



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP085-2023

Radicado N° 52904

Acta 50.

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

V I S T O S

Se decide el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 22 de marzo de 2018, a través de la cual revocó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, el 15 de enero de 2018, contra **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI, ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, por los delitos de prevaricato por acción y

peculado por apropiación agravado, para, en su lugar, absolverlos.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

El 4 de abril de 2008, **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** -alcaldesa del municipio de San José de Cúcuta-, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** –secretario de hacienda del municipio- y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** -jefa oficina jurídica del municipio-, suscribieron un acuerdo de pago con el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, mediante el cual los servidores públicos comprometieron al municipio de San José de Cúcuta a pagar directamente al abogado **ARAQUE CHIQUILLO** la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), monto que se entregaría en dos cuotas, en los meses de abril y agosto de ese mismo año, por concepto de «abono directamente al acreedor y con cargo al proceso ejecutivo antes enunciado (2005-0254)»; y el abogado, a cambio, se comprometió a «*dejar en suspenso la solicitud de los oficios necesarios para materializar el embargo de los bienes y haberes de esta institución*», siempre que el municipio cumpla con los pagos acordados.

El referido acuerdo: (i) se realizó sin que se contara con la aprobación previa del Comité de Conciliación, el cual se ofrecía obligatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65B de la Ley 23 de 1991; (ii) se celebró con el

abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, sin que éste hubiera acreditado que tenía capacidad para celebrarlo; y (iii) comprometió al municipio de San José de Cúcuta a pagar la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), sin constatar que, en verdad, ese era el valor efectivamente adeudado por el municipio.

Con base en el referido acuerdo, el municipio le pagó al abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000).

2. Procesales

Previa solicitud¹ del Fiscal Tercero Delegado de Cúcuta, el 23 de febrero de 2015, se celebraron ante el Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa ciudad, las audiencias preliminares de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI**, a quienes se les imputó el delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con el reato de peculado por apropiación agravado; a **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** el delito de prevaricato por acción; y, a **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, peculado por apropiación agravado, en calidad de interviniente (artículos 397, inciso 2° -si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes-, 413,

¹ A folios 1 a 3, carpeta 1.

30, inciso 3°, de la Ley 599 de 2000)², cargos que no fueron aceptados por los implicados.³

Seguidamente, la fiscalía solicitó medida de aseguramiento para los imputados,⁴ a lo cual accedió el juez con función de control de garantías,⁵ quien les impuso medidas no privativas de la libertad. Decisión que, impugnada, fue confirmada el 22 de abril de 2015, por el superior jerárquico.⁶

El 5 de agosto de 2015, el delegado presentó escrito de acusación,⁷ que le correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta, ante el cual se llevó a cabo la audiencia para tal fin el 26 de enero de 2016, oportunidad en la que la Fiscalía acusó a **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI, MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, por los mismos delitos que les fueron imputados.⁸

La audiencia preparatoria se celebró el 5 de abril y el 4 de mayo de 2016. El juicio oral inició el 1 de septiembre de ese año y luego de varias sesiones culminó el 11 de diciembre

² A partir del récord 38:36, audiencia del 23 de febrero de 2015.

³ A partir del récord 58:3, audiencia del 23 de febrero de 2015.

⁴ A partir del récord 1:07:45, audiencia del 23 de febrero de 2015.

⁵ A partir del récord 29:44, audiencia del 23 de febrero de 2015.

⁶ A folios 112 a 136, carpeta 1.

⁷ A folios 139 a 148, carpeta 1.

⁸ A partir del récord 12:30, audiencia del 26 de enero de 2016.

de 2017, con el anuncio del sentido de fallo de carácter condenatorio en contra de todos los acusados.⁹

La lectura de la sentencia¹⁰ tuvo lugar el 15 de enero de 2018; por intermedio de esta se condenó a **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** como coautores responsables del delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con el reato de peculado por apropiación, a 120 meses de prisión, multa en cuantía de \$3.015.381.975 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término de 136 meses.

ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO fue condenado como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, a 72 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía de \$2.250.000.000.

Y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, en calidad de coautora responsable del delito de prevaricato por acción, a 48 meses de prisión, multa en cuantía de \$30.763.590 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses.

Recurrida la decisión por los defensores de los procesados, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 22 de marzo de 2018,¹¹ revocó la decisión impugnada

⁹ A partir del récord 4:56, sesión del juicio oral del 11 de diciembre de 2017.

¹⁰ A folios 171 a 186, carpeta 2.

¹¹ A folios 12 a 56, carpeta del Tribunal.

para, en su lugar, absolver a los implicados por todos los delitos por los que se produjo la acusación.

