscalía).

4. El 14 de marzo de 2014 se abrió investigación formal y en esa fecha y el 26 de noviembre de 2010 se decretó la acumulación, por conexidad, de las indagaciones separadas que se adelantaban

en razón de los restantes documentos (folios 274 y 117, cuadernos 1 y 2 de la Fiscalía, en su orden).

5. MODESTO SERNA CÓRDOBA fue escuchado en indagatoria el 20 de agosto de 2013, 21 de mayo de 2014 y 15 de marzo de 2016 (folios 171 cuaderno 16 de anexos, 33 cuaderno 2 de la Fiscalía y 204 cuaderno 3 de la Fiscalía).

6. El 31 de octubre de 2016 se resolvió la situación jurídica de SERNA CÓRDOBA y la Fiscalía se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en su contra (folio 326 cuaderno 3 de la Fiscalía).

7. El 12 de mayo de 2017 se clausuró la investigación (folio 207 cuaderno 4 de la Fiscalía).

8. El 31 de agosto de 2017 la Fiscalía profirió resolución acusatoria en contra del indagado como autor responsable del concurso de delitos de prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y peculado por apropiación, agravado, en favor de terceros, en modalidad consumada y tentada (folio 1 cuaderno 5 de la Fiscalía), decisión que causó ejecutoria el 17 de noviembre siguiente al negarse la reposición interpuesta por la defensa (folio 157 cuaderno 5 de la Fiscalía).

9. Adelantadas las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, la Sala procede a proferir sentencia.

LA ACUSACIÓN

En la providencia del 31 de agosto de 2017, la Fiscalía concluyó en la tipicidad de los delitos señalados y la responsabilidad de SERNA CÓRDOBA, a partir de los siguientes argumentos:

Para los días 31 de julio y 1° de agosto de 2007 SERNA CÓRDOBA cumplía como servidor público, en tanto, siendo secretario de gobierno del departamento del Chocó, fue encargado como gobernador, función que ejerció en esas fechas, en desarrollo de la cual expidió los documentos atrás relacionados.

Esos documentos, suscritos por el acusado como gobernador encargado, acreditan el primer elemento de todos los delitos imputados, puesto que se satisface la exigencia relativa a que se está ante servidor público que actúa en ejercicio de sus funciones.

Sobre el aspecto objetivo del prevaricato por acción, esos escritos abarcan el concepto de “*resoluciones*”, en el entendido de que también lo son las que expidan las autoridades administrativas, sin que necesariamente deban tener el carácter de sentencia o providencia, como que lo que interesa es que el servidor público decida algo en ejercicio de su función.

Que esos actos fueron manifiestamente contrarios a la ley, se demuestra, en tanto en esos documentos reconoció derechos y acreencias laborales obviando los procedimientos legales previstos

para ello, garantizando lo no debido, consignando hechos mendaces y actuando más allá del marco de su competencia.

El acusado fue secretario de gobierno municipal y departamental, diputado, alcalde encargado y gobernador encargado, por lo que, además de ser abogado, le era exigible el acatamiento estricto a las normas y procedimientos establecidos para reconocer acreencias laborales por medio de resoluciones, que no constancias y certificaciones.

Así, la Ley 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006 determinó que, presentada la solicitud de liquidación de cesantías, de reunir los requisitos de ley, dentro de los 15 días siguientes el funcionario debía expedir la resolución correspondiente, teniendo la pagaduría con 45 días contados desde el siguiente a la ejecutoria de esa resolución, para cancelar la obligación, agotado lo cual, de no cumplirse el pago, se generaba la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo.

Respecto de lo documentos suscritos por SERNA CÓRDOBA no se hallaron las solicitudes que necesariamente debieron presentarse antes de que se generaran aquellos; solo obran algunas escasas, que se aprecian sospechosas y amañadas, aportadas por el abogado EDWARD ALEXÁNDER LEMOS OREJUELA, a quien el procesado le reconoció personería jurídica en esas constancias.

Por ejemplo, la que reconoce prestaciones a las mismas 12 personas a que alude la certificación del 3 de mayo de 2005

(suscrita por CALIMEÑO MENA), no presenta fecha de creación ni nota de recibido; la del 1° de agosto reconoce sanción moratoria sin que existiera la resolución a partir del cual pudiera contabilizarse el lapso moroso. Algunos soportes allegados por el abogado LEMOS OREJUELA aluden a reclamaciones que no se corresponden con ninguno de los actos expedidos por SERNA CÓRDOBA.

La solicitud de reconocimiento de sanción moratoria a 62 personas, originó la constancia del 1° de agosto de 2007 en la que se accedió al reclamo, pero sin sustento fáctico ni jurídico, pues las cesantías habían sido cobradas en procesos judiciales que culminaron con transacción.

En todas las peticiones mostradas por el acusado como soportes de los documentos que expidió, brilla por su ausencia la acreditación de los derechos invocados, además de que no explicó en qué pruebas se fundamentaban los derechos reconocidos y omitió cualquier proceso de verificación sobre la verdad de los reclamos, cuando contaba con los términos legales para hacerlo, mostrando, por el contrario, una premura en atenderlos.

La expedición de constancias o certificaciones, que no resoluciones, impidió que se ejercieran recursos o se demandaran por vía judicial, todo lo cual demuestra que SERNA CÓRDOBA acudió a ese mecanismo para habilitar que terceros se apropiaran de recursos públicos.

Para el reconocimiento de sanción moratoria en la constancia del 1° de agosto de 2007, el procesado se escudó en

un documento titulado *"Liquidación de cesantías, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de transporte, prima móvil. Docentes enero 1 del 2003 a julio 31 del 2004 – Decreto 0430, julio 21/04"*, el cual no solo no cuenta con fecha de expedición, sino que no estructura un acto administrativo desde cuya firmeza pudiera contabilizarse el lapso moroso, luego la fecha fijada por el acusado como momento para contabilizar la sanción, 14 de septiembre de 2004, resulta arbitraria, ilegal y carente de fundamento.

Otro tanto sucede con la constancia del 1° de agosto que reconoce cesantías definitivas a 101 docentes, pues el decreto 0430 del 21 de julio de 2004, supuesto soporte de su expedición, alude exclusivamente a la declaratoria de insubsistencia de un personal docente, sin que allí se ordenara la liquidación de cesantías, como que sería el presupuesto necesario para que desde su ejecutoria se contabilizara el plazo que se tenía para hacer el pago y, de no cumplirse éste, disponer la sanción por mora.

Igual sucedió con la certificación del 1° de agosto que reconoció a 12 personas sanción moratoria desde el 3 de julio de 2005. Estas personas, además estaban vinculadas a la administración mediante contratos de prestación de servicios, lo que en principio no las hacía acreedoras a prestaciones sociales, menos a sanción moratoria, por lo que se imponía que, previo a disponer esos pagos, la autoridad judicial competente acreditara que, como contrato realidad, se estaba ante uno laboral.

Como prevalecía lo estipulado en los contratos (de prestación de servicios), lo último, la existencia de una relación laboral que generaba la posibilidad de pagar prestaciones y sanción moratoria, debía declararlo un juez y no quedaba al arbitrio de la interpretación de SERNA CÓRDOBA, lo cual se ratifica cuando 5 de esas personas acudieron a esa vía y lograron ese reconocimiento. Además, sobre las últimas, les reconoció sanción moratoria de manera ilegal porque a estas sus acreencias laborales les habían sido pagadas, como resultado de procesos laborales, el 18 de abril y 11 de mayo de 2005, 6 de marzo y 7 de noviembre de 2006.

Sobre la transacción extraprocesal del 31 de julio de 2007, SERNA CÓRDOBA obligó al departamento al pago de dineros cuando estos eran objeto de cobro judicial y el ente territorial había formulado excepciones de fondo que incluso atacaban la validez misma del título ejecutivo, lo que demuestra que aquel acto es manifiestamente contrario a la legalidad, porque además carecía de competencia como que siendo funcionario encargado, ello corresponda decidirlo al titular, según deriva del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, casos como el presente, de necesidad debían someterse a la evaluación del *"comité de conciliación"* existente en la gobernación, lo que el acusado no hizo.

Ese acto ilegal fue el soporte para que el 1° de agosto SERNA CORDOBA expidiera constancia reconociendo sanción moratoria a las mismas personas.

En todos esos documentos, el procesado dispuso del patrimonio público sin determinar el rubro y la partida presupuestal que se comprometía, con lo que desconoció el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, Decreto 111 de 1996. Al no contarse con el previo certificado de disponibilidad presupuestal se omitieron los deberes de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política.

La formación profesional del sindicado, su amplia trayectoria en el sector público, permiten inferir que actuó con dolo, con la intención de permitir que terceros accedieran a dineros públicos en forma ilegal.

En relación con la falsedad ideológica en documento público, es claro que el acusado, como servidor público, en ejercicio de esas funciones expidió la certificación del 1° de agosto donde reconoció sanción moratoria a 12 exfuncionarios del FER y la transacción del 31 de julio en la que transigió el litigio del proceso laboral respecto de las cesantías de 62 personas, documentos en los que incorporó información contraria a la verdad.

En la certificación del 1° de agosto relacionó 5 personas como acreedoras de sanción moratoria lo cual no era cierto en tanto sus prestaciones ya les habían sido canceladas mediante procesos ejecutivos que terminaron precisamente por pago total de la obligación.

En la transacción del 31 de julio el acusado renunció a las excepciones y al incidente de desembargo para transigir la

obligación, faltándose a la verdad porque se incluyó a LUDY DEL SOCORRO MENA GUERRERO, quien no estaba relacionada como acreedora de cesantías en el escrito que sirvió de título ejecutivo.

Sobre el fraude procesal, se tienen la certificación del 1° de agosto, en la que reconoció sanción moratoria a 12 exfuncionarios del FER, y la transacción del 31 de julio, ambas espurias, que sirvieron de títulos ejecutivos para iniciar sendos procesos laborales. Los documentos, al ser falsos pues contenían hechos contrarios a la verdad, constituyeron medios fraudulentos utilizados en actuación judicial, los procesos ejecutivos, con lo cual los funcionarios judiciales a cargo de los últimos fueron inducidos en error, al punto de lograr decisiones que favorecieron los intereses de terceros, de carácter transitorio en un caso (la certificación) y permanente en el otro (la transacción).

El peculado por apropiación en favor de terceros se estructura a través de la comisión de los delitos anteriores, que sirvieron para defraudar al erario público, en tanto con los documentos que suscribió el acusado realizó actos de disposición de recursos públicos de la Gobernación, pues con ellos habilitó que se acudiera a procesos ejecutivos en reclamo de acreencias ilegales e ilegítimas y comprometió las finanzas con una transacción que iba en contravía de la propia defensa del ente territorial, además de excederse en su competencia.

En tres de los juicios ejecutivos la conducta se consumó en tanto se hicieron pagos, y en un cuarto (el adelantado con base en la certificación del 1° de agosto que reconoció sanción moratoria a 12 personas) se imputó tentativa, pues si bien en un comienzo

se libró mandamiento de pago por \$ 931.134.937,50, lo cierto es que finalmente no se dispuso pago alguno al prosperar una excepción de fondo, de lo cual deriva que se iniciaron los de ejecución dirigidos a consumar el delito, lo que no se logró por circunstancias ajenas a la voluntad del agente (la prosperidad de la excepción).

El monto apropiado por terceros, sumadas las cifras pagadas entre de los tres procesos ejecutivos, más lo que fue reconocido por el procesado en la certificación del 1° de agosto de 2007 (cuyo cálculo arroja la suma de \$ 631.987.755), asciende a \$ 3.900.518.102,55, equivalentes a 8.993,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes en ese entonces, lo que ubica el delito en la agravante específica del inciso 2° del artículo 397 del Código Penal.

El 17 de noviembre de 2017, al negar la reposición interpuesta, la Fiscalía ratificó la acusación reiterando las razones iniciales, las cuales transcribió.

PETICIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES

Agotado el debate probatorio del juicio, las partes elevaron las siguientes solicitudes:

La Fiscalía. Pidió condena por todos los delitos. En cuanto al prevaricato, porque como gobernador encargado el acusado era ordenador del gasto, condición en la cual suscribió los documentos cuestionados, con los cuales exteriorizó la voluntad

de la administración y ejerció actos dispositivos vinculantes como que reconoció la existencia y vigencia de acreencias laborales, asumiendo la obligación de pago a cargo de los recursos del departamento, encuadrando su comportamiento en el tipo penal indicado, porque desconoció los mandatos del artículo 305 constitucional al expedir documentos que reconocían acreencias, lo cual debió hacer a través de resoluciones que pudieran ser recurridas y cobraran ejecutoria, momento a partir del cual surgían derechos como sanciones moratorias.

Obvió los procedimientos previstos en la Ley 244 de 1995 que confería 15 días para resolver las peticiones a través de resoluciones (no constancias ni certificaciones), tras lo cual, en firme aquellas, se contaba con 45 días para realizar los pagos, y únicamente, agotados estos plazos, había lugar a reconocer sanción por mora. No existen documentos que demuestren que se hicieron las reclamaciones, los cuales debieron ser soporte de las constancias y certificados expedidos.

Algunos soportes obrantes fueron aportados por el acusado o el apoderado de los beneficiarios y surgen sospechosos y amañados; así, la solicitud de reconocimiento de prestaciones sociales a 2 personas no tiene fecha de creación ni nota de recibido; una de las aportadas por el abogado es un documento del 1° de marzo de 2004 que solicita se expida un acto administrativo de reconocimiento de prestaciones sociales, que no corresponde como antecedente a ninguno de los actos investigados.

La certificación del 1° de agosto reconoce sanción moratoria sin fundamento, al no saberse la ejecutoria de la resolución que disponía el pago de las prestaciones para así empezar a contabilizar el plazo del castigo. La constancia de la misma fecha que reconoce sanción moratoria a 62 docentes carece de soporte fáctico y jurídico pues las prestaciones sociales de esas personas fueron cobradas en proceso ejecutivo. La constancia del 1° de agosto, sobre reconocimiento de cesantías a 101 personas es una simple reproducción de la petición del apoderado, luego no se realizó un examen riguroso, máxime que entre el reclamo y el acto del exgobernador solo transcurrió un día, sin que se hubiese acreditado el derecho invocado ni se mencionaran los documentos con lo que ello se hacía.

El acusado obró con premura inusitada, pues de haber querido proteger los intereses del departamento tenía tiempo suficiente para verificar los reclamos (los plazos que la ley le otorgaba). Además, no se muestra coherente que la Administración que no ha pagado prestaciones reconozca una sanción moratoria, pero a la vez omita su pago, habilitando que se acuda a la vía judicial con consecuencias gravosas para el patrimonio público. Tolo lo anterior evidencia que el acusado obró con dolo para omitir todas las exigencias de la Ley 244 de 1995.

Las constancias y certificaciones expedidas no corresponden a actos administrativos por carecer de naturaleza decisoria, no poseer fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas, luego por no ser claras, expresas ni exigibles no podían ser tenidas como títulos ejecutivos.

Los reconocimientos de sanciones moratorias igualmente resultan ilegales, pues no obran las solicitudes que necesariamente debieron presentar los afectados ni las resoluciones en que se dispusiera el pago de las acreencias, pues solo a partir de la ejecutoria de estas se sabría el momento cierto a partir del cual debía reconocerse la mora, además de que desconoció los plazos de la Ley 244 de 1995 que le otorgaban lapsos para verificar la legalidad de lo pedido, sus antecedentes y pruebas de los derechos reclamados.

Por tanto, las fechas que el acusado señaló como aquellas a partir de las cuales debía pagarse sanción moratoria, resultan arbitrarias, ilegales y carentes de fundamento.

La constancia de 1° de agosto que reconoce cesantías y sanción moratoria a 101 docentes, dice haberse basado en el Decreto 0430 del 21 de julio de 2004, pero este acto solo declaró la insubsistencia de aquellos, sin haber ordenado se liquidaran esas prestaciones, luego si no existía ésta, menos podía hablarse de un momento para liquidar mora.

Otro tanto sucede con la certificación del 1° de agosto (reconoce sanción moratoria a 12 personas), que incurrió en ilegalidad adicional pues la vinculación de aquellas fue mediante contrato de prestación de servicios, no por relación laboral, lo que los excluía del pago de cesantías, salvo que judicialmente se declarase lo contrario, lo que no sucedió, razón por la cual es inadmisibile el descargo de SERNA CÓRDOBA respecto de que él mismo, no un juez, estableció que no se estaba ante una prestación de servicios, sino un contrato laboral. Por lo demás, 5

de esas personas reclamaron por la vía judicial la existencia del contrato realidad y les fueron pagadas sus acreencias, luego el pago dispuesto por el procesado es ilegal.

Sobre la transacción extraprocesal del 31 de julio, obró de manera manifiestamente ilegal en tanto obligó al departamento al pago de sumas que estaban siendo debatidas en proceso judicial donde se propusieron excepciones que atacaban la validez del título ejecutivo; la transacción desconoció el artículo 341 procesal civil porque esos actos solo podían provenir del representante legal, esto es, del gobernador titular, no de quien solo estaba encargado por 3 días y no existía situación de apremio o urgencia.

Por lo demás, el acusado actuó sin acudir al Comité de Conciliación, según lo informaron los encargados de la oficina jurídica; omitió el trámite reglado en la Ley 446 de 1998, tampoco verificó la disponibilidad presupuestal, según ordenaba el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, no realizó un obligatorio estudio previo técnico, económico y jurídico para verificar el estado de los procesos judiciales, si las obligaciones eran reales, si era la Gobernación la que debía pagarlas, si habían sido canceladas o estaban prescritas y, en general, si constituían obligaciones.

Este acuerdo, antes que mejorar las finanzas del ente territorial, de manera dolosa generó un nuevo título de ejecución a favor de los demandantes, ahora asumidas por la Gobernación pues antes lo eran de la Asamblea, además de que varias habían prescrito, algunas canceladas y otras liquidadas incorrectamente. La apariencia de legalidad del acto (de todas las constancias y certificaciones) habilitó que terceros se apropiaran de recursos

oficiales, además de obrar sin contar con el certificado de disponibilidad presupuestal, en oposición a los principios constitucionales de la función administrativa.

En lo que se relaciona con la falsedad ideológica en documento público, se tienen la certificación del 1° de agosto de 2007 que reconoció sanción moratoria a 12 exfuncionarios y la transacción del 31 de julio, ambas expedidas por el acusado y en las que se consignaron hechos mentirosos, pues, en la primera, respecto de 5 personas no existían prestaciones sociales por cancelar (les fueron pagadas mediante proceso judicial), sin lo cual mal podía reconocerse sanción moratoria. En la transacción respecto de cesantías de 62 personas, igual se faltó a la verdad pues se incluyó como deudora a SOCORRO MENA quien no aparecía como acreedora de cesantías en el documento usado como título ejecutivo.

Sobre el fraude procesal, el acusado expidió la certificación del 1° de agosto (sanción moratoria a 12 personas) y la transacción del 31 de julio, documentos utilizados como títulos ejecutivos para iniciar sendos procesos judiciales. Tales documentos, contentivos de falsedades, fueron utilizados como medios fraudulentos en esas actuaciones judiciales, con lo que se indujo en error a los jueces, al punto de lograr decisiones favorables a los demandantes, pues con la certificación se libró mandamiento de pago y se decretó un embargo y con el segundo escrito se transigió la litis y el proceso terminó por pago total de la obligación. Por tanto, en estos dos eventos se incurrió en ese delito.

El comportamiento y premura con que actuó SERNA CÓRDOBA evidencian su interés ajeno a los fines lícitos, pues su ánimo fue interesado, ilegal y dañino, como se observa en la transacción que no ingresó por vías normales, sino directamente en su despacho y la suscribió al día siguiente.

El peculado en favor de terceros se cometió a través de los documentos espurios con los cuales realizó actos de disposición jurídica sobre dineros del departamento, pues con ellos permitió que se impulsaran procesos ejecutivos, en donde se lograron pagos a terceros; en el originado con soporte en la certificación del 1° de agosto, que reconoció mora a 12 personas, el delito quedó en tentativa, porque si bien se decretaron medidas cautelares, lo cierto es que prosperó la excepción de fondo de inexistencia del título ejecutivo, de donde deriva que el hecho no se consumó por circunstancias ajenas al querer de SERNA CÓRDOBA.

Hay concurso de peculados derivado de que fueron tres constancias, una certificación y una transacción; todos se agravan en cuanto superan el monto de los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007 (\$433.700), lo que los ubica en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal.

En el peculado y el prevaricato concurre el agravante del artículo 58.1 del Código Penal, en tanto las conductas recayeron sobre bienes de utilidad común, como que eran recursos destinados a la satisfacción del derecho fundamental a la educación.

El Ministerio Público. Se pronunció en similares términos a la Fiscalía, con excepción del delito de falsedad, respecto del cual aclaró que, al incluirse personas que no figuraban como acreedoras, no se tipifica el atentado contra la fe pública, sino que ello forma parte del prevaricato, como que reitera el actuar manifiestamente ilegal; de tal manera que se presenta un concurso aparente de tipos que debe resolverse en favor del prevaricato, en tanto es uno especial, de mayor riqueza descriptiva que, por ello, consume el desvalor de la falsedad, punible éste por el que pide absolver.

La defensa. Reclama absolución porque de la lectura de los aspectos certificados por el acusado, surge que lo fueron a partir de constataciones en la base de datos y documentos, de lo que se evidenció que el departamento tenía deudas con algunos docentes, luego consignar esa realidad no constituye delito de falsedad, en tanto la misma no era ajena a la verdad.

Si la conducta no fue mentirosa, menos tipifica el prevaricato, en tanto no puede tenerse como manifiestamente ilegal, en tanto los docentes cumplieron sus obligaciones, lo que les generaba el derecho a obtener el pago de sus prestaciones sociales, sobre las que habían solicitado su reconocimiento; de tal manera que haber expedido constancias que acreditaban la existencia de tales derechos lo que significó fue lo contrario: se adecuó a la ley.

Que algunos profesores hubieren acudido a las vías judiciales para reclamar el pago de lo que se les adeudaba, no permite atribuir a SERNA CÓRDOBA responsabilidad en el delito

de peculado, pues fue el juez el que calificó de título judicial las constancias expedidas, además de que quienes utilizaron esos documentos para iniciar procesos fueron los docentes, no el acusado.

Si bien, desde el punto material, según la jurisprudencia contencioso-administrativa, una constancia puede constituir un acto administrativo, las suscritas por el procesado no pueden tenerse como tales, en tanto su alcance no era modificar situaciones jurídicas ni crear derechos, pues la acreencias laborales de los docentes no nacieron con los documentos sino que preexistían por sus relaciones jurídicas que surgieron con su vinculación a la entidad; por tanto, las certificaciones no constituyen actos administrativos; se limitaron a dar cuenta de situaciones originadas con antelación.

Las constancias no podían tenerse como títulos ejecutivos al no cumplir con los requisitos que para ellos regulaba el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil vigente en la época, en tanto no contenían obligaciones expresas y exigibles, en el supuesto de admitirse que sí acreditaran obligaciones con claridad, las mismas no eran exigibles respecto de ningún sujeto específico, pues solo daban cuenta de situaciones preexistentes. Esos escritos, a lo sumo, podrían tenerse como prueba de la existencia de un derecho, pero su definición quedaría sujeta a una decisión judicial que declarara su existencia y el deudor.

Lo anterior se ratifica con la decisión del Juzgado 2° laboral del Circuito de Quibdó que decretó la inexistencia de título

ejecutivo a partir de una de tales constancias, de lo cual deriva que las conductas investigadas son atípicas.

En lo que se relaciona con la transacción extraprocesal, la Fiscalía no especificó cuáles apartes de su contenido eran los mentirosos y, por ende, fraudulentos, con lo cual se afectó el derecho a la defensa, además de que se desconoció que, en inspección judicial del 19 de octubre de 2020, el Tribunal Superior acreditó que para el momento de suscripción de ese documento no existía el Comité de Conciliación, que solo vino a adoptarse mediante Decreto 0691 del 19 de diciembre de 2007. Tampoco se imponía verificar la disponibilidad presupuestal porque desde el 7 de mayo de 2007 existía un depósito judicial esto es, no se afectaba el erario, además de que el título ejecutivo se constituyó con dos inspecciones judiciales.

El acusado. Luego de ejercer su derecho a no responder el interrogatorio, pidió absolución con fundamento en la inexistencia de los delitos imputados. La Ley 715 de 2001 prohibió la designación de docentes sin que previamente se creara una planta de personal; surgen los Decretos 0430, con el cual se declaró insubsistentes a todos quienes laboraban sin estar en la planta; el 0431, mediante el cual la Gobernación del Chocó incorporó a la planta de cargos a 4.295 personas que venían trabajando en propiedad; y el 0435 con el que se vincularon en forma provisional varios docentes que laboraban con órdenes de prestación de servicios.

Con el Decreto 0303 se creó la planta de personal, procediéndose a vincular a los docentes, pero en el año 2004

se verificó que no se lograba hacerlo con todos los declarados insubsistentes; los que quedaron por fuera son aquellos a los que el gobernador CALIMEÑO MENA les reconoció cesantías en documento del año 2004 y fue respecto de estos que él, SERNA CÓRDOBA, expidió la constancia.

Los documentos que suscribió en modo alguno reconocieron prestaciones, porque estas ya estaban acreditadas por el gobernador anterior, lo que hizo fue certificar eso y dar constancia de la sanción moratoria que está prevista en la Ley 244 de 1995, luego si lo que reconoció es un derecho, no puede generar peculado.

En el año 2006 se realizó inspección a la Gobernación y se encontró un documento donde se reconocieron prestaciones a 1.411 docentes, luego su pago es legal; la sanción moratoria que certificó deberse a 12 exfuncionarios administrativos, igual es legítima, como que con antelación el gobernador CALIMEÑO MENA les reconoció prestaciones sociales, luego apoyado en este acto que se presume legal, hizo constar el castigo por mora.

Respecto de LEIDY DEL SOCORRO MENA, de quien se dice la incluyó en la constancia de los 62 profesores, sin tener derecho alguno, ello no es cierto porque en la inspección que el 29 de marzo de 2007 realizó el Juzgado 2° Civil su nombre aparece inscrito en el puesto 56; lo mismo, figura en el número 651 (de la página 19) en el escrito mediante el cual la Secretaría de Educación liquida las cesantías a 1.411 personas, luego lo que dijo en la constancia no es falso.

Sobre la transacción, se dice que no consultó el Comité de Conciliación, pero se apoyó en la base de datos de la entidad y se trataba de un proceso judicial en ejecución, donde se había librado mandamiento de pago y había dineros oficiales retenidos, por lo cual, siendo evidente el derecho reclamado, no resultaba correcto dejar pasar el tiempo con una carga de intereses adicionales para el departamento y, así, la transacción aliviaba la carga al ente territorial.

Que directamente recibiera peticiones no comporta irregularidad alguna; en respuesta de ellas no expidió actos administrativos sino constancias; la acusación habla de que dispuso un doble pago, lo cual no sucedió, porque respecto de HENNY RIVAS, BETSY ANTONIA CÓRDOBA y MATILDE MOSQUERA, en los procesos judiciales se ordenó reconocerles derechos laborales diferentes a los que el procesado certificó (sobre 12 personas), pues a las 5 personas citadas les fueron canceladas cesantías y lo que el certificación señaló fue sanción moratoria.

No puede hablarse sobre que se causó un detrimento patrimonial cuando, por el contrario, lo que hizo fue evitarlo, pues con la transacción logró que se pararan los días de mora, además de que habían transcurrido 1.200 y se transó por 900. El dictamen pericial no puede contabilizar días de mora porque no puede existir daño respecto de un derecho existente.

El testigo JAIME PINO faltó a la verdad al decir que para la época de los hechos existía el Comité de Conciliación que el

acusado no quiso consultar, porque ese ente solo se creó el 19 de diciembre de 2007 con el Decreto 691.

Está acusado, no por haber delinquido, pues lo que se le imputa es inexistente, sino porque le ofrecieron prestarse a unas componendas de carácter político, o, de no acceder, lo denunciarían por haber hecho unos reconocimientos de sanción moratoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la competencia

La Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro del juicio adelantado en contra de MODESTO SERNA CÓRDOBA, pues de conformidad con el numeral 4° del artículo 235 de la Constitución Política, original, que con la modificación del Acto Legislativo 01 de 2018 corresponde al 5°, en ella radica la competencia para juzgar a los gobernadores por conductas delictivas cometidas en ejercicio de sus funciones, lo cual reitera el artículo 75.6 de la Ley 600 del 2000, Código de Procedimiento Penal aplicable.

Del fallo a proferir

1. A partir del análisis de los elementos probatorios aportados, corresponde concluir si se satisfacen las exigencias del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal aplicable, Ley 600 del 2000, esto es, si surge la certeza sobre la conducta punible y

la responsabilidad del acusado, consecuencia de lo cual será emitir sentencia de condena en su contra.

2. Por el contrario, si el análisis integral de las pruebas recaudadas acredita que no se estructuraron los delitos objeto de acusación y/o que el acusado no es responsable de los mismos, el fallo correspondiente será de absolución.

3. La última determinación igual será adoptada en el supuesto de que esa valoración arroje un estado de incertidumbre insalvable, esto es, que no pueda ser despejado, en tanto el acusado llega al juicio amparado por su derecho fundamental de la presunción de inocencia reglado en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollado por el artículo 7° del estatuto procesal, norma esta rectora, de obligatorio cumplimiento, que prevalece sobre cualquiera otra, debe ser utilizada como fundamento de interpretación (artículo 24) y que lleva inmerso otro derecho superior, cual es el del *in dubio pro reo*, en virtud del cual toda duda debe ser resuelta en favor del sujeto pasivo de la acción penal.

De las conductas punibles juzgadas

1. La demostración de la conducta punible, en el grado de certeza exigido para condenar, comporta que se demuestre que es típica, antijurídica y culpable (artículo 9 del Código Penal), entendiéndose por tipicidad que el comportamiento desarrollado por el agente activo se ubique dentro de la descripción que el legislador haga de un delito y que ello suceda

de manera inequívoca, expresa y clara respecto de las características básicas estructurales de ese tipo (artículo 10).