Contra la anterior providencia, la delegada de la Fiscalía interpuso recurso extraordinario de casación ¹² y presentó oportunamente la correspondiente demanda,¹³ que fue admitida por la Corte mediante auto del 21 de enero de 2019.¹⁴

SENTENCIA IMPUGNADA

A modo de contexto, el Tribunal refiere que **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, en representación de 127 personas, presentó varias demandas laborales que culminaron en algunos casos con sentencias favorables y en otros, a través de una conciliación que realizó con el entonces alcalde de San José de Cúcuta, Gustavo Villasmil Quintero, el 23 de febrero de 2005, acta que presentó para su ejecución judicial; proceso que le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esa ciudad y que se identificó con el radicado N° 0254-2005; seguidamente, procedió a realizar un resumen de los actos procesales relevantes en esa actuación.

Luego, en un acápite que tituló «HECHOS PROBADOS EN JUICIO» se enlistaron las estipulaciones probatorias convenidas por las partes y se hizo un resumen de la prueba

¹² A folio 77, carpeta del Tribunal.

¹³ A folios 94 a 110, carpeta del Tribunal.

¹⁴ A folio 70, carpeta de la Corte.

testimonial practicada, hasta concluir que en el presente asunto se probaron los siguientes hechos: (i) existieron varias demandas laborales, mediante las cuales se reconoció a favor de los demandantes el derecho al reajuste pensional con base en la Ley 6ª de 1992; (ii) el alcalde de la época suscribió un acuerdo de pago con los demandante y luego, el 23 de febrero de 2005, un acta de conciliación con el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, por lo que se dieron por terminado los procesos laborales; (iii) en el año 2005, el abogado solicitó la ejecución del acta de conciliación, proceso ejecutivo que le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta; y, (iv) estando en curso el proceso y vigente una orden de embargo del 28 de febrero de 2008, el 4 de abril de 2008 los procesados realizaron un acuerdo de pago por un valor de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), suma que fue efectivamente pagada a favor del abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**.

Dicho esto, el tribunal procedió a realizar un análisis del tipo penal de *prevaricato por acción* y concluyó que en el presente asunto la conducta es atípica, por las siguientes razones: (i) no se acreditó la naturaleza jurídica, las características y los efectos del acuerdo de pago celebrado por las partes el 4 de abril de 2008; (ii) la delegada de la Fiscalía General de la Nación no probó que la Ley 640 de 2001 citada era aplicable al caso, por el «contexto en el cual se dio ese acuerdo, esto es dentro de un proceso ejecutivo cuya esencia era el cobro coactivo de una obligación de dar»; (iii) los testigos de

cargo, *Nelson Uriel Flórez Alarcón* -procurador regional de Norte de Santander- y *Fernando Castañeda Cantillo* -ex magistrado de la Sala Laboral del Tribunal- se limitaron a exponer su criterio personal respecto del acuerdo de pago y el reajuste pensional, pero «no aportaron elementos de juicio que ayudaran a la resolución del caso, sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal de los servidores públicos»; (iv) cuando las partes suscribieron el acuerdo de pago aún no se había decretado la nulidad de la actuación; (v) la fiscalía erró al centrar el debate en que los demandantes no tenían derecho al reajuste pensional, pues, el derecho ya había sido reconocido judicialmente, de modo que, para este caso, no resultaba relevante cuestionar las decisiones judiciales y el mandamiento de pago; (vi) la Fiscalía siempre indicó que la norma que se desconoció fue la Ley 640 de 2001 «basándose en sus argumentos, en suposiciones, criterios subjetivos de algunos testigos, sus propias opiniones o bien en un fallo de nulidad posterior y que, por cierto, no fue menos ambiguo y poco objetivo»; y, (vii) la sentencia mediante la cual se declaró la inexecutable de la Ley 6ª de 1992, sólo regía hacia el futuro y no afectaba los reajustes concedidos cuando la norma estaba vigente.

Dijo el Tribunal que, aun si se pudiera considerar que la conducta es objetivamente típica del delito de prevaricato por acción, lo cierto es que no se probó que los procesados actuaron con dolo, porque no se acreditó que «los servidores públicos tenían la voluntad de trasgredir el bien jurídicamente tutelado de la administración pública, con la suscripción del “acuerdo de pago”»; lo anterior, en la medida en que no se les podía exigir obrar

de otra manera, pues, el acuerdo de pago se suscribió porque se había librado mandamiento de pago y debido «al inminente embargo», situación que «paralizaría la administración municipal y ante el poco tiempo transcurrido de la vigencia 2008, no contaban con los recursos necesarios para el pago total, debiendo pactar una forma de pago que les permitiera continuar con la ejecución de las demás obligaciones del municipio».

Por lo anterior, se concluyó que la conducta era atípica del delito de prevaricato por acción, por lo que dispuso la absolución de los procesados.

En cuanto al delito de *peculado por apropiación*, refirió que sólo se probó «el rubro del presupuesto afectado, la cantidad de dinero, la orden de pago y la forma en que fueron cancelados (10 cheques), pero sobre la apropiación en cabeza del funcionario o en beneficio de un tercero, no se dijo nada durante la audiencia del juicio oral», es decir, para el Tribunal, no se probó la apropiación del dinero por parte de los servidores públicos o a favor de un tercero, ni tampoco si los servidores públicos tenían «el deber de custodiar y disponer de los bienes patrimonio del Estado», por lo que «no se superó el estadio de la tipicidad objetiva».