2. El comportamiento humano debe recorrer de manera estricta todos los elementos definidos en el correspondiente tipo penal, lo que se corresponde con la tipicidad objetiva.

3. Pero, a la par, se impone verificar la tipicidad subjetiva, en virtud de la cual, la conducta punible debe realizarse con dolo, culpa o preterintención; las dos últimas modalidades de la conducta punible son admisibles únicamente en los casos expresamente señalados en los respectivos delitos (artículo 21); en sentido contrario, cuando el tipo penal no exija una modalidad de conducta punible, se entiende que solo admite el dolo.

En el caso objeto de estudio, las normas que definen las conductas punibles objeto de acusación no exigen de manera expresa la culpa o la preterintención, de tal manera que solo admiten el dolo. Y la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (artículo 22), esto es, obra con dolo cuando pone en movimiento sus esferas cognoscitiva y volitiva: conoce que la conducta a realizar es delictiva y determina su voluntad a su realización.

4. Igual, debe demostrarse que la conducta típica lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador (artículo 11), esto es, que sea antijurídica, sin que se estructure

ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32.

5. La conducta, finalmente, debe realizarse con culpabilidad, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva (artículo 12).

De la tipicidad de los delitos imputados

1. MODESTO SERNA CÓRDOBA fue acusado y juzgado como autor del concurso de delitos de prevaricato por acción (en concurso homogéneo y sucesivo), falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y peculado por apropiación, agravado por la cuantía (inciso 2° del artículo 397), a favor de terceros (en modalidad tentada y consumada).

Las normas aplicables que describen esas conductas son las del Código Penal, Ley 599 del 2000, sin las modificaciones del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en tanto los hechos ocurrieron en la ciudad de Quibdó (Chocó), los días 31 de julio y 1° de agosto de 2007 y la vigencia de la última se supeditó a la del estatuto procesal del 2004, Ley 906, que en el distrito judicial de Quibdó comenzó el 1° de enero de 2008, según determinó su artículo 530. Tales disposiciones rezan:

1.1. Libro Segundo, título IX (Delitos contra la fe pública), Capítulo 3° (De la falsedad en documentos):

*“Artículo 286. **Falsedad ideológica en documento público.** El servidor público que, en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir*

de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.

1.2. Título XV (Delitos contra la administración pública),
Capítulo 1° (Del peculado):

*“Artículo 397. **Peculado por apropiación.** El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado... 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”.

1.3. Título XV (Delitos contra la administración pública),
Capítulo 7° (Del prevaricato):

*“Artículo 413. **Prevaricato por acción.** El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá 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”.*

1.4. Título XVI (Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia), Capítulo 8° (Del fraude procesal y otras infracciones):

*"Artículo 453. **Fraude procesal.** El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años".*

2. Salvo el fraude procesal, las conductas de que se acusa a SERNA CÓRDOBA exigen como elemento del tipo que el sujeto activo sea un servidor público que actúa en ejercicio de sus funciones, respecto de lo cual se acreditó que para los días 31 de julio y 1° de agosto de 2007, fechas en las que suscribió los documentos de los que se hacen derivar las conductas punibles, aquel, quien regularmente cumplía como secretario de gobierno del departamento, para esos días ejerció como gobernador encargado del Chocó y que, en esa condición, redactó y suscribió tales escritos.

En efecto, además de que el tema no fue motivo de controversia por ninguno de los sujetos procesales y, por el contrario, el procesado admitió haber expedido las constancias y certificados cuestionados, se allegaron documentos públicos no tachados de irregulares que, por tanto, acreditan lo que allí se expresa. Así, mediante el Decreto 2836 del 26 de julio de 2007 se encarga como gobernador al acusado por los días 30 y 31 de julio y 1° de agosto de ese año; obran copia auténtica del acta de posesión y dos certificaciones que demuestran su desempeño en esa condición en las fechas indicadas (folios 20, 86, 143, cuaderno 1 Fiscalía).

De tal manera que MODESTO SERNA CÓRDOBA realizó las conductas cuestionadas como gobernador encargado del departamento del Chocó, esto es, como servidor público en ejercicio de sus funciones, toda vez que, en términos del artículo 303 de la Constitución Política, el gobernador es el representante legal del ente territorial y jefe de la administración seccional y, según manda el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, esa condición le confiere capacidad de contratar, comprometer el departamento y ordenar el gasto.

3. El 3 de mayo de 2005, BISMARCK CALIMENO MENA, en ejercicio de sus funciones como gobernador encargado, expidió una certificación. Si bien, aquel no es sujeto pasivo de la acción penal, dado su deceso, resulta necesario reseñar ese documento, puesto que uno de los cuestionamientos al señor SERNA CÓRDOBA deriva de haber suscrito alguna constancia que hace referencia a aquella. La constancia del 3 de mayo de 2005 (folio 19, cuaderno 17 anexos), reza:

"El suscrito Gobernador del Departamento del Chocó, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

CONSIDERANDO:

Que mediante derecho de petición las personas abajo relacionadas, todas ellos ex funcionarios del Fondo Educativo Regional del Chocó, actuando en nombre propio han formulado reclamaciones administrativas de carácter laboral para que se les reconozca y pague sus acreencias adeudadas.

Que revisando los archivos de la entidad y según certificación expedida por la Tesorería Departamental, se constató que los señores prestaron sus servicios a dicha

entidad en el tiempo y sueldo que aparece en dicha certificación que se anexa.

*Que los funcionarios que a continuación se relacionan:
... laboraron en el Fondo Educativo Regional del Chocó y no
se les han cancelado sus Prestaciones Sociales, incluidas
las Cesantías definitivas.*

*Por todos los considerandos anteriores el
representante legal de dicha entidad en uso de sus
facultades legales*

CERTIFICA

*Que al señor... identificado con C. C. ... se le adeuda
la suma de... por concepto de Prestaciones Sociales por
haber laborado desde el... hasta el... con una asignación
mensual de..., distribuidos:*

CESANTÍAS...
INTERESES CESANTÍAS...
PRIMA SEMESTRAL...
PRIMA NAVIDAD...
VACACIONES INDEMNIZADAS...
TOTAL LIQUIDACIÓN...

[se enlistan 12 personas con los mismos rubros]

*La presente se expide a los 3 días del mes de mayo
de 2005.*

(Firmado) BISMARCK CALIMEÑO MENA
Gobernador del Chocó (e)*.

4. Los documentos que SERNA CÓRDOBA suscribió los días 31 de julio y 1° de agosto de 2007 son del siguiente tenor (folios 4 cuaderno 1 Fiscalía, 3 cuaderno 13 anexos, 15 cuaderno 12 anexos, 37 cuaderno 17 anexos, 116 cuaderno 3 anexos):

4.1. Constancia del 31 de julio de 2007:

"El suscrito Gobernador (E) del Departamento del Chocó

HACE CONSTAR:

Que revisada la base de datos del Departamento en lo que respecta a deudas por pagar se encontró que los docentes abajo relacionados se les adeuda por concepto de Prima de Navidad del 2005 la suma del 75% de dicha prestación, discrimina como a continuación se relaciona: ...

[se relacionan 22 personas seguidas de 4 columnas, en las que no se especifica dato alguno, pero contentivas, la primera, al parecer del número de identidad, y, en las restantes, se detallan montos sin que se aclare a qué corresponde cada uno de ellos].

En los mismos términos se le reconoce personería jurídica al doctor EDWARD ALEXANDER LEMOS OREJUELA, abogado en ejercicio e identificado... para que actúe como apoderado de los docentes aquí relacionados en su nombre pueda ejercer las acciones correspondientes.

La presente constancia se firma en Quibdó hoy treinta y uno (31) de julio de 2007.

*(Firmado) Modesto Serna Córdoba
Gobernador del Departamento del Chocó (E)".*

4.2. Constancia del 1° de agosto de 2007:

"El suscrito Gobernador (E) del Departamento del CHOCÓ

HACE CONSTAR.

Que el departamento del Chocó adeuda a los 62 docentes que a continuación se relacionan sus cesantías definitivas, por haberse desempeñado como Docentes al servicio del Departamento del Chocó durante el periodo comprendido entre enero de 2003 hasta el 31 de Julio de 2004.

Consecuente con lo anteriormente expuesto se le reconoce de acuerdo a lo estipulado en la ley 244 de 1995, la correspondiente sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, a partir del día 14 de septiembre de 2004 hasta la fecha cuando se les cancele la totalidad de sus cesantías.

[En 4 columnas se relacionan 62 personas, número de cédula, salario y "SAL/DÍA"].

En los mismos términos se le reconoce personería jurídica al doctor EDWARD ALEXANDER LEMOS OREJUELA... para que actúe como apoderado de los...

La presente constancia se firma en Quibdó hoy primero (1) de agosto de 2007.

(Firmado) MODESTO SERNA CÓRDOBA
Gobernador del Departamento del Chocó (E)".

4.3. Constancia del 1° de agosto de 2007:

"El suscrito Gobernador (E) del Departamento del Chocó

HACE CONSTAR:

Que por disposición del decreto 0430 del 21 de julio de 2004, el Gobernador del Chocó en uso de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, dispuso la declaratoria de insubsistencia de algunos docentes que de forma provisional venían prestando sus servicios en esta entidad territorial. Situación ésta que dejaba en la obligación al ente nominador de reconocer y cancelar las prestaciones sociales a que estos tenían derecho.

Que producto de peticiones elevadas por los docentes hoy aquí relacionados, en el sentido de reconocimiento y cancelación de sus cesantías definitivas y su correspondiente sanción moratoria, y verifica la existencia de tal deuda en la base de datos de nuestra entidad y con el objeto de aliviar y hacer menos gravosa la situación financiera del Departamento, convenimos con los peticionarios por intermedio de su apoderado reconocer

las cesantías definitivas correspondientes al periodo comprendido entre enero de 2003 hasta julio 30 de 2004 y la correspondiente sanción moratoria regulada por la ley 244 de 1995, a partir del 14 de septiembre de 2004. Pero dejado como acuerdo de reconocimiento de sanción moratoria solo novecientos (900) días para cada uno de los peticionarios.

Hoy se tiene claro por parte de la administración, que durante el periodo que reclaman los peticionarios no fueron afiliados ni aportados sus recursos de cesantías a la entidad que administra estas prestaciones, la cual es la FIDU PREVISORA S. A. administradora de los recursos del fondo de prestaciones del magisterio, razón por la cual estos no aparecen durante este periodo en la base de datos de la fidu previsora.

Consecuente con lo anteriormente expuesto se le reconoce a los docentes abajo relacionados, de acuerdo a lo estipulado en la ley 244 de 1995, la correspondiente sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, a partir del día 14 de septiembre de 2004 hasta lo anteriormente acordado.

[En cuatro columnas se relaciona el "nombre" de 122 personas, su "cédula", la "deuda pendiente cesantías año 2003 a julio 2004", el "último salario devengado" y el "salario diario"]

En los mismos términos se le reconoce personería jurídica al doctor EDWARD ALEXANDER RAMOS OREJUELA... para que actúe como apoderado de los docentes aquí relacionados y en su nombre pueda ejercer las acciones correspondientes.

La presente constancia se firma en Quibdó hoy primero (1) de agosto de 2007.

(Firmado) MODESTO SERNA CÓRDONA
Gobernador del Departamento del Chocó (E)".

4.4. Certificación del 1° de agosto de 2007

"El suscrito Gobernador del Departamento del Chocó, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

CONSIDERANDO:

Que el departamento del Chocó reconoció, mediante certificación de fecha 03 de mayo de 2005, las prestaciones sociales incluida las cesantías definitivas a los siguientes ex funcionarios del Fondo Educativo Regional del Chocó: [se relacionan 12 personas].

Que hasta la fecha el Departamento del Chocó no ha cancelado dichas prestaciones sociales incluidas las cesantías definitivas.

Que, de acuerdo a la ley 244 de 1995, los ex funcionarios tienen derecho a el pago de la respectiva sanción moratoria.

Por lo anterior expuesto:

CERTIFICA

ARTÍCULO PRIMERO: *consecuente con lo anteriormente expuesto se le reconoce de acuerdo a lo estipulado en la ley 244 de 1995 la correspondiente sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo a partir el 3 de julio de 2005, hasta la fecha en que se cancelen sus cesantías definitivas, será cancelada teniendo en cuenta el equivalente al pago de un día de salario por cada día de retardo, tomando como base el último salario devengado. [Se relacionan las 12 personas].*

[Se discriminan las 12 personas, con su número de identificación, el sueldo y el concepto "VR. DÍA -valor día].

ARTÍCULO SEGUNDO: *La sanción moratoria se cancelará desde el momento de adquirir el derecho, es decir, cuarenta y cinco (45) hábiles después de la salida del cargo, hasta el pago de las cesantías definitivas, tomando como base el último salario devengado (Ley 244 de 1995).*

Dada en Quibdó el 1er día del mes de agosto de 2007.

*(Firmado). MODESTO SERNA CÓRDOBA
Gobernador del Chocó (e)".*

4.5. Transacción del 31 de julio de 2007

"Señora
JUEZ PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ
Despacho.

Ref.: Ejecutivo laboral de DELFINO VALOYES PALACIOS Y
OTROS Vs. DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ Y/O FONDO
EDUCATIVO DEPARTAMENTAL - FED

Entre los suscritos, por un lado, MODESTO SERNA, identificado como aparece al pie de mi respectiva firma, obrando en calidad de Gobernador del Departamento del Chocó (e), y en consecuencia como representante del ente territorial y por el otro EDWARD ALEXANDER LEMOS OREJUELA, identificado... actuando en calidad de apoderado de [se relacionan 62 personas]... hemos acordado transigir las pretensiones de la parte actora en los siguientes términos:

CLÁUSULAS:

PRIMERA: El abogado EDWARD ALEXANDER LEMOS, actuando en su condición de apoderado de los demandantes ante la juez Primero Laboral del Circuito de Quibdó, instauró demanda ejecutiva con el fin de obtener reconocimiento y pago prestaciones sociales (CESANTÍAS DEFINITIVAS) por haber prestado sus servicios a órdenes del FER - FED - Departamento.

SEGUNDA: Que en virtud de lo anterior la liquidación es como a continuación se relaciona:

EJECUTIVO LABORAL DE DELFINO VALOYES Vs. DEPTO
CHOCÓ 2007-119

[Se relacionan las 62 personas y respecto de cada una se especifican los conceptos "Capital", "% Interés", "Meses", "Interés", "Capital + Int."]

Total liquidación: 109.579.515

CUARTA: Las partes acuerdan que la Administración Departamental cancelará la suma de CIENTO NUEVE MILLONES MONEDA LEGAL (\$109.579.115), con el título que por valor de

\$100.000.000 y a nombre del proceso se encuentra en la oficina judicial de Quibdó.

QUINTA: Como se observa los demandantes renuncian al cobro de la suma de \$9.579.115, por concepto de capital, igualmente se renuncia a las agencias enderecho como estímulo a favor del Departamento, lo que justifica la presente transacción.

SEXTA: La parte demandada expresa a su vez al despacho que renuncia a las excepciones presentadas e igualmente al incidente de desembargo por encontrar conveniente la presente transacción y acelerar la terminación del litigio.