De otro lado, dijo el Tribunal que la Fiscalía no probó que el dinero no fue a parar a manos de los demandantes, pese a que **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** era el apoderado judicial de ellos, sumado a que la discusión respecto a si los demandantes tenían o no derecho al reajuste pensional,

finiquitó con las sentencias ejecutoriadas emitidas en la justicia ordinaria, revestidas de acierto y legalidad.

Más adelante, el tribunal señaló que la Fiscalía no probó que «el dinero no fue a parar a manos de los pensionados, y honorarios del abogado, ni demostró que el dinero fue a manos exclusivamente del abogado o de los otros acusados por este delito y todo ello porque el Fiscal se dedicó a especular sobre la Ley 6 de 1992, la inexequibilidad de la ley o bien sobre los requisitos de una conciliación en materia laboral»; por lo tanto, en el presente asunto no se presentó una apropiación ilícita de los dineros del Estado, sino el pago parcial de una obligación, por lo que la conducta por el delito de peculado por apropiación también es atípica.

Por lo anterior, el Tribunal revocó la sentencia condenatoria y absolvió a los procesados por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación.

EL RECURSO

Luego de identificar a los sujetos procesales, los hechos investigados, la actuación relevante y la sentencia impugnada, la censora formula un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, con fundamento en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

En orden a fundamentar su censura, refiere que en el juicio oral se estipuló el proceso ejecutivo identificado con el radicado No. 254-200, adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el cual fue incorporado en su totalidad con la estipulación; pese a ello, el Tribunal cercenó algunos documentos trascendentes que hacían parte del mismo, entre ellos, los siguientes:

(i) Un documento que da cuenta del pago que hizo la Alcaldía Municipal, el 25 de abril de 2005, por valor de \$247.500.000, para cubrir una obligación personal de **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**.

(ii) Los memoriales suscritos por los apoderados del Municipio, *Carlos Alberto Rojas Molina*, el 18 y 26 de septiembre de 2006, y *Víctor Julio Montañez Villamizar*, el 27 de agosto de 2008, mediante los cuales la Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta sentó su posición jurídica frente al litigio, consistente en que no se podía proseguir con la ejecución del acuerdo de pago celebrado el 23 de febrero de 2005 por **ARAQUE CHIQUILLO** con el entonces alcalde de Cúcuta, por las siguientes razones: (a) no se constituyó de manera completa el título complejo, dado que el origen de la obligación era la sentencia y no el acuerdo celebrado por las partes; (b) la transacción es ilegal porque no se cuantificó de manera individual el valor adeudado respecto a cada demandante, sumado a que el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, no tenía poder de los demandantes para llevar a

cabo la transacción, por lo que el municipio no se podía comprometer con aquel; (c) el abogado no estaba legitimado para actuar en el proceso ejecutivo; y, (d) el acuerdo de pago no cumple con los requisitos legales, en la medida en que no se realizó ante un funcionario competente, de conformidad con la Ley 640 de 2001, lo cual impide que se le pueda dar valor de transacción o conciliación.

Por lo tanto, los procesados soslayaron la postura que judicialmente se estaba defendiendo al interior del proceso ejecutivo, la cual, por demás, se encontró ajustada por la Sala Laboral del Tribunal, bajo el sofisma, erradamente avalado por el *Ad-quem*, de que con ello querían evitar que las cuentas de la administración fueran embargadas, de modo que no podían obrar de otra manera.

(iii) Los memoriales de 19 y 30 de abril, 29 de junio, 12 de julio, 2 de agosto y 30 de noviembre de 2007, mediante los cuales los delegados de la procuraduría regional advertían al Juez Laboral del Circuito, de las notorias irregularidades que se estaban cometiendo al interior del proceso ejecutivo laboral, porque (a) el acuerdo de pago ejecutado era ilegal, dado que no cumplió con los requisitos de la conciliación ni de la transacción; (b) no se habían presentado las liquidaciones individuales de los créditos; y, (c) se pactaron costas judiciales, sin saber si se dio aplicación al acuerdo 1887/03, del Consejo Superior de la Judicatura.

Cada una de estas críticas eran conocidas por la alcaldesa **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y por su equipo de trabajo, conformado por **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** -secretario de hacienda- y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** -jefa de la oficina jurídica-; pese a ello, hicieron caso omiso y suscribieron un nuevo acuerdo de pago, con las mismas falencias.

Dice la censora que, según el Tribunal, la conducta de los acusados resulta atípica porque hicieron el pago de la conciliación con el fin de «evitar los embargos a las cuentas del Municipio, y acatar en últimas una decisión judicial en firme que se presume legal y acertada». A tal conclusión arribó el *Ad-quem*, producto del cercenamiento de las pruebas referidas, que daban cuenta de que «la decisión inicial era irregular y que el proceso ejecutivo, para el momento de la conducta juzgada, aún no se arrojaba (como nunca arrojó) medidas cautelares ciertas, o al menos, inminentes, pues el curso del proceso ejecutivo siempre estuvo afectado por condiciones procesales que impidieron la orden eficaz de afectar las cuentas del Municipio».