SÉPTIMA: El juez, previo los trámites judiciales autorizará la entrega de los dineros antes mencionados al apoderado de la parte demandante.

Renunciamos a todos los términos de notificación y ejecutoria.

Dado en Quibdó, a los 31 días del mes de JULIO de 2007.

*(Firmado) MODESTO SERNA CÓRDOBA
Gobernador Departamento del Chocó (e)*

*(Firmado) EDWARD ALEXANDER LEMOS O.
C. C...
T. P...*

[Hay sendos sellos donde consta que los dos firmantes hicieron presentación personal del escrito el 31 de julio de 2007 en la Oficina Judicial de Quibdó].

La transcripción integral de los anteriores documentos obedece a que el sustento de la tipicidad y la responsabilidad se centra, casi que exclusivamente, en su contenido. De tal manera que, más allá de interpretaciones, el soporte de la decisión será lo realmente dispuesto por el señor SERNA CÓRDOBA en los escritos que redactó y suscribió en los términos que se han reseñado de manera literal.

5. El prevaricato por acción.

5.1. Como elementos del tipo se exigen: (i) un sujeto activo calificado (servidor público), (ii) que obre en ejercicio de sus funciones, (iii) que expida resolución, dictamen o concepto, y, (iv) que lo último resulte manifiestamente contrario a la ley. Con este entendimiento, respecto de tales elementos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado (sentencia 39.751 del 21 de agosto de 2013):

“i) El sujeto activo del delito de prevaricato por acción es calificado, para cuya comisión se requiere la calidad servidor público en el autor, aspecto que no ofrece ningún tipo de controversia en el sub judice.

ii) Que aquel servidor público en ejercicio de sus funciones emita la resolución, dictamen o concepto; entiéndase por resolución aquella que no es solamente la providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno u otro 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.

iii) Que la decisión adoptada bien sea resolución, dictamen o concepto sea “manifiestamente contraria a la ley” es decir que aquella tenga una notoria discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, que exista una contradicción evidente e inequívoca entre los resuelto por el funcionario y lo mandado por la norma”.

En el apartado anterior se demostró la ocurrencia de los aspectos atinentes a la condición calificada del agente activo y su actuar en ejercicio de sus funciones.

Igualmente resulta acreditado que los actos censurados fueron expedidos por el acusado, pues así se extrae de su lectura desprevenida, que acredita que en ellos deja expresa constancia, ratificada por su firma, que MODESTO SERNA CÓRDOBA, en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales como gobernador encargado, fue el autor de aquellos.

El entendimiento del concepto "*manifiestamente contrario a la ley*", apunta a que lo decidido carezca de raciocinio, o que, existiendo éste, se muestren conclusiones opuestas a lo que evidencian las pruebas o la ley aplicable al caso, de manera tal que el reconocimiento hecho derive en arbitrario y caprichoso, pues proviene "*de una deliberada y malintencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico*"; así, la "*palmaria ilegalidad de la decisión surge cuando de manera sencilla y puntual es posible verificar que lo decidido es opuesto a la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el asunto analizado*" (Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008, en donde cita fallo del 11 de abril de 2007 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal).

Sobre ese aspecto, la Sala de Casación Penal ha resaltado que lo manifiestamente ilegal comporta que no admita ninguna justificación razonable, esto es, que sea patente, evidente a simple vista, pues no estructura prevaricato lo que pueda tenerse como una decisión desacertada, si esta responde a un análisis razonado de la prueba y de la ley, pues lo delictivo es lo que responda al simple capricho, a la arbitrariedad, en tanto

obedece al *“desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo”* (sentencia 19.303, 13 de agosto de 2003).

La Corte igual se ha referido a que el agente debe actuar con una *“finalidad corrupta”*, concepto que debe entenderse así (sentencia 52.454, 16 de mayo de 2018):

“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 concurre el ánimo protervo de beneficiar ilícitamente a otra persona...”

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.”

5.2. En el caso concreto, respecto de todos los documentos expedidos, de manera genérica se observa:

i) Previo a suscribir los documentos mediante los cuales hizo reconocimientos laborales, como el pago de prestaciones sociales (cesantías) y sanción moratoria, por conllevar la obligación para el ente territorial de pagar acreencias, en su condición de jefe de la administración, además de sus calidades

profesionales como abogado y su amplia experiencia en el sector público (secretario de gobierno, diputado, alcalde), al exgobernador SERNA CÓRDOBA se le imponía el deber de acatar los procedimientos establecidos en la ley. No lo hizo.

Para el momento de ocurrencia de los hechos estaba en vigor la Ley 244 del 29 de diciembre de 1995, *"por medio de la cual se fijan los términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones"*, estatuto que fue subrogado por la Ley 1071 de 2006, *"por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación"*.

El artículo 1° de aquella, subrogado por el 4° de la Ley 1071 de 2006, establecía que la entidad empleadora contaba con quince (15) días hábiles siguientes a aquel en que se recibiera la petición de liquidación de cesantías, para expedir la resolución correspondiente. El artículo 2° (5° de la Ley 1071) determinó que la institución pagadora *"tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir (de la fecha) de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías... para cancelar esta prestación social"*.

El párrafo de la última disposición regló lo relacionado con el castigo, así: *"En caso de mora en el pago de las cesantías... la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día*

de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas". En relación con la fecha a partir de la cual se hace efectiva esta sanción moratoria, la jurisprudencia tiene dicho (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencias del 7 de diciembre de 2000, 12 de diciembre de 2002 y 30 de julio de 2009):

"El momento a partir del cual se cuenta el plazo legal referido en las nomas transcritas es el de la fecha de solicitud de reconocimiento por parte del interesado, tal como lo ha establecido esta Corporación en varias oportunidades:

'conforme al artículo 1 de la Ley 244 de 1995 las entidades dentro de los 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 2° de la misma ley tienen un plazo máximo de 45 días a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación'".

Como se trataba de generar cargas para el patrimonio del departamento el señor SERNA CÓRDOBA ha debido disponer cuando menos de esos 60 días (que resultaban más, por cuanto, adicional a que los tiempos debían contabilizarse en días hábiles, los actos eran pasibles de notificación, recursos y ejecutoria), que surgían indispensables en aras de verificar la considerable cantidad de personas a las que se les reconocerían prestaciones y/o sanción moratoria, lo cual comportaba revisar la existencia de vínculos con el departamento, de qué clase (contrato laboral o de prestación de servicios), si había lugar o no a prestaciones sociales, desde cuándo, si se habían pagado o no y, por ende, si se imponía el castigo por mora.

El acusado actuó de manera en extremo apresurada, pues en un solo día (o máximo al siguiente), según sus palabras, realizó múltiples y complejas gestiones: recibió las peticiones, verificó aquellos aspectos, realizó los cálculos, redactó y firmó las constancias e, incluso, fue a la oficina judicial a hacerles presentación personal.

Tal procedimiento es indicativo del afán de evadir la ley de manera manifiesta, asistiéndole razón a la Fiscalía, en tanto, contando con los lapsos señalados, la revisión de temas tan complejos se imponía la dejara al titular de la gobernación, dado que el escaso periodo de 3 días en que estuvo a cargo de la institución le impedía realizar esa labor de manera idónea, sin que existiera premura, precisamente porque la ley le confería espacios prudenciales.

ii) No resulta creíble la explicación del procesado, respecto de que actuó tras peticiones de los interesados, como que en los archivos de la Gobernación no se encontraron los documentos que acreditaran tales reclamos, los que de necesidad deberían encontrarse allí pues serían el soporte de los actos proferidos. Por lo demás, salvo en la constancia del 1º de agosto (que reconoce sanción moratoria a 101 personas), en las certificaciones o constancias SERNA CÓRDOBA no hizo mención, siquiera tácita, a que profería tales documentos tras solicitud de parte interesada; por el contrario, la voluntad allí expresada es indicativa de un actuar oficioso.

Respecto del documento en donde el acusado indica que su actuación obedeció a "*peticiones elevadas por los docentes hoy aquí relacionados*" cabe señalar que, conforme las cosas se desarrollan normalmente, la alusión se muestra contraria a la verdad, en tanto las 101 peticiones deberían existir en los archivos y no ocurrió así. Por otra parte, tan escaso tiempo, un día en el que, de necesidad, igual debía ocuparse de diversas tareas propias de un gobernador, resultaba insuficiente para leer más de cien escritos, revisar la base de datos, verificar que en efecto se adeudaban esas prestaciones, desde cuándo, su monto y fecha en la que la administración se puso en mora, máxime que en ese mismo lapso hubo de ocuparse de hacer lo propio con los demás asuntos discriminados en las restantes constancias, certificaciones y transacción extraprocesal.

Resaltese que, sobre el asunto de las supuestas peticiones, las mismas no existían en los archivos oficiales y algunas pocas fueron aportadas por el abogado reconocido en las constancias o por el acusado, hecho que en sí mismo deriva cuestionable, como que esos documentos al ser ingresados a la entidad oficial adquirirían el carácter de públicos y debían estar a disposición de ésta, no de aquellos.

Por la misma vía, resultan de buen recibo los cuestionamientos que hace la Fiscalía a esas supuestas peticiones, pues las entregadas por SERNA CÓRDOBA, relacionadas con la posterior constancia de reconocimiento de acreencias a 12 personas, no tienen ni fecha de creación ni nota de recibido (folio 220, cuaderno 16 anexos), lo que las

muestra en extremo sospechosas, esto es, contrarias a la verdad.

Argumentos similares caben respecto del escrito presentado por el abogado LEMOS OREJUELA como una "*Reclamación administrativa*", en donde solicitó se reconocieran prestaciones sociales a varias personas (VIOLETA AYALA, CARMEN MORENO, PATRICIA OBREGÓN, RUBY PALACIOS, DORIS ANDRADE, ANA PALACIOS, ROSA CÓRDOBA, YARLEY RAMÍREZ, REINEIRA GÓMEZ, BRAULIO LERMAM, EULOGIO GAMBOA, LUCY PALACIOS y JULIO MOSQUERA, cuaderno 2 anexos) y sucede que ninguno de los mencionados corresponde a los diversos actos censurados. Como ese documento no es antecedente de ninguna de las constancias investigadas, se infiere que solo fue utilizado a modo de distractor.

En inspección practicada el 26 de abril de 2017, en el Tribunal Superior de Quibdó, a una acción de tutela instaurada por el entonces gobernador PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA en contra del Juzgado 1° Laboral del Circuito, se allegaron los documentos que fueron utilizados como títulos ejecutivos, es decir, las constancias que SERNA CÓRDOBA expidió los días 31 de julio (que reconoció a 22 docentes el 75% de prima de navidad) y 1° de agosto (reconoció cesantías a 101 personas) de 2007 (cuaderno 37 de anexos, folio 8 cuaderno 12 de anexos).

Como supuesto soporte de esas dos constancias, se allegó escrito recibido el 31 de julio de 2007 (folio 8, cuaderno 12 de anexos) en donde el abogado LEMOS OREJUELA solicitó al

gobernador acusado certificar *"la acreencia laboral que por concepto de cesantías se les adeuda a mis poderdantes y de igual forma la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, en ocasión de haber laborado como docentes... en el periodo comprendido entre enero de 2003 hasta julio 31 de 2004"*; esta petición incluyó un listado de 101 personas.

En esas condiciones, por aludir a 101 docentes, la solicitud del abogado haría relación exclusivamente con la constancia del 1° de agosto, no así con la del 31 de julio, de donde surge ilegal el procedimiento, en tanto las dos constancias fueron utilizadas como título ejecutivo, cuando la última no tenía nexo alguno con el asunto reclamado.

En ninguno de los supuestos pedimentos allegados se hace mención a las pruebas documentales que demostraran la concreción de los derechos reclamados. Lo propio sucedió con los escritos elaborados y suscritos por SERNA CÓRDOBA, en tanto no señaló, como se imponía, con qué medios probatorios se acreditaba la existencia de esos derechos.

iii) Le asiste razón a la acusación cuando reprocha la expedición de los apresurados actos por parte de SERNA CÓRDOBA, porque, de ser ciertas sus excusas de que solo pretendió beneficiar al departamento, contraría tal lógica que elaborase constancias, certificaciones y transacción, reconociendo prestaciones y sanciones moratorias (varias de las cuales la propia administración estaba cuestionando ante los jueces), pero que, a la par, se abstuviera de realizar los actos necesarios para concretar los pagos cuyas obligaciones

reconoció, pues no hacerlo solo significó una carga en contra del patrimonio oficial, en tanto "*creó títulos ejecutivos*" sobre acreencias que no estaban del todo probadas y al no hacer nada para cancelarlas generó la probabilidad de juicios gravosos para el ente territorial.

iv) De conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, vigente por entonces (Ley 111 de 1996, artículo 71), se imponía el deber al ordenador del gasto (el gobernador acusado lo era), previo a expedir cualquier acto en donde reconociera obligaciones a cargo del departamento, de pedir, y lograr, el certificado de disponibilidad y el registro presupuestal.

El acusado contrarió, de manera manifiesta, este mandato legal y no se puede admitir su excusa y la de su apoderada respecto de que ello no era necesario, en tanto el dinero que se pagó estaba representado en un título de depósito judicial. Lo anterior solo sucedió con uno de los 5 documentos ilegales, luego es claro que respecto de los restantes la censura resulta de buen recibo.

Tampoco es aceptable la postulación de que no se admitió ninguna acreencia, en tanto solo se expidieron constancias o certificaciones sobre derechos existentes, por cuanto la literalidad de los documentos, sin mayor esfuerzo, demuestra lo contrario: reconoció cesantías, sanciones moratorias y transigió un proceso litigioso, esto es, como gobernador, como ordenador del gasto, hizo expresa manifestación a la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del ente

territorial, por lo cual se utilizaron como títulos ejecutivos, con independencia de que algunos de los jueces llamados a engaño admitiera la excepción de fondo sobre que ese título carecía de idoneidad.

La parte defendida alega que no se reconoció derecho alguno, pero paradójicamente una de las constancias sobre sanción moratoria se soportó en un documento similar, la constancia que en el año 2005 expidió el entonces gobernador CALIMEÑO MENA, luego es inexplicable que, si los documentos expedidos por SERNA CÓRDOBA no tenían connotación de reconocimiento ni, por tato, de título ejecutivo, hubiera acudido a uno del año 2005 al que sí le dio ese carácter.

Por lo demás, en al menos dos de los escritos (constancia del 31 de julio, sobre 22 personas, y constancia del 1° de agosto respecto de 122 personas), el gobernador SERNA CÓRDOBA reconoció personería al abogado LEMOS OREJUELA *"para que ejerza las acciones correspondientes"*, expresión del acusado que no admite discusión: reconoció acreencias y expidió títulos ejecutivos, al punto que en ellos autorizó que se acudiera a ejercer las acciones correspondientes para su cobro.

v) El abogado LEMOS OREJUELA acudió a declarar en el juicio y, en la línea que se trata, era de esperar que respaldara los asertos del procesado, pero su dicho es interesado y, por ende, poco veraz, como que de lo analizado deriva que, al parecer, se confabuló con SERNA CÓRDOBA para los actos irregulares.