(iv) Refiere que el Tribunal cercenó los autos proferidos por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, los días 26 de noviembre y 6 de diciembre de 2007, mediante los cuales ordenó el levantamiento de las medidas cautelares porque la parte demandante no allegó las liquidaciones, hecho que se produce el 20 de febrero de 2008, por solicitud del apoderado del municipio, de modo que los procesados sabían que las medidas cautelares habían sido levantadas.

Ahora bien, es cierto que el mismo Juzgado mediante auto del 28 de febrero de 2008, dejó en firme la providencia mediante la cual se habían decretado las medidas cautelares, sin embargo, su cumplimiento lo condicionó a que primero se allegaran las liquidaciones de los créditos, condición que nunca se cumplió, de modo que no es cierto que el municipio se encontrara en riesgo de que las cuentas fueran embargadas.

(v) Las comunicaciones de la procuraduría, del 1 de diciembre de 2006 y 6 de marzo de 2007, dirigidas al alcalde de San José de Cúcuta, mediante las cuales se le recordó la obligación de comunicarle al ente de control sobre cualquier erogación que se hiciera dentro del proceso ejecutivo referenciado.

Concluye la demanda, manifestando que si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores demandados, «no habría caído en la falacia argumentativa de la bancada de la defensa que sus prohijados actuaron en cumplimiento a un mandamiento de pago y para evitar un embargo, cuando está demostrado que tal circunstancia no obedeció a la realidad probatoria arrimada, luego no hubiera llegado a la conclusión de absolver a los procesados bajo el argumento que la Fiscalía no logró pasar del estadio de la tipicidad objetiva».

Finalmente, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada para que, en su lugar, se confirme el fallo emitido por el Juez de primera Instancia.

2. Audiencia de sustentación

2.1 El Recurrente¹⁵

El libelista inicia su intervención señalando que los yerros propuestos en la demanda de casación, en realidad se adecúan al falso juicio de existencia por omisión y no al falso juicio de identidad allí alegado; sin embargo, la admisión de la demanda torna en intrascendente ese debate.

Seguidamente, el fiscal solicita casar la sentencia impugnada, dado que los documentos relacionados en el libelo no fueron valorados por el Tribunal, yerro que incidió dramáticamente en el sentido de la decisión que se adoptó.

Así, refiere que, contrario a lo asumido por el Tribunal, el acuerdo de pago celebrado entre los procesados debe estimarse una resolución mediante la cual se hizo una manifestación clara y expresa dirigida a comprometer el erario de la administración municipal y por cuyo conducto se realizó el pago de emolumentos indeterminados, causando perjuicios al municipio, pese a que en el proceso ejecutivo

¹⁵ A partir del récord 04:40, sesión de audiencia del 18 de febrero de 2019.

laboral se estaba discutiendo la aptitud legal de este tipo de acuerdos; cita la decisión CC C-335/08, mediante la cual esa Corporación definió lo que a la luz del artículo 413 del Código Penal, se constituye en una resolución.

Dice el recurrente que el tribunal desvió la atención del núcleo esencial de la acusación, al señalar que la fiscalía no demostró que el acuerdo de pago se constituía en una resolución, pues, «para cualquier observador con conocimiento sobre la naturaleza del proceso ejecutivo, pero también con un meridiano entendimiento de la manera como puede darse por terminado el mismo, el acuerdo de voluntades denominado por la fiscalía durante el juicio oral como conciliación, tiene una grosera confección y la conclusión a la que necesariamente se llega es que esa resolución burló los intereses económicos de la administración municipal».

Por esa vía, el libelista señaló que el acuerdo de pago es manifiestamente contrario a la ley, dado que se trata de un documento «amañado, burdo, mal confeccionado, toda vez que ni siquiera identifica los beneficiarios de la acreencia, se realiza a favor de una sola persona, no se somete al rigor de las normas relativas a la conciliación, de modo que no podrá decirse que una alcaldesa y parte de su equipo de trabajo estaban protegiendo a la administración de males mayores al ofrecer el pago de acreencias indeterminadas, incluyendo valores producto de acuerdos anteriores y mucho más dinero de aquel que constituía la pretensión ejecutiva».

2.2. No recurrentes

2.2.1. La víctima¹⁶

Solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, dado que el municipio de San José de Cúcuta sufrió un detrimento patrimonial por un monto superior a los tres mil millones de pesos, a través de varios cheques que fueron girados y cobrados.

2.2.2. La delegada del Ministerio Público¹⁷

La delegada solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y que, en su lugar, se mantenga incólume la sentencia condenatoria emitida por el *A-quo*, dado que el cargo propuesto en la demanda está llamado a prosperar, en la medida en que, el Tribunal omitió valorar los documentos referidos en la demanda, los cuales demuestran más allá de toda duda razonable la responsabilidad de los procesados por los delitos por los que fueron acusados.

En orden a fundamentar su criterio, refiere que en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito se adelantaba el proceso ejecutivo identificado con el radicado N° 254-2005, en el que los demandantes, representados por **ÁLVARO IVÁN ARAQUE**

¹⁶ A partir del récord 15:46.

¹⁷ A partir del récord 17:59.

CHIQUILLO, pretendían ejecutar una conciliación que se llevó a cabo el 23 de febrero de 2005, con el entonces Alcalde de San José de Cúcuta.

Pese al debate que se estaba suscitando al interior del proceso ejecutivo, respecto al derecho que tenían los demandantes a la acreencia económica, el 4 de abril de 2008 los procesados realizaron un compromiso de pago por un valor de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), suma que fue cancelada en forma efectiva a favor de **ARAQUE CHIQUILLO**, pese a que (i) en el acuerdo de pago no se identificaron a los supuestos beneficiarios; (ii) estaba en curso una solicitud de nulidad elevada por el ministerio público, porque los reconocimientos jurídicos y económicos realizados en la conciliación inicial carecían de causa lícita, petición que, finalmente, fue resuelta de manera favorable; (iii) el juzgado había levantado las medidas cautelares decretadas; y, (iv) para cuando celebraron el acuerdo de pago, los procesados sabían que los supuestos beneficiarios no tenían derecho a las acreencias económicas solicitadas; de modo que, están dados los elementos para configurar los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación; cita la decisión CSJ SP364-2018, Rad. 51142.

2.2.3. Defensor de MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO¹⁸

Al inicio, el abogado indica que la Corte en el auto que admitió la demanda, pese a declarar que el libelo es «ineficaz para alcanzar por sí misma sus pretensiones»¹⁹, la admitió luego de señalar que «es necesario superar los defectos de la misma, a los cuales se referirá en la debida oportunidad, todo con el fin de estudiar si hubo violación a garantías fundamentales», lo que en su sentir viola los derechos de defensa y contradicción de su defendido, porque no se conoce «el diagnóstico que esta honorable Sala ha dado a la demanda y se aumenta con la incertidumbre sobre cómo y en qué sentido se pretende superar los defectos de la misma»²⁰

Lo anterior porque, por un lado, ni las partes ni los intervinientes se han quejado de padecer la vulneración de alguna garantía fundamental; y, de otro, porque la defensa y contradicción que se ejerce en el traslado a los no recurrentes tiene como límite la demanda de casación, por lo cual «si los límites conceptuales no están dados por la demanda misma, porque se considera ineficaz, sino en cambio por valoraciones que esta honorable Sala en debida oportunidad referirá, pero que hoy no conocemos, y que podrían afectar el alborozo de la absolución, entonces aquí la defensa no puede cumplir con los prepuestos procesales de contradicción, de refutación o de confutación».²¹

¹⁸ A partir del récord 28:01.

¹⁹ A partir del récord 29:47.

²⁰ A partir del récord 30:07.

²¹ A partir del récord 32:31.

De otra parte, el defensor señala que: *(i)* de cara al principio de estricta tipicidad, nunca se demostró por qué el acta del acuerdo de pago celebrado por la procesada se correspondía con una resolución, dictamen o concepto, de conformidad con lo establecido en el artículo 413 del Código Penal -lee algunos apartes de la decisión CSJ SP, 29 feb. 2012, Rad. 30883-; *(ii)* no es posible valorar como contrario a derecho el cumplimiento de una orden de un juez, emitida el 11 de julio de 2005, la cual fue ratificada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta el 25 de julio de 2006 y reafirmada por el juzgado cognoscente el 13 de septiembre de 2006; *(iii)* si bien, el 11 de noviembre de 2008 el Tribunal declaró la nulidad e ilegalidad de lo actuado, es lo cierto que no es una autoridad de cierre en la materia, sumado a que omitió dar aplicación a las sentencias CC T-1082/06 y CC T-030/11, mediante las cuales la Corte Constitucional explicó que la sentencia de inexecutable no se aplica a los casos de derechos adquiridos y en trámite y que la normatividad resulta aplicable a nivel nacional y territorial; *(iv)* para el 4 de abril de 2008, fecha en la que se suscribió el acuerdo de pago, no se había emitido la decisión que anuló el trámite, por lo que «el conocimiento que tiene allí la secretaria jurídica es la de una orden de cumplimiento a partir de un proceso ejecutivo emanado de un juez de la República»²²; y, *(v)* la fiscalía ha archivado varias investigaciones adelantadas en contra de los magistrados que emitieron la sentencia absolutoria aquí impugnada

²² A partir del récord 37:00.