Nótese cómo refiere que el exgobernador dio respuesta a sus peticiones luego de varios días, cuando lo cierto es que todo se realizó en una sola jornada. Por la misma vía, se tiene que, curiosamente, el testigo trata de eludir el tema de las personas vinculadas por prestación de servicios (que no tenían derecho a prestaciones sociales ni, por ende, a sanción moratoria), cuando lo cierto es que se demostró cómo varias de aquellas por las cuales reclamó, fueron vinculadas por ese mecanismo.

Por lo demás, algunas de ellas habían demandado y logrado el reconocimiento del contrato realidad, de donde surge manifiesto su afán de no declarar lo realmente acaecido, a lo cual se adiciona que dijo haber contado con la documentación que apoyaba su dicho, la cual nunca se aportó a la actuación, siendo reiterativo en aseverar que sus clientes tenían derecho a esas prestaciones sociales, pero no explica cómo demostró que estaban vinculados laboralmente y no por prestación de servicios.

ROGER PASTOR MOSQUERA LOZANO, Secretario de Hacienda cuando el acusado cumplía como Secretario de Gobierno, si bien dejó dudas respecto de la existencia del comité de conciliación, sí advirtió que previo a emitir cualquier acto como los investigados en este juicio, se consultaba con la oficina jurídica o la secretaría respectiva. Cabe advertir que el señor MOSQUERA LOZANO acaba de ser condenado por haber incurrido en hechos idénticos a los que hoy ocupan la atención de la Sala y cometidos cuando cumplía como gobernador encargado (sentencia SEP004 del 25 de abril de 2022, radicado 49.793).

ÉMBER NICOLÁS CASTILLO PEREA, empleado de la Gobernación, declaró que desde que se vinculó a la entidad, enero de 2004, siempre existió el comité de conciliación, pero no supo si se reunía o no, pues nunca formó parte del mismo ni fue convocado a reuniones. Advirtió que cuando una persona solicitaba se le reconocieran acreencias, la petición se pasaba a tesorería para que verificara si se le adeudaba o no, elaboraba la cuenta y a través de la Secretaría de Hacienda se remitía al gobernador para su firma.

HERNÁN JULIO MOSQUERA PÉREZ, empleado de la Secretaría de Educación, coincidió con el anterior. RODOLFO MURILLO GUZMÁN nada aportó en tanto no tuvo conocimiento de los hechos.

Las versiones reseñadas en nada desvirtúan el proceder irregular de SERNA CÓRDOBA; por el contrario, tienden a ratificarlo como que se describe que una solicitud del pago de acreencias debía pasar por la secretaria encargada y el área jurídica para verificar la legitimidad, redactar el documento respuesta y enviarlo al gobernador.

5.3. De cada uno de los escritos ilegales, cabe señalar:

i) En la constancia del 1° de agosto SERNA CÓRDOBA reconoció sanción moratoria a 62 docentes, a partir de 14 de septiembre de 2004. El procesado explicó (indagatoria del 21 de mayo de 2014) que se fundamentó en la inspección del 29 de marzo de 2007 practicada por el Juzgado 2° Laboral del

Circuito en la Gobernación y en el documento denominado "*Liquidación de cesantías, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de transporte, prima móvil, docentes enero 1 del 2003 a julio 31 del 2004 – Decreto 0430 julio 21/04*" (folio 3, cuaderno 2 anexos).

Al tenor de la legislación que el acusado debía aplicar, deriva que se exigía la preexistencia de un acto, debidamente ejecutoriado, que hubiese reconocido el derecho (cesantías en este caso), para, a partir de ahí, tener como cierto el momento de partida de la sanción moratoria. Por modo que, al no haberse proferido una resolución que reconociese el derecho a las cesantías, por obvias razones tampoco se sabía de su ejecutoria, siendo la fecha de esta la de inicio para disponer el pago de la mora.

Si, en aras de la discusión, al documento titulado "*Liquidación de cesantías...*" se le diera el alcance de acto de reconocimiento de prestaciones sociales, la conclusión sobre el tema tratado sería la misma, en la medida en que el mismo carece de fecha de expedición y, por ende, el acusado no contaba con un dato cierto para contabilizar el momento a partir del cual se hacía exigible esa acreencia, ni, por tanto, aquel desde el cual comenzaría a operar la sanción moratoria, de lo cual deriva que la decisión del acusado de reconocer la última a parir del 14 de septiembre 2004, surge arbitraria.

ii) En la constancia el 1° de agosto, mediante la cual el acusado reconoció cesantías definitivas a 101 personas, la contrariedad con la legislación igual se muestra manifiesta. En

efecto, como sustento de su decisión, el señor SERNA CÓRDOBA citó el Decreto 0430 del 21 de julio de 2004, con base en el cual reconoció a los docentes la sanción moratoria a partir del 14 de septiembre de 2004.

En efecto, el Decreto 0430 del 21 de julio de 2004, *“por medio del cual se declaran insubsistentes unos nombramientos provisionales de docentes”* (folio 18, cuaderno 23 de anexos), se limitó exclusivamente a eso: a la declaratoria de insubsistencia de algunos nombramientos; por parte alguna hizo referencia, siquiera táctica, al reconocimiento y orden de pago de cesantías, y resultando estas presupuesto necesario para ordenar el castigo por mora, mal podía el acusado disponer el reconocimiento de dicha sanción, en tanto ese acto no decretó pagar cesantías, luego ni se creó el derecho de la sanción, ni, menos, se podía contar con una fecha específica para iniciar su contabilización.

iii) En la certificación del 1° de agosto, en la que el acusado que concedió sanción moratoria a 12 personas, respecto de 7 de ellas (JORGE WISTON POTES MORENO, MARIBEL ASPRILLA BUENAVENTURA, JAIME CASTILLO HURTADO, WILSON WILLINTON LEDEZMA GRACIA, HILSON ANTONIO MOSQUERA CÓRDOBA, MIGUEL ÁNGEL CASTILLO HURTADO y FRANCISCO TORRES HURTADO), la autoridad judicial competente no había reconocido que tuviesen derecho a prestaciones sociales, lo cual hace que el acto sea contrario a la ley de manera manifiesta.

Lo anterior, por cuanto la vinculación de esas personas se dio mediante contratos de prestación de servicios y es claro que en tales casos no hay lugar al pago de prestaciones sociales, en tanto ello solo está dado cuando se trata de relaciones laborales. Por modo que, en el supuesto de que las personas considerasen que se estaba ante un "contrato realidad" de carácter laboral, contrario al de prestación de servicios, que sería "ficticio", ello ha debido ser reclamado ante el juez competente, como sucedió con las señaladas en el anterior apartado, quienes por vía judicial lograron que se reconociera que a pesar de estar vinculadas por prestación de servicios, existía un contrato realidad (laboral) y, por contera, su derecho a prestaciones sociales (folios 1 cuaderno 19 de anexos, 1 cuaderno 22 de anexos).

Sólo cuando el juzgador, mediante decisión en firme, hubiese declarado la existencia de un contrato laboral, que no de prestación de servicios, habría lugar a disponer el pago de prestaciones sociales (específicamente cesantías) y, por contera, de la sanción moratoria en el supuesto de que no se cumpliera con aquel.

Si en forma apresurada el acusado no supeditó su certificación a lo anterior, es claro que contrarió la ley de manera manifiesta, en tanto no podía decidir, sin más, sin siquiera una somera constatación, mudar lo que evidenciaban los documentos, esto es, que se trataba de contratos de prestación de servicios, donde no hay lugar a cesantías, para disponer el pago de un castigo que tiene como presupuesto necesario el reconocimiento de aquellas. Por lo demás, si ese

era su criterio, así ha debido plasmarlo en la certificación, pero no lo hizo.

En los anteriores términos las excusas de SERNA CÓRDOBA en su indagatoria del 26 de noviembre de 2010 (folios 86 cuaderno 16 de anexos), en las que insisten él y su defensora en sus alegatos, resultan inadmisibles y, por el contrario, evidencian el claro propósito de aquel de contrariar la ley. En efecto, allí expuso que le quedó *"claro que estas personas pese a su vinculación a través de órdenes de prestación de servicios reunían los tres elementos esenciales para que se configure y cristalice verdadero contrato de trabajo, como eran que cumplían horario, estaban subordinados a un jefe y recibían un salario"*.

Resáltese que, siendo el jefe de la administración, esto es, ocupaba el mismo cargo de quien realizó esos contratos de prestación de servicios, sin más, por su voluntad alejada de cualquier respaldo probatorio o jurídico, dispuso desconocer la literalidad de tales convenios para hacer las veces de juez y decretar que esos contratos eran ficticios (de prestación de servicios) y que había *"contratos realidad"* (laborales). Una labor de verificación (para la cual contaba con tiempo suficiente), le hubiese permitido constatar que 5 de esas personas acudieron a la vía judicial para lograr una decisión en el sentido de que se trata, lo que demuestra, además de sus conocimientos como abogado, que solo un juez podía mudar la condición del contrato realmente suscrito.

Por lo demás, si su criterio era el expuesto en los descargos, lo mínimo que ha debido hacer en la certificación, era plasmar aquellos argumentos, pero no lo hizo, en el afán de desconocer lo evidente y crear cargas inexistentes para el departamento.

En la misma certificación se reconoció sanción moratoria, a partir de 3 de julio de 2005, a HENNY ASTRID RENTERÍA RIVAS, MATILDE MOSQUERA RÍOS, BETSY CÓRDOBA MENA, HEYDI BECHARA ARRIAGA e ISTINA VALOYES WALDO, pero las pruebas demuestran, sin que exista duda al respecto, que esa deuda no existía, porque las acreencias de las dos primeras (ASTRID RENTERÍA y MATILDE MOSQUERA) fueron canceladas dentro del proceso ejecutivo laboral 2004-01311, en el cual, mediante auto del 13 de mayo de 2005 (esto es, anterior a la fecha dispuesta por el acusado), se declaró la terminación del juicio por pago total de la obligación (folio 138 cuaderno 19 de anexos).

Sobre las otras tres personas (BETSY CÓRDOBA, HEYDI BECHARA e ISTINA VALOYES), ocurrió otro tanto, pues sus prestaciones sociales fueron reconocidas y canceladas dentro del proceso ejecutivo laboral 2005-00047, que terminó con auto del 9 de noviembre de 2006, de nuevo, por pago total de la obligación (folios 136 cuaderno 19 de anexos, 301 cuaderno 20 de anexos).

Resáltese, entonces, que con antelación a la certificación expedida por SERNA CÓRDOBA, las prestaciones sociales de las docentes señaladas habían sido cobradas y canceladas, de

donde deriva ilegal que se dispusiera el pago de sanción moratoria, como que esta solo tiene lugar cuando aquel no se hubiese realizado, con lo cual el acto censurado deriva contrario al ordenamiento jurídico de manera patente, en tanto en forma mentirosa se hizo constar la existencia de la acreencia, además de disponer el castigo moratorio desde el 3 de julio de 2005, cuando respecto de por lo menos dos de las profesoras sus cesantías les fueron entregadas con antelación a esa fecha, y a todas se les cumplió mucho antes de que SERNA CÓRDOBA elaborara y suscribiera la certificación.

La postura del señor SERNA CÓRDOBA respecto de que no hizo reconocimiento alguno, en la que se insiste en los alegatos finales de la parte defendida, sino que simplemente expidió una certificación (o constancia en los casos anteriores), no resulta admisible, en tanto, haciendo eco de su excusa, la sanción moratoria solo podía darse a partir de la existencia de una resolución que decretara el pago de cesantías. Y ello no sucedió, pues en su certificación, de manera expresa dice *"reconocer... la correspondiente sanción moratoria"* y lo hace a partir de un documento similar, esto es, certificación, que no resolución, que el 31 de mayo de 2005 había librado el gobernador de entonces.

Por manera que, si una certificación no tenía el carácter de reconocimiento, mal podía haberse sustentado en otra idéntica (la de mayo de 2005) para reconocer el castigo por mora. Además, no se encuentra sustento probatorio ni legal alguno (ni siquiera una palabra de fundamento) para haber establecido que el reconocimiento de la sanción moratoria

operaba *"a partir del día 14 de septiembre de 2004"*, pues no se explica cómo se contabilizó para llegar a esa fecha.

Por la misma vía debe tenerse su explicación en indagatoria (folio 171, cuaderno 16 de anexos) en la que se insiste en los alegatos, relativa a que expidió su certificación con sustento en la presunción de legalidad del acto administrativo anterior (la certificación de mayo del 2005). Así, es claro, que tuvo la última como un acto administrativo válido, luego no se entiende que a las suyas pretenda quitarles tal carácter.

Además, un abogado tiene claro que la presunción de legalidad admite prueba en contrario. Y bastaba una revisión somera del documento base (el del 31 de mayo de 2005) para inferir su poca o nula conformidad con la ley, como que no especificó normas ni pruebas que acreditaran los reconocimientos hechos, nada se dijo sobre el nexo existente (contrato de prestación de servicios o laboral), no mencionó los documentos soporte del salario, de las fechas de vinculación, de tiempo de servicio, en fin, adolece de las mismas irregularidades que las certificaciones expedidas por SERNA CÓRDOBA. Luego si el documento que sirvió de fuente para disponer la sanción moratoria presentaba tantas falencias, mal podía asumirse como irrefutable su pretendida presunción de legalidad.

iv) La transacción extraprocesal del 31 de julio de 2007, igual surge contraria a la ley de manera evidente, como que, al disponer pagos a cargo del erario no se previó, como era deber

ineludible, la disponibilidad presupuestal, pero, más grave aún, el gobernador transó un millonario litigio a pesar de que dentro del juicio la propia entidad estaba cuestionando, a través de excepciones, la legitimidad del título que sirvió de soporte para el proceso ejecutivo, en tanto se planteó *"la ineficacia del título presentado para el recaudo ejecutivo"* (folios 88 y siguientes, cuaderno 3 anexos).

El actuar se muestra arbitrario, como que siendo gobernador encargado por escasos 3 días y habiendo sido el titular el que decidió oponerse al juicio laboral con la aludida excepción de fondo, contando además con suficiente tiempo para decantar el asunto, de necesidad ha debido diferir el tema para que lo resolviera ese titular. No lo hizo y, por el contrario, en contra del querer del gobernador titular decidió transar obligaciones afectando de manera considerable el patrimonio oficial, cuando la acreencia no resultaba clara, en tanto la propia gobernación la había cuestionado en el juicio ejecutivo.

En las condiciones señaladas resultaba de buen recibo el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil entonces vigente, conforme con el cual transacciones de ese tipo solo las podía celebrar el representante del departamento que, en los términos señalados, ante los escasos días que duraba el encargo del acusado, lo era el gobernador titular. Por ello, SERNA CÓRDOBA ha debido abstenerse de resolver ese tema, para que lo hiciera el gobernador; haber procedido de manera contraria, por demás excesivamente apresurada, denota lo arbitrario del comportamiento.

Asiste razón al acusado al señalar que no puede imputarse en su contra el que previo a expedir el documento de transacción no acudiera a pedir un concepto al "comité de conciliación", pues de las versiones de JAIME PINO LOZANO y JACKSON VARGAS CAICEDO, asesores jurídicos de la gobernación, unida la del procesado, no surge claridad sobre si tal instituto preexistía para el momento del hecho o fue creado con posterioridad.