El defensor concluye su intervención manifestando lo siguiente: «Si la hipótesis de la Sala, que no puede prever la defensa, se dirige a desestimar la absolución, esta audiencia seguramente merece repensarse porque hoy hemos sido convocados para ejercer el derecho de contradicción, pero si la hipótesis de esta honorable Sala preserva para la doctora MARÍA LORENA DURÁN el regocijo de la inocencia simplemente esperaremos tranquilos los ejercicios teóricos que emprenda la Sala para la mejor comprensión del derecho penal en Colombia».²³

2.2.4. La defensora de MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ²⁴

La defensora, de manera preliminar, refiere que se une a la crítica formulada por su antecesor, en cuanto, no se conoce cuáles son los reparos advertidos por la Corte, pese a que se consideró la demanda de casación como antitécnica.

De otro lado, señala que en este caso las discusiones relacionadas con la naturaleza jurídica del acuerdo de pago celebrado el 4 de abril de 2008, y la omisión que se le reprocha al tribunal, de no haber valorado las pruebas referidas en la demanda, no tiene trascendencia, pues, lo cierto es que el acto administrativo no es contrario a la ley, porque *(i)* la postura allí consignada se encuentra respaldada en múltiples decisiones de autoridades judiciales y administrativas; *(ii)* el derecho de los pensionados a obtener

²³ A partir del récord 37:46.

²⁴ A partir del récord 38:51.

un reajuste pensional con base en la ley 6ª de 1992, no es un tema pacífico, ya que sobre el mismo existen posiciones jurídicas divergentes entre el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que tomar postura por una u otra interpretación no puede ser catalogado como manifiestamente contrario a la ley -cita los radicados 15723/97, 41289/98, 1233/00, 2585/03 3612/14-; (iii) el acta es la concreción de un compromiso de la administración municipal de dar cumplimiento a las decisiones judiciales; (iv) el criterio del procurador regional resulta contrario a la sentencia CC C-533/13; (v) contrario a lo referido por el Fiscal, sí existía una orden de pago que la administración debía cumplir, lo que descarta la existencia del delito de peculado por apropiación; y, (vi) la nulidad de la actuación fue declarada con posterioridad a la fecha del acuerdo, por lo que no es posible que se les exija a los procesados anticiparse y prever lo que va a acontecer en el futuro.

Por lo expuesto, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

2.2.5.El defensor de ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO²⁵

Solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, por las siguientes razones: (i) la fiscalía no cumplió con la carga

²⁵ A partir del récord 50:48.

argumentativa necesaria cuando se acude al error de hecho por falso juicio de identidad; *(ii)* la acusación y el litigio solo cuestionaron la legalidad del reajuste pensional reconocido en el acuerdo de pago suscrito el 4 de abril de 2008, de modo que, los documentos que se dice fueron omitidos por el Tribunal, no se relacionan con el debate que se surtió en las instancias, por lo que de existir el yerro, el mismo es intrascendente; *(iii)* las normas que exigían la realización de una conciliación pre procesal en materia laboral, es decir, los artículos 29, 30 y 39 de la ley 640 de 2001, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia CC 893/01, es decir, con anterioridad a la celebración del acuerdo de pago, de modo que no se les podía exigir su cumplimiento; *(iv)* la fiscalía utiliza el recurso de casación como una tercera instancia; *(v)* no era necesario hacer la conciliación pre procesal; y, *(vi)* en el proceso se contaba con las liquidaciones individuales de los créditos a favor de los demandantes, realizadas por un perito, sumado a que su representado era el apoderado de aquellos, de modo que los yerros alegados son inexistentes.

2.2.6. Defensor de MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI²⁶

Solicita que se desestime la pretensión del libelista, porque no ha sustentado, a la luz de la Constitución, su teoría del caso ni ha demostrado la violación de algún

²⁶ A partir del récord 1:02:28.

derecho fundamental; por el contrario, el libelo y su argumentación carecieron de los requisitos técnicos y sustanciales, por lo que sus alegatos son erróneos.

Las irregularidades demandadas son inexistentes, dado que *(i)* se demostró que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, el 29 de febrero de 2008, ordenó el embargo de todas las cuentas inscritas a nombre del municipio de Cúcuta, siendo esta la razón por la que se firmó el acuerdo de pago; *(ii)* el recurrente pretende extender el debate procesal que culminó con la sentencia proferida por el Tribunal, como si la casación fuera una tercera instancia; *(iii)* se insiste en que los beneficios reconocidos por la Ley 6^a de 1992 no eran extensivos para los pensionados del orden municipal, pero no manifiesta el Fiscal, que este derecho le fue reconocido a los demandantes mediante siete sentencias ordinarias debidamente ejecutoriadas, hecho que fue probado; *(iv)* la sentencia CC C-893/01, hizo extensible el beneficio pensional a los empleados municipales; *(v)* el tribunal no cercenó las pruebas referidas por la libelista, pues, los elementos que se citan están temporalmente comprendidos entre los años 2005 y 2007, época en la que su representado no era funcionario de la Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta, es decir, antes de los hechos investigados; *(vi)* cuando aparece la orden de embargo del 29 de febrero de 2008, «todos los elementos que aparecían en el proceso 0254 del 2005 estaban revestidos de legalidad», sumado a que «no se expusieron en el escrito de acusación, por lo que no tenían que ser

analizados por el juez de segunda instancia»; *(vii)* los empleados públicos están obligados cumplir las órdenes judiciales; y, *(viii)* el cheque que se dice recibió el abogado **ARAQUE CHIQUILLO** para cubrir una obligación de carácter personal, en realidad se trata de uno de los diez cheques que fueron girados para pagar el acuerdo de pago.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Conforme se desprende del numeral 1° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para resolver la demanda de casación formulada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 22 de marzo de 2018, a través de la cual revocó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, el 15 de enero de 2018, contra **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI, ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, por los delitos de *prevaricato por acción y peculado por apropiación* para, en su lugar, absolverlos.

1. Cuestión preliminar

El defensor de **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** plantea que la Corte, pese a que declaró «ineficaz» la demanda de casación presentada por la delegada de la Fiscalía General de

la Nación, la admitió aduciendo que resultaba necesario «estudiar si hubo violación a garantías fundamentales», lo que, en su sentir, se constituye en una afrenta a los derechos de defensa y contradicción de los procesados, pues, acudieron a la audiencia de sustentación del recurso de casación sin conocer «el diagnóstico que la Sala le ha dado a la demanda y cómo y en qué sentido se pretende superar los defectos de la misma».²⁷

La tesis del defensor resulta errada e inaceptable, en tanto, desconoce la naturaleza del recurso extraordinario de casación, sus finalidades y la función que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia está llamada a cumplir como Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, por lo que resulta necesario realizar las siguientes precisiones.

El artículo 184 de la Ley 906 de 2004 señala lo siguiente:

«Artículo 184. Admisión. Vencido el término para interponer el recurso, la demanda se remitirá junto con los antecedentes necesarios a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que decida dentro de los treinta (30) días siguientes sobre la admisión de la demanda.

No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo,

²⁷ A partir del récord 30:07.

atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, **deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo**.

Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que **podrán concurrir los no recurrentes para ejercer su derecho de contradicción dentro de los límites de la demanda**».

La Corte Constitucional, en la sentencia C-890/14, declaró la exequibilidad de la noma que viene de citarse, oportunidad en la que indicó que resulta conforme a la Constitución Política que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia incorpore en su examen de selección un *estándar de las finalidades* del recurso, como criterio para admitir una demanda de casación, pese a que la misma no satisfaga los requisitos formales establecidos en la ley, pues, las formas procesales de la casación, aunque importantes, no pueden constituirse en un obstáculo o en el único requisito para su acceso, dado que el recurso extraordinario ya no es concebido sólo como un mecanismo para proteger la aplicación formal de la ley, sino un medio dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y las garantías procesales de las partes e intervinientes, a fin de privilegiar el derecho sustancial sobre cualquier límite formal, a partir de la constitucionalización del derecho penal.

Por lo tanto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia está llamada a admitir una demanda de casación, pese a que la misma no satisfaga los requisitos

formales establecidos en la ley, cuando ello resulte necesario de cara a cumplir alguna de las finalidades del recurso extraordinario de casación, conforme el artículo 180 de la Ley 906 de 2004 y el régimen constitucional.

Entonces, cuando la Corte, mediante el auto del 21 de enero de 2019, indicó que «Aunque la demanda...presenta algunas falencias de argumentación en punto de las causales señaladas como aplicables a los vicios atribuidos al fallo de segunda instancia, la Sala estima necesario superar los defectos de la misma, a los cuales se referirá en la debida oportunidad, todo con el fin de estudiar si hubo violación a garantías fundamentales»; no hizo nada distinto que cumplir de manera plena y cabal con el ordenamiento jurídico y sus funciones constitucionales y legales.

Ahora bien, no es cierto, como lo aduce el defensor, que la Corte haya declarado «ineficaz» la demanda de casación presentada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, entendiendo por ineficaz aquello que no produce efecto, sencillamente, porque el examen que de la demanda lleva a cabo la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, no es de eficacia sino de aptitud y suficiencia, de cara a los fines del recurso.

A fin de ilustrar al defensor, se señala que las falencias argumentativas halladas en la demanda de casación, se concretan en que la recurrente alegó la *violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de*

identidad -por cercenamiento-, pese a que sus críticas, en realidad, se adecúan al *falso juicio de existencia* -por omisión-; pese a ello, la Corte decidió admitir la demanda, pues, por un lado, del libelo resulta claro que la crítica que formula la demandante está dirigida al proceso de valoración probatoria adelantado por el Tribunal, en tanto, considera que, contrario a la decisión adoptada por el *Ad-quem*, en el presente asunto están dados los requisitos para emitir condena; sumado a que la Sala encontró necesario estudiar de fondo el asunto, de cara a los fines del recurso extraordinario de casación.