Pero el último advirtió que tratándose de ese tipo de temas el titular del departamento lo facultaba, confiriéndole poder, para actuar en los procesos respectivos con instrucciones precisas de que analizara en qué asuntos se podía conciliar o no, habiendo puesto de presente que en el asunto de la transacción del 31 de julio no ocurrió tal cosa, además de que el documento no se elaboró en la oficina jurídica, como se esperaría (aclara la Sala) sucediera tratándose de un tema de esa envergadura.

En contra de la posición de SERNA CÓRDOBA respecto de haber procedido a elaborar esa transacción tras considerar que se estaba ante derechos evidentes (ampliación de indagatoria del 15 de marzo de 2016, folio 240, cuaderno 3 de la Fiscalía), la forma apresurada en que actuó, elaborar y suscribir el documento casi que a escondidas con el abogado y sin consultar a su oficina jurídica o permitir que esta redactara el escrito, demuestra un comportamiento claro de evadir la ley de manera arbitraria.

5.4. En esas condiciones, como el acusado expidió 3 constancias, una certificación y una transacción extraprocesal, a voces del artículo 31 del Código Penal incurrió en un concurso de 5 delitos de prevaricato por acción, de los cuales surge probado que es autor (artículo 29), en tanto él mismo realizó las conductas punibles, como que elaboró y suscribió tales escritos, además de que uno de ellos personalmente lo presentó ante la autoridad judicial.

6. La falsedad ideológica en documento público

Del artículo 286 penal surge que incurre en ese comportamiento el servidor público que, en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad.

La acusación deriva ese delito de (i) la certificación del 1° de agosto de 2007, mediante la cual se reconoció sanción moratoria a 12 personas, y (ii) de la transacción extraprocesal del 31 de julio. Respecto de la primera, señala que se consignaron hechos mentirosos consistentes en que sobre 5 personas (HENNY RENTERÍA, MATILDE MOSQUERA, BETSY CÓRDOBA, HEYDI BECHARA e ISTINA VALOYES) se dijo que no se les habían cancelado las cesantías y se imponía el pago de sanción moratoria, lo cual, como ya se vio, es contrario a la verdad.

En la transacción se dice que se faltó a la verdad al incluirse a LUDY DEL SOCORRO MENA GUERRERO, cuando

la misma no estaba relacionada como acreedora de cesantías en el juicio que se transigió.

La Sala no se ocupará del reclamo del señor SERNA CÓRDOBA relativo a que sobre la persona en cita no se escribió mentira alguna, sino que se trata de un error en el nombre. Y no hará tal cosa, por cuanto, en un todo de acuerdo con la representante del Ministerio Público, resulta evidente que, en el caso juzgado, al imputarse los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, surge un concurso aparente de tipos penales que, en aplicación del principio de consunción, debe resolverse en favor del primero.

En efecto, los hechos mentirosos estructurantes de la falsedad consisten en que se plasmaron las específicas mentiras señaladas. Y ocurre que el prevaricato comporta que lo dicho en los actos censurados resulta manifiestamente contrario a la ley o a las pruebas.

En ese contexto, las expresiones manifiestamente ilegales de los documentos, en esencia constituyen aseveraciones contrarias a la verdad. Así, no solo en los temas puntuales citados por la acusación, sino en todos los que se han reseñado en esta sentencia, los actos que son ilegales de manera arbitraria, protuberante, en lo sustancial igual estructuran mentiras, como que reconocer acreencias inexistentes (cesantías, sanción moratoria), a la par que contraría la ley de manera evidente, comportan aseveraciones contrarias a la verdad.

Por manera que el comportamiento investigado recorre los elementos de los dos tipos penales señalados y, en aplicación del principio non bis in ídem, esto es, que un solo hecho no puede dar lugar a dos reproches penales, solo puede juzgarse por uno.

En el caso presente se tiene que las mentiras plasmadas en los documentos se recogen en el tipo penal del prevaricato que, así, contiene una mayor riqueza descriptiva, en tanto, más allá de escribir cosas contrarias a la verdad, lo sucedido evidencia que el querer era contrariar la ley de manera manifiesta, contexto dentro del cual el prevaricato consume en su descripción todos los aspectos de que trata la falsedad.

En criterio que se comparte de manera integral, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar en donde concluyó en la tipificación del delito de prevaricato, aclaró (sentencia SP11015 del 10 de agosto de 2016, radicado 47.660):

“Ahora bien, en principio podría pensarse que esa conducta también encuadra en la descripción que del delito de falsedad ideológica en documento público hiciere el legislador en el artículo 286 del Código Penal, pues, se trata de un funcionario público... que extendió un documento público que puede servir de prueba... en el cual consignó unas falsedades..., sin embargo, cada uno de estos elementos son integrantes de una figura delictiva especial –prevaricato por acción-, de mayor riqueza descriptiva, cuyo juicio de desvalor consume el del otro

El anterior análisis obliga concluir que, cuando un servidor público profiera un dictamen, resolución o concepto, realizando apreciaciones probatorias sesgadas u opuestas a la realidad del proceso, que propendan por otorgar una apariencia de

adecuada motivación a lo que en últimas constituye un pronunciamiento injusto y manifiestamente contrario a la ley, estará incurriendo, al menos objetivamente, en el delito de prevaricato por acción, presentándose un concurso aparente con el delito de falsedad ideológica en documento público, que se resuelve por el principio de consunción, pues, el desvalor del delito de prevaricato por acción consume el desvalor del delito de falsedad ideológica en documento público, bajo el entendido que este último se integra al anterior...

En concordancia con lo dicho, evidente que efectivamente el acusado debió haber sido absuelto por el delito de falsedad ideológica en documento público, aunque por razones distintas a las expresadas en el fallo de primera instancia, se confirmará también dicha absolución”.

Consecuente con esos argumentos, la decisión será la de absolver al señor SERNA CÓRDOBA del cargo de falsedad ideológica en documento público.

7. El fraude procesal

A voces de la norma y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal surgen como elementos del tipo: i) el empleo de un medio fraudulento, (ii) que con éste se induzca en error a un servidor público, (ii) que se haga con el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, y, (iv) que el medio empleado tenga capacidad de inducir en error al servidor público (confrontar: sentencia SP80434 del 24 de junio de 2015, radicado 41.685).

Igual debe precisarse que lo que tipifica el comportamiento es la capacidad de inducir en error al servidor público, con independencia de que finalmente se logre o no la expedición de la sentencia ilegal, de tal manera que si esta se

profiere de manera legítima el delito se consuma, en tanto *“para el efecto solo se requiere, como fácilmente se colige de su simple lectura, que se produzca la inducción en error para obtener la decisión ilegal, y no que esta decisión contraria a la ley efectivamente se produzca”* (Corte Constitucional, sentencia C-1164, del 6 de septiembre de 2000).

Para la acusación, la comisión de este comportamiento deriva del uso que se dio a la certificación del 1° de agosto (que reconoció sanción moratoria a 12 docentes) y la transacción extraprocesal del 31 de julio, que fueron empleados en los procesos ejecutivos 2009-00256, para el cual la certificación se hizo valer como título ejecutivo, y 2007-00199, que culminó por el aporte de la transacción, trámite este en el que SERNA CÓRDOBA acudió personalmente a la oficina judicial a presentar el escrito.

Ya se dijo que en los dos documentos el acusado plasmó hechos contrarios a la verdad, de tal manera que si los juzgadores impulsaron los juicios con sustento en ellos, de necesidad surge que los mentirosos escritos se utilizaron a modo de medios fraudulentos, en tanto los jueces civiles actuaron a partir de documentos en los que se les presentaron hechos contrarios a la realidad, de donde deriva irrefutable que fueron inducidos en error, yerro que los condujo a adoptar decisiones en contra de los recursos oficiales, pues en el primero se libró mandamiento de pago el 25 de agosto de 2009 y, en el segundo, se dio por finalizado el trámite el 31 de julio de 2007 por pago total de la obligación (folio 69 cuaderno 17 de anexos).

Cabe señalar que si bien resulta claro que fueron dos documentos los empleados fraudulentamente y que lograron impulsar dos procesos judiciales, lo cierto es que la acusación no imputó el concurso de dos delitos de fraude procesal, como sí hizo en relación con el prevaricato.

En esas condiciones, la Sala hará referencia al fraude procesal como un solo delito, en el entendido de que los dos actos se subsumen en una sola conducta, a modo de unidad de acción, concepto sobre el cual la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal tiene dicho (sentencia SP2339 del 1° de julio de 2020, radicado 51.444):

“Es así que, en ocasiones, el actor ejecuta un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas, perfectamente escindibles o autónomas, respecto de las cuales no existe unidad de acción, entendida esta como la realización de una misma acción –una o varias conductas- u omisión dentro de igual contexto (espacio-temporal) e idéntico objetivo o finalidad voluntaria, dando lugar, en esas circunstancias, a un mismo tipo penal o a varios (concurso material o real –homogéneo o heterogéneo-), de tal suerte que será indispensable la aplicación del artículo 31 del Código Penal.

En otros eventos, el comportamiento penalmente relevante desplegado por el agente, en un contexto de unidad de acción, se identifica, al tiempo, con varios supuestos de hecho -múltiple desvaloración penal de la conducta- (concurso ideal); es decir, un mismo hecho da lugar a dos o más delitos.

Ahora, cuando se tiene la percepción equivocada de que se ha incurrido en un concurso ideal porque dos tipos penales parecen regir por igual un comportamiento criminal, en la medida que, bajo el presupuesto de unidad de acción, la conducta, en realidad, se ajusta, formal y

materialmente al desvalor de un solo injusto, se descende al ámbito del concurso aparente o impropio de tipos”.

Con independencia de si en el caso concreto se cumplen en su integridad tales lineamientos, lo cierto es que cabe la figura, en tanto solo hubo acusación por un delito, de donde surge que hay lugar a pregonar la unidad de acción porque si bien se realizaron dos conductas escindibles, lo cierto es que estaban cobijadas por un solo propósito: favorecer a terceros, permitiendo que a partir de documentos mentirosos expedidos por el mismo sujeto activo, casi que en idénticas circunstancias de tiempo, modo y lugar, se apropiasen de los recursos del departamento.

8. El peculado por apropiación

La Fiscalía formuló cargo por este delito, en el entendido de que la apropiación se realizó a favor de terceros. Como elementos este tipo penal exige un sujeto activo calificado (servidor público), que abuse de su cargo o función y que se apropie de los bienes oficiales o permita que otro lo haga. Sobre el particular, la Sala de Casación Penal viene enseñando (sentencia SP2339 del 1° de julio de 2020, radicado 51.444):

“Del texto legal, se deduce que este injusto objetivamente está compuesto por: i) sujeto activo cualificado ii) verbo rector “apropiar” iii) sujeto pasivo cualificado: el Estado iv) objeto material real y, v) resultado material.

Ahora bien, tratándose de un tipo penal especial, sobre el autor de este ilícito recae una doble cualificación, puesto que debe ser servidor público, pero, además, ejercer disponibilidad funcional sobre el objeto material.

En efecto, el servidor público debe reflejar, en sus competencias, la proximidad funcional con el bien, para que se satisfagan las exigencias objetivas del peculado por apropiación, respecto al particular tratamiento del autor

Ciertamente, frente a la posición especial que el agente ejerce sobre el bien objeto de apropiación, la Corte ha referido lo siguiente (CSJ, SP364 21 feb. 2018, rad. 51142):

Para la configuración del delito en mención, es necesario que concurra en el agente la calidad de servidor público, que tenga la potestad, material o jurídica, de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que desempeña y finalmente, que el acto de apropiación sea en provecho propio o a favor de un tercero, lo que lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

De este modo, la potestad de disponer del bien se edifica en dos sentidos; uno material y otro jurídico, el primero, se asimila a la simple constatación empírica de poder usar o manipular el objeto y, el segundo, requiere de un proceso de abstracción, en virtud del cual se analiza el dominio o autoridad que el agente ejerce respecto a la cosa.

Ahora, en cuanto a la disponibilidad jurídica, esta Corporación ha enfatizado que, ella se predica de los servidores públicos frente a los bienes oficiales y que la misma está «vinculada al ejercicio de sus deberes funcionales que por razón de sus competencias los hacía garantes de los recursos públicos, elementos propios del punible de peculado.» (CSJ, SP4490 10 oct. 2018, rad. 52269).

Se entiende, entonces, que ambas manifestaciones de la disponibilidad funcional satisfacen la exacción típica, sin que sean excluyentes entre sí. Es así como, este factor se anexa a la cualificación de servidor público y, ambos elementos deben concurrir para rotular a una persona como autora del ilícito de peculado por apropiación.

Claramente, es más amplia y comprensiva la interpretación de la disponibilidad jurídica en los casos en que existe una distribución de funciones en pro de la custodia y administración de los bienes, pues, en estos eventos, no radica en un funcionario el gobierno sobre ellos, sino que, por el contrario, una amalgama de servidores es la que se suma en su cuidado desde las funciones propias de cada cargo".

Ya se dejó demostrado que para el momento en que el señor SERNA CÓRDOBA expidió los documentos censurados, ejercía las funciones de gobernador encargado del departamento del Chocó, condición que le confería el carácter de ordenador del gasto, con lo cual ostentaba la disponibilidad jurídica y material de los recursos del ente territorial.

Las constancias expedidas sirvieron de soporte, a modo de títulos ejecutivos, para iniciar procesos judiciales en los cuales se dispuso el pago a terceros de sumas provenientes del departamento, y con la transacción se permitió culminar otro juicio en donde el propio ente demandado había cuestionado la idoneidad del título; con la última decisión, los terceros se apropiaron de dineros consignados en un título de depósito judicial que representaba sumas igualmente de propiedad del departamento. Esos pagos resultan ilegales, en la medida en que, como ya se demostró, los derechos certificados por el acusado resultaron ilegítimos.

Con fundamento en las certificaciones, en los juicios ejecutivos al abogado EDWARD ALEXÁNDER LEMOS OREJUELA le fueron emitidas órdenes de pago por las siguientes sumas:

Dentro del proceso 2007-00530: \$484.716.167,88 y \$1.185.564.278(folio 97, cuaderno 37 de anexos); en el 2008-00050: \$33.871.403, \$38.101.061, \$102.092.799, \$39.120.273, \$198.902.175 y \$1.086.162.189,50 (folio 8, cuaderno 37 de anexos).

Con fundamento en la transacción, en el proceso 2007-00199, la suma de \$100.000.000,88 (folio 96 cuaderno 37 de anexos).

En pago de esas sumas estructura el delito consumado de peculado por apropiación.

Ahora. Dentro del proceso civil 2009-00256, iniciado con fundamento en la certificación del 1° de agosto, mediante el cual SERNA CÓRDOBA reconoció sanción moratoria a 12 personas, la conducta se estructura a través del dispositivo amplificador de la tentativa (artículo 27 del Código Penal).

En efecto, con la expedición de la certificación y su introducción en la administración de justicia para iniciar un proceso ejecutivo, se realizaron actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación (tanto que, incluso, se libró mandamiento de pago y se decretaron medidas previas), cual era que los terceros señalados por el acusado en su documento se apropiaran de dineros oficiales.

No obstante, las pretensiones no se concretaron, en tanto prosperó la excepción respecto de que el título ejecutivo no era idóneo, lo que significó que el dinero finalmente no fuera

apropiado. Dado que lo último, esto es, la no consumación de la conducta, fue ajeno al querer del agente activo, el delito se imputa en la modalidad de tentativa.

En este supuesto se podría estructurar un concurso de delitos de peculado por apropiación, tres consumados, y uno en modalidad tentada. No obstante, como acaeció en el caso del fraude procesal, en el supuesto ahora analizado sucedió otro tanto: la acusación no imputó la concurrencia, por lo cual, a modo de unidad de acción, solo se hará referencia a un comportamiento, máxime que para la tipicidad el pliego de cargos hizo una sola adecuación al inciso 2° del artículo 397 penal, deduciendo la agravante de mayor cuantía, para lo cual sumó todos los montos pagados (incluso el alusivo a la tentativa) y llegó a una sola cifra de \$3.900.518.102,26, lo que ratifica que hizo el cargo como un todo.

La tipicidad subjetiva

1. Ya se dijo que los delitos juzgados exigen el dolo como modalidad de conducta punible. En esas condiciones, se impone que el agente obre con conciencia y voluntad, que conozca los hechos constitutivos de la infracción y quiera su realización; se requiere, entonces, la demostración de que al realizar el comportamiento se pusieron en movimiento las esferas cognoscitiva y volitiva.

2. La mayoría de las veces para la acreditación del dolo no surge prueba directa, en tanto la intención del agente solo la conoce él mismo, luego, salvo la confesión, resulta poco

probable lograr una evidencia de esas características, lo cual impone que ese elemento intencional se deduzca a partir de inferencias, de prueba indirecta que permita colegir el factor subjetivo de esa forma de conducta punible.

Como se demostró en apartados anteriores, los días 31 de julio y 1° de agosto de 2007 el señor MODESTO SERNA CÓRDOBA, como gobernador encargado, expidió 3 constancias, una certificación y una transacción extraprocesal, manifiestamente contrarias a la ley, con lo cual habilitó que, utilizados algunos de tales documentos, bien a modo de títulos ejecutivos, o para lograrla culminación de un juicio, se impulsaran procesos judiciales para el cobro de las acreencias allí reconocidas, facilitando que terceros (los beneficiarios de sus escritos) se apropiaran de recursos del ente territorial.

De las palabras del acusado deriva que era abogado, con amplia experiencia como funcionario en el sector público, de manera tal que le era fácil verificar que las pretensiones de los peticionarios (si es que en verdad hubo solicitudes) no tenían sustento probatorio ni legal, además de que contaba con tiempo suficiente para realizar procesos de constatación, lo que no hizo.

Tampoco acudió a asesorarse en su oficina jurídica, cuya razón de ser es esa precisamente, además de que era lo usual cuando se trataba de esos asuntos y, por el contrario, en oposición a como las cosas se desarrollan normalmente, fue directamente él (no sus subalternos) quien recibió los supuestos reclamos y de manera extremadamente presurosa

decidió no acatar los plazos legales, como tampoco diferir el asunto para que fuera resuelto por el titular de la entidad, resolviendo él sin verificar la realidad de los derechos reclamados (la cantidad de peticionarios tornaba imposible que en un solo día revisara todos los aspectos).

Su condición profesional le hacía exigible que conociera que un contrato de prestación de servicios no generaba pago de cesantías ni, por contera, el de sanción moratoria por no cancelar aquellas, y que solo un juez podría mutar ese convenio en uno laboral.

Si actuó de esa forma, en contra de lo que la ley y el sentido común indicaban, se infiere con claridad que actuó con conciencia y voluntad, lo cual se ratifica cuando se observa que, so pretexto de favorecer a la entidad departamental, lo que en verdad hizo fue perjudicarla, en cuanto al expedir constancias que concretaban derechos (dudosos o discutibles), pero no garantizar recursos para su pago, habilitó las vías para reclamaciones judiciales, con los costos que ello generaba.

El acusado, servidor público con amplia trayectoria en el sector, abogado de profesión, sabía que al expedir documentos oficiales tenía el deber jurídico de presentar los hechos en forma coincidente con la realidad. Al faltar a esa obligación y oficializar asuntos mentirosos que luego fueron llevados ante el juez, quien, prevalido de los mismos, dispuso pagos de lo que no se debía, surge irrefutable que actuó con conciencia y voluntad.

La antijuridicidad

1. Las conductas cometidas, que ya se demostró son típicas objetiva y subjetivamente en los términos del artículo 10 del Código Penal, en la medida en que se ubican de manera inequívoca, expresa y clara en las normas que definen los delitos enunciados, también son antijurídicas (artículo 11 *ibidem*), como que de manera real y efectiva lesionaron bienes jurídicos protegidos por el legislador penal, sin que se hubiere demostrado causal alguna de exoneración de responsabilidad.

2. Las conductas cometidas afectaron postulados amparados desde la Constitución Política como la igualdad, moralidad, eficacia, celeridad e imparcialidad, los cuales orientan el cumplimiento de la función pública (artículo 209); igual lo hicieron con principios como los de la buena fe, eficiencia y participación que deben regir la función administrativa (preámbulo y artículo 2º de la Constitución y Ley 489 de 1998, artículo 3).

Todos estos postulados son aplicables para la protección de los dineros públicos y fueron elevados a bienes jurídicos protegidos por el Código Penal (Ley 599 del 2000), en su Parte Especial, Libro Segundo (*De los delitos en particular*), Título XV (*Delitos contra la Administración Pública*), Capítulo I (*Del peculado*) y Capítulo VII (*Del prevaricato*). Igual son aplicables tratándose del Título XVI (*Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia*), Capítulo VIII (*Del fraude procesal y otras infracciones*).

La culpabilidad

1. De la postura del señor SERNA CÓRDOBA al realizar los actos de que se lo acusa, deriva que es culpable (artículo 12 del Código Penal), por cuanto (i) en el momento de ejecutar las conductas típicas y antijurídicas tenía plena capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión (artículo 33 del Código Penal), de donde surge que es imputable, cuando, además, ni siquiera se ha insinuado lo contrario.

(ii) De su formación académica, de su experiencia profesional y de sus propios descargos se desprende, a la vez, que tenía conocimiento preciso de la antijuridicidad de su conducta, elementos que permiten inferir que (iii) en forma válida podía exigírsele un comportamiento diverso ajustado a derecho, pero voluntariamente decidió alejarse del mismo y contrariar la ley, por lo cual debe formularse un juicio de reproche como responsable del concurso de delitos señalado, cuando, de otra parte, dentro del proceso no se demostró ninguna de las causales que, en los términos del artículo 32 del Código Penal, excluyen la responsabilidad.

2. En esas condiciones, a partir del análisis de las pruebas allegadas, se tienen por satisfechas las exigencias del inciso 2º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, acogiendo en lo esencial los planteamientos de la Fiscalía y el Ministerio Público, se impone proferir sentencia de condena en contra de MODESTO SERNA CÓRDOBA.

De las penas

1. La comisión de los delitos demostrados exige la imposición de las penas previstas en la legislación, que respondan a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (artículo 3° del Código Penal) y que cumplen funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (artículo 4°). Las sanciones previstas en los tipos transgredidos deben dosificarse siguiendo las reglas de los artículos 60 y siguientes del Código Penal.

2. El pliego de cargos no dedujo ninguna circunstancia genérica de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 del Código Penal, de donde deriva que dentro del ámbito punitivo de que trata el artículo 61, esto es, de los cuatro cuartos en que debe dividirse el mismo, el juzgador ha de ubicarse en el inferior y para aplicar las reglas del concurso previstas en el artículo 31 debe dosificarse cada uno de los comportamientos, ejercicio que mostrará el que tenga mayor pena, el cual deberá tenerse como delito base para hacer los aumentos por la concurrencia.

No hay lugar a deducir la agravante del artículo 58.1 del Código Penal, por cuanto, a pesar de que la Fiscalía la mencionó en su alegato final, la misma no fue deducida fáctica, probatoria ni jurídicamente en la acusación y, en virtud del principio de congruencia, no puede imputarse en la sentencia, de donde deriva que, ante la inexistencia de causales de

agravación y, por el contrario, pudiéndose deducir la de menor punibilidad de la ausencia de antecedentes (artículo 55.1) en la medida de que no hay constancia de antecedentes penales contra el acusado, en el proceso de individualización de la sanción la Sala se ubicará en el primer cuarto

Se advierte, como ya se hizo, que por razones de legalidad preexistente las sanciones se fijarán en consideración a las normas vigentes en el momento de los hechos, sin que haya lugar al incremento genérico del artículo 14 de la Ley 890 del 2004.

Así, las penas de prisión previstas para cada uno de los tipos imputados son:

i) Peculado por apropiación (en favor de terceros, artículo 397 del Código Penal), de 6 a 15 años, pero como se dedujo el agravante del inciso 2º (la cuantía de lo apropiado supera los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007), la pena se aumenta hasta en la mitad, monto que según el artículo 60.2 se aplica al máximo de la infracción básica (mitad de 15 son 7.5 años, para un total de 22.5 años), con lo que el límite queda entre 6 y 22.5 años.

ii) Prevaricato por acción, de 3 a 8 años.

iii) Fraude procesal, de 4 a 8 años.

3. El proceso de dosificación arroja lo siguiente:

i) El peculado agravado por la cuantía tiene señalada pena de prisión de 6 a 22,5 años; la diferencia de estos topes arroja un ámbito de movilidad de 16,5 años, que se divide en 4 para establecer los cuatro cuartos; se llega a 4,125 años, de donde surge que el cuarto inferior va de 6 a 10,125 años, sin que sea necesario establecer los otros tres cuartos, pues ya se dijo que el juzgador debe ubicarse en el mínimo.

La Sala estima justo alejarse 1 año del tope menor (equivalente al 24,25% del intervalo en que el juez puede moverse) para así fijar el delito base en 7 años de prisión. Esto se explica por el considerable perjuicio que ocasionó la conducta, pues si bien es cierto que en todos los casos de peculado se trata de apropiarse de dineros del público, en este caso el mayor reproche deriva de que los recursos sustraídos estaban dirigidos a la población más vulnerable, en tanto se destinaban a la educación, además de que se trataba de una de las regiones con más necesidades, causándose un daño de especial magnitud, dado que, por las mismas razones, el patrimonio es escaso y al no solucionarse esos problemas urgentes de la ciudadanía, es menester hacerse a nuevos presupuestos, lo cual resulta bien complicado.

ii) Para el delito de prevaricato (3 a 8 años), el mismo ejercicio indica que el primer cuarto va de 3 a 4,25 años. Luego partiendo del tope inferior (3 años) y aplicado el mismo porcentaje (24,25%) al ámbito de movilidad (1,25) arroja 0,30

años que, sumados a 3, se llega a 3,30 años, que sería la sanción a imponer.

iii) Para el fraude procesal (4 a 8 años), similares cálculos determinan que el cuarto inferior va de 4 a 5 años; por tanto, partiendo del límite inferior (4 años), se obtiene que el 24,25% del ámbito de movilidad (1 año), es, 0,24 años, que se adicionan a 4 años, para llegar a 4,24 años que sería el castigo por este punible.

iv) En esas condiciones, el delito más grave, en razón de la pena de 7 años de prisión, es el de peculado agravado por la cuantía, que debe tenerse como delito base. A esos 7 años se aplican las reglas del concurso del artículo 31 penal, esto es, se debe imponer un castigo por cada delito concurrente, sin que la suma total supere otro tanto del delito base (otros 7 años, para un máximo de 14) ni la suma aritmética de los delitos concurrentes.

Aplicando criterios de justicia y razonabilidad, con respeto de aquellos límites, se tiene que por cada uno de los delitos concurrentes (5 prevaricatos y un fraude procesal) se adiciona 1 mes (para un subtotal de 6 meses), los que sumados a los 7 años del delito base, arrojan 7 años 6 meses, que constituyen la pena de prisión que debe cumplir SERNA CÓRDOBA.

v) Respecto de la sanción pecuniaria se tiene:

Los criterios de dosificación no están dados por las reglas del concurso, sino que se impone aplicar el numeral 4° del

artículo 39 del Código Penal, conforme con el cual las multas se suman, sin que el total pueda superar 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007 (equivalentes a \$21.685.000.000).

a) En relación con el peculado, su cuantía está dada por los dineros que finalmente recibieron los terceros, sin poderse incluir el monto fijado en la acusación respecto del delito tentado, como que éste finalmente no salió del patrimonio oficial. Así, se tiene que sumados los dineros cuyo pago se ordenó en los procesos judiciales 2007-00530, 2008-00050 y 2007-00199, se llega a la cifra de \$3.268.530.347,26, la que, por constituir el valor de lo apropiado, es la misma que debe imponerse como multa, dado que no supera los 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2007 (\$433.700), pues el cálculo respectivo arroja un total de 7.536,38 sueldos de ese entonces.

b) Respecto del prevaricato, en principio se aplican los criterios normales, en tanto el legislador fijó la sanción pecuniaria de 50 a 200 salarios de la época. Así, el primer cuarto va de 50 a 87,5 salarios; aplicado el 24,25% al ámbito de movilidad (37,5 salarios) se llega a 9 salarios que sumados a 50, arrojan 59 salarios mínimos del año 2007, que es la multa a imponer por cada uno de los punibles deducidos, para un total de 295 salarios, en tanto los montos parciales deben sumarse.

c) En lo atinente al fraude procesal, la norma señala multa de 200 a 1.000 salarios, de donde surge que el primer cuarto

va de 200 a 400 sueldos; se obtiene el 24,25% del ámbito de movilidad (200 salarios), que son 48,5 salarios, que, sumados a los 200, arrojan 248,5 salarios, que constituyen la multa para este delito.

d) La sanción pecuniaria deducida para el peculado (\$3.268.530.347,26), debe sumarse con las que arrojan los 5 prevaricatos (295 salarios) y el fraude procesal (248,5 sueldos); los últimos datos arrojan 543,5 salarios mínimos de 2007, que a razón de \$433.700 llegan a la cifra de \$235.715.950, que adicionada a la del peculado alcanza los \$3.504.246.297,26, monto equivalente a 8.079,88 salarios mínimos, que, por tanto, se imponen como pena de multa al no superar el tope máximo.

vi) Respecto de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, prevista como principal en todos los delitos porque se procede, el artículo 51 del Código Penal señala que tendrá una duración de 5 a 20 años. Para el delito de peculado por apropiación el artículo 397 dispone que ella se impondrá por el mismo término señalado para la privativa de la libertad, que en este caso será de 7 años.

Los delitos de prevaricato y fraude procesal tienen señalada pena de inhabilitación de 5 a 8 años, luego aplicados los mismos lineamientos ya expuestos se tiene que el intervalo para establecer los cuartos es de 3 años (8-5) que dividido en 4 arroja 0,75 años, luego el primer cuarto va de 5 a 5,75 años. Por las razones indicadas arriba, para alejarse del tope inferior se aplica el 24,25% al ámbito de movilidad (0,75 años) lo que arroja 0,18 años que se suman a 5 para llegar a 5,18 años, que

es la pena de inhabilitación a imponer por cada uno de los 5 delitos de prevaricato y uno de fraude procesal.

Para aplicar las reglas del concurso se tiene como delito base el peculado agravado que parte de 7 años de inhabilitación, al cual se adicionan 2 meses por cada uno de los 6 delitos concurrentes, para un total de 12 meses (un año), luego, a los 7 años por el delito base se agrega un año por las conductas que concurren, para un total de 8 años que será la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que debe cumplir el acusado.

Igual debe imponerse la sanción intemporal prevista en el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, lo cual en modo alguno vulnera el principio de legalidad, en tanto comportan restricciones diferentes: la inhabilitación del artículo 44 penal priva de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales. Por su parte, la norma superior impone que el condenado no pueda ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, ni elegido ni designado como servidor público, ni celebrar contratos con el Estado

Los daños y perjuicios

De conformidad con el artículo 6° de la Ley 610 del 2000 se entiende por daño patrimonial del Estado la lesión del patrimonio público por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos

públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Ese daño patrimonial (material) se refleja, para efectos de cuantificación, en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que derivan de la legislación civil.

El artículo 1613 del Código Civil determina que la indemnización de perjuicios comprende esos dos conceptos, *“Entendiéndose por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*, en tanto que el lucro cesante es *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación...”* (artículo 1614).

La fijación de tales montos exige la indexación, que consiste en traer a valor presente la suma no pagada, es decir, se aplica un procedimiento para ajustar el valor al presente de tal forma que no pierda su capacidad adquisitiva. Surge como una repuesta al fenómeno propio de la depreciación de la moneda, con el fin último de que ésta conserve su poder adquisitivo con el paso del tiempo, de tal manera que, en aplicación de principios como los de equidad, justicia, reciprocidad, integridad del pago y reparación integral del daño, el acreedor esté protegido contra los efectos nocivos del paso del tiempo (confrontar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1564).

Se ha determinado que para actualizar ese valor se divide el inicial índice de precios al consumidor (IPC) entre el IPC

actual. El IPC lo establece el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Para el daño emergente, el Consejo de Estado, en aras de la indexación, ha señalado la siguiente fórmula:

$$VR = VH \times IPC \text{ actual} / IPC \text{ inicial}$$

En donde el valor a reintegrar (VR) se determina multiplicando el valor histórico del daño investigado o monto base de indexación (VH) por el resultado de dividir el IPC final (vigente a la fecha de la decisión) por el IPC inicial (vigente al momento de los hechos). El resultado es el daño emergente.

El lucro cesante resulta de calcular cada año el interés sobre el monto del capital actualizado; conforme con el artículo 1617 del Código Civil se aplica el interés legal del 6%, tasa anual efectiva, que corresponde al 0,004867, interés efectivo mensual. La fórmula aplicable es:

$$S = Ra (1 + i)^n$$

Donde el lucro cesante (S) se determina multiplicando el valor actualizado a la fecha presente (Ra) por uno (1) más la tasa del Código Civil de interés mensual (i), elevado al número de meses transcurridos desde el momento en que se constituyó la obligación.

En dictamen del 10 de noviembre de 2020 una profesional adscrita al Cuerpo Técnico de Investigación, CTI, explicó a

espacio estas reglas y las aplicó al caso en estudio, en donde se demostraron daños concretos causados a los recursos del departamento. Sus cálculos arrojan los siguientes resultados:

Tabla de Calculo

DETALLE	Fecha Hechos	Fecha a Actualizar	VALOR A ACTUALIZAR	INDECI/DANE		INDEXACIÓN (D)	VALOR INDEXADO (E)
			VN (A)	Fecha Hechos IPC In (B)	Fecha Final IPC F (C)		
						=Vn Indexado (-) Vn Histórico (D)=(B-A)	VP=(VF(IPC F/IPC In)) (E) = (A*(D/100))
Proceso No.2007-00630	20-nov.-2008	9-nov.-2020	484.716.167,88	69,49	105,23	249.298.544,25	734.014.712,13
Proceso No.2007-00630	20-nov.-2008	9-nov.-2020	1.185.564.278,00	69,49	105,23	609.757.767,96	1.795.322.048,96
Proceso No.00060	14-sep.-2009	9-nov.-2020	33.871.403,00	71,28	105,23	16.132.633,72	50.004.096,72
Proceso No.00050	14-oct.-2009	9-nov.-2020	38.101.061,00	71,19	105,23	18.218.290,72	56.319.351,72
Proceso No.00050	14-oct.-2009	9-nov.-2020	102.092.799,00	71,19	105,23	48.816.391,04	150.909.190,04
Proceso No.00050	26-oct.-2008	9-nov.-2020	39.120.273,00	69,30	105,23	20.282.704,31	59.402.977,31
Proceso No.00060	23-oct.-2008	9-nov.-2020	198.902.175,00	69,30	105,23	103.124.893,91	302.027.068,91
Proceso No.00060	7-nov.-2008	9-nov.-2020	1.086.162.189,50	69,49	105,23	558.633.424,27	1.644.795.613,77
Proceso No.2007-00189	7-may.-2007	9-nov.-2020	100.000.000,00	64,05	105,23	64.293.520,69	164.293.520,69
Total			3.263.336.144,88			1.689.556.170,88	4.952.892.317,26

(*) Fuente: Información Estadística DANE- Actualizado noviembre 5 de 2020

(Ra): Renta Actualizada	I: Interés (mensual)	N=periodo indemnizable en meses	Formula	Total Lucro Cesante
734.014.712,13	0,004867	132,63	$Ra (1+i)^n$	1.397.546.546,49
1.795.322.045,96	0,004867	132,63	$Ra (1+i)^n$	3.418.250.456,97
50.004.036,72	0,004867	133,83	$Ra (1+i)^n$	95.762.810,40
56.319.351,72	0,004867	132,83	$Ra (1+i)^n$	107.334.881,35
150.909.190,04	0,004867	132,83	$Ra (1+i)^n$	287.606.648,73
59.402.977,31	0,004867	144,43	$Ra (1+i)^n$	119.770.819,83
302.027.068,91	0,004867	144,53	$Ra (1+i)^n$	609.255.608,87
1.644.795.613,77	0,004867	133,06	$Ra (1+i)^n$	3.138.196.595,91
164.293.520,69	0,004867	162,06	$Ra (1+i)^n$	360.859.036,03
Total				4.911.559.813,86

En atención que los datos señalados partieron del IPC a octubre del año 2020 (105,23) es necesario que los cálculos se actualicen, lo que se hará hasta el mes de marzo de 2022, fecha en la cual el DANE registró el último IPC (116,26). En esas condiciones, el resultado final arroja lo siguiente:

Cálculo Daño Emergente								
Detalle		Fecha dictamen pericial	Fecha a actualizar	VALOR A ACTUALIZAR	ÍNDICE ¹ DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
				VH - Valor Histórico	Fecha Hechos	Fecha Final		
					IPC Inicial	IPC Final		
Cifra		05-Oct-2020	31-marzo-2022	4.957.088.517,26	105,23	116,26	$=V/r \text{ Indexado (-) } V/r \text{ Histórico}$	$VP=(VH*(IPCf/IPCi))$
							519.592.191,82	5.476.680.709,08
Total				4.957.088.517,26				5.476.680.709,08

Cálculo Lucro Cesante								
Detalle		Fecha dict. Pericial	Fecha a actualizar	VALOR A ACTUALIZAR	ÍNDICE ² DANE		INDEXACIÓN	VALOR INDEXADO
				VH - Valor Histórico	Fecha Hechos	Fecha Final		
					IPC Inicial	IPC Final		
Cifra		05-Oct-2020	31-marzo-22	4.911.559.813,86	105,23	116,26	$=V/r \text{ Indexado (-) } V/r \text{ Histórico}$	$VP=(VH*(IPCf/IPCi))$
							514.819.963,38	5.426.379.777,24
Total				4.911.559.813,86				5.426.379.777,24

IPC FINAL. El IPC último registrado para el mes de marzo 2022 (último reportado por el DANE), es de: 116,26

IPC INICIAL. MES OCTUBRE 2020: 105.23

¹ Fuente: Información Estadística DANE- Años 2003 - 2021

² Fuente: Información Estadística DANE- Años 2003 - 2021

Se aplica la fórmula según la cual el valor histórico se multiplica por el IPC actual y luego se divide por el IPC histórico; por tanto, sumados los dos conceptos, se tiene que el total del daño emergente y el lucro cesante, al 31 de marzo de 2022 es de \$10.903.060.486,32, y como en términos de los artículos 94 y siguientes del Código Penal, el autor de los delitos debe reparar los daños causados, se concluye que SERNA CÓRDOBA debe ser condenado al pago de las sumas determinadas.

En relación con los daños morales, se tiene decantado que un ente territorial, una persona jurídica, puede sufrir los denominados morales objetivados, pues como lo tiene dicho el Consejo de Estado,

“el ataque al buen nombre y reputación de una persona jurídica en el plano de la responsabilidad es capaz de generar tanto un daño de tipo patrimonial como el anotado, pues, por ejemplo, la difamación de una sociedad con un fin de lucro, puede conllevar la pérdida de su crédito mercantil, y de relaciones comerciales, con una frustración de ganancias; como también un daño extrapatrimonial o moral, porque puede ocurrir que se presente o no un menoscabo económico o que se disminuyan sus beneficios, pero de todos modos la difamación ha afectado objetivamente la apreciación de la imagen o reputación que de ella se tiene en la comunidad. Es decir, en el plano de la responsabilidad no es incompatible que se presente uno u otro daño por un ataque al buen nombre de la persona jurídica” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de mayo de 2016, radicado 37.729).

En este caso, no hay lugar a la condena al pago de perjuicios morales, en tanto en el caso del ente territorial no se

estructuraron los requisitos que darían lugar a cuantificar los denominados perjuicios morales objetivados, que serían los únicos viables de concretarse pecuniariamente, los que tampoco se postularon.

De los sustitutos penales

1. En cuanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se observa que la misma no es viable, porque el original artículo 63 de la Ley 599 del 2000 la supedita a que la pena impuesta no exceda de 3 años de prisión, en tanto que la modificación que le introdujera el artículo 29 de la Ley 1709 del 2014, si bien elevó ese tope a 4 años, lo cierto es que la sanción impuesta supera ambos límites.

2. Otro tanto sucede con la prisión domiciliaria, como que tampoco se satisfacen las exigencias objetivas. El original artículo 38 del Código Penal, en su numeral 1º, así como las modificaciones que le fueran introducidas por las Leyes 1142 del 2007 y 1453 del 2011, viabilizan el sustituto siempre que la pena mínima prevista en la ley no exceda de 5 años de prisión y es claro que el peculado por apropiación agravado parte de un mínimo de 6 años, que superan ese límite.

En lo que respecta al artículo 38B penal, que fuera adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 del 2014, si bien en su numeral 1º habilita el sustituto de la prisión domiciliaria para cuando la pena mínima prevista en la ley no exceda de 8 años de prisión, exigencia que se satisface pues el peculado tiene un mínimo de 6 años, lo cierto es que en su numeral 2º

lo condiciona a que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68-A del Código Penal.

El artículo 68-A original, que fuera introducido por la Ley 1142 de 2007, excluye el sustituto de que se trata cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los 5 años anteriores. La Ley 1453 del 2011 modificó la disposición, pero dejó vigente la exclusión tratándose de la condena previa y adicionó el hecho de que se emita fallo por las conductas, entre otras, de peculado por apropiación, lo cual sucedió en este evento. Las modificaciones que introdujeran las Leyes 1474 del 2011, 1709 del 2014, 1773 del 2016 y 1944 del 2018, supeditaron el instituto a que la sentencia no se haya proferido por un delito contra la administración pública y no llama a discusión que el peculado por apropiación ampara ese bien jurídico.

Por manera que, de una u otra manera, todas las disposiciones citadas prohibieron, en casos como el presente, el sustituto de la prisión domiciliaria, por lo que habrá de negarse su concesión y, en su lugar, se dispondrá la captura del señor SERNA CÓRDOBA para que cumpla la totalidad del castigo impuesto; lo último se cumplirá cuando la sentencia cause ejecutoria, de conformidad con el inciso 2° del artículo 188 del Código de Procedimiento Penal.

De la condena en costas

Respecto de las *"expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho"*, debe indicarse que el proceso se rige por

el instituto de la gratuidad, en términos del artículo 6° de la Ley 270 de 1996, *“sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley”*, pero de conformidad con lo indicado en la Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, dicho principio no irradia a aquellos *“gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes”* y que con ellos *“se trata ... de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.”*

La Ley 600 de 2000 contempla como posible la liquidación de costas procesales, 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”* (sentencia C-089 de 2002) que en términos de la Sala de Casación Penal 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”* (sentencia SP440 del 28 de febrero de 2018, radicado 49.493). Las agencias en derecho, por su parte, *“no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora”* (sentencia C-089 de 2002).

En el presente asunto, si hubiere lugar a estos costos, de conformidad a lo previsto en los artículos 2, 3 y 40 de la Ley 153 de 1887, para lograr su reconocimiento, debe estarse a lo previsto en el Código General del Proceso, artículos 365 y 366, normas aplicables por vía de integración tal como lo ordena el artículo 23 de la Ley 600 de 2000.

Como en el presente asunto no fue acreditado gasto alguno realizado por la parte civil, que ni siquiera se constituyó, no se emitirá condena alguna en expensas, como tampoco por agencias en derecho.

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

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR a MODESTO SERNA CÓRDOBA, identificado con la cédula de ciudadanía 11.805.908, nacido en Saboyá (Chocó) el 1° de diciembre de 1976, autor penalmente responsable de un concurso de un delito de peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía, cinco de prevaricato por acción y uno de fraude procesal.

SEGUNDO. Como consecuencia, **CONDENAR a MODESTO SERNA CÓRDOBA** a las penas de 7 años 6 meses de prisión, multa de \$3.486.681.447,26 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 8 años.

TERCERO. IMPONER a SERNA CÓRDOBA la sanción intemporal del artículo 122 de la Constitución Política, luego no podrá ser inscrito como candidato a cargo de elección popular, ni elegido ni designado como servidor público, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado.

CUARTO. CONDENAR a SERNA CÓRDOBA a pagar a favor del departamento del Chocó la suma de \$10.903.060.486,32, por los daños y perjuicios que le ocasionó con los delitos cometidos.

QUINTO. NO CONCEDER a SERNA CÓRDOBA la suspensión de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria. En consecuencia, en firme este fallo, ordenar su captura para que cumpla la pena impuesta.

SEXTO. ABSOLVER a MODESTO SERNA CÓRDOBA del cargo que como autor del delito de falsedad ideológica en documento público le fuera formulado.

SÉPTIMO. DECLARAR que no hay lugar a imponer el pago de expensas judiciales ni agencias en derecho.

OCTAVO. COMUNICAR esta determinación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para el efectivo recaudo de la multa impuesta.

NOVENO. En firme este fallo, **EXPEDIR** las comunicaciones establecidas en el artículo 472 de la Ley 600 del 2000.

DÉCIMO. Ejecutoriada la sentencia, **REMITIR** la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (reparto), para lo de su cargo.

Procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BLANCA NELIDA BARRETO ARDILA
Magistrada


JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado


ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado


RODRIGO ORTEGA SÁNCHEZ
Secretario