Finalmente, el defensor de manera infortunada refiere que la admisión de la demanda de casación, pese a que se reconoció que presenta defectos argumentales, viola los derechos de defensa y contradicción de su defendida, porque acudió a la audiencia de sustentación del recurso de casación sin conocer «el diagnóstico que la Sala le ha dado a la demanda y cómo y en qué sentido se pretende superar los defectos de la misma».²⁸

El inciso final del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 dispone: «Para el efecto, se fijará fecha para la audiencia de sustentación que se celebrará dentro de los treinta (30) días siguientes, a la que **podrán concurrir los no recurrentes** para ejercer su derecho de contradicción **dentro de los límites de la demanda**».

²⁸ A partir del récord 30:07.

Por lo tanto, cuando la Corte admite una demanda de casación, porque satisfizo los presupuestos de admisibilidad, o porque, como en este caso, se superaron sus deficiencias en aras de las finalidades del recurso, se convoca a una audiencia de sustentación, la cual tiene por finalidades permitir la realización del principio de publicidad, facultar al actor profundizar en sus tesis e integrar el contradictorio, oportunidad en la que los no recurrentes pueden pronunciarse respecto de las críticas formuladas en la demanda; es decir, el ejercicio del derecho de contradicción de los no recurrentes ante la Corte, es facultativo y no obligatorio, y el límite del debate dialéctico es la demanda misma.

Vale decir, si la defensa estaba interesada, como en efecto ocurrió, en intervenir para sentar su posición, de antemano sabía que la discusión se centraba en los argumentos presentados por la Fiscalía, pues, precisamente los mismos dieron ocasión a la admisión de la controversia; y la manifestación de la Corte acerca de superar los defectos, apenas comporta efectos formales, sin ninguna incidencia trascendental en el tema de debate.

Situación diversa ocurre cuando la Corte, pese a inadmitir la demanda de casación, de manera oficiosa advierte la necesidad de realizar algún pronunciamiento en procura de la materialización de los derechos y garantías fundamentales, eventos en los que resulta improcedente la

audiencia de sustentación oral del recurso, dado que «no hay necesidad de un debate entre las partes e intervinientes, pues ellas no observaron, omitieron o inadvirtieron lo que para la Corporación resulta determinante y que exige su intervención en el caso concreto. Ni siquiera resulta pertinente ordenar un traslado al Ministerio Público pues este especial sujeto si tenía razones para debatir o demeritar la sentencia, debió impugnarla» (CSJ SP, 25 jul. 2007, Rad. 27383, reiterada en AP6642-2015, Rad. 46865; AP328-2016, Rad. 46975; SP4815-2021, Rad. 57361).

Por último, la Corte no se referirá a las deficiencias de fundamentación que claramente se advierten en la demanda de casación presentada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación, ni a las críticas formuladas por algunos intervinientes en torno a este específico tema, pues, la previa admisión de la misma implica que se resuelva de fondo el asunto.

Para ello, se adelantará la siguiente metodología: en primer lugar, se hará un breve análisis de los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, seguidamente, la Sala dedicará un acápite al estudio de la valoración probatoria, en el que se analizará la responsabilidad penal de **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, en el delito de prevaricato por acción, luego, en un capítulo distinto, se examinará la responsabilidad de **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN**

USCÁTEGUI y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, respecto del delito de peculado por apropiación.

2. Sobre el delito de prevaricato por acción

El artículo 413 del Código Penal, establece:

«El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión (...)».

El presupuesto fáctico de la norma transcrita se encuentra constituido por tres elementos, a saber: *(i)* un sujeto activo calificado, es decir, que se trate de servidor público; *(ii)* que profiera resolución, dictamen o concepto; y *(iii)* que este pronunciamiento sea manifiestamente contrario a la ley, esto es, no basta que la providencia sea formalmente ilegal, por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- «no admite justificación razonable alguna» (CSJ. AP. 29 de julio de 2015, radicado No. 44031; CSJ SP, 13 agosto de 2003, rad. 19303; SP 3 jul. 2013, rad. 40226; CSJ SP4620-2016; CSJ SP, 23 de febrero de 2006, rad. 23901; SP 28 feb. 2007, rad. 22185; SP 18 jun. 2008, rad. 29382; SP 22 ago. 2008, rad. 29913; SP 3 jun. 2009, rad. 31118; SP 26 may. 2010, rad. 32363; SP 31 ago. 2012, rad. 35153; SP 10 abr. 2013, rad. 39456; SP 26 feb. 2014, rad. 42775. SP 21 may. 2014, rad. 42275, entre otras providencias).

En tal virtud, la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora exige demostrar que el acto censurado, esto es, resolución, dictamen o concepto, es producto del capricho o de la arbitrariedad del servidor público, quien desconoce abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio que regulaban el caso.

Además, en cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción es atribuible a título de dolo, bajo el entendido que el artículo 22 del Código Penal establece que la conducta dolosa es punible en los casos expresamente señalados en la ley; de modo que esta modalidad del tipo subjetivo se configura cuando se demuestra que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrarios a la ley.

3. Sobre el delito de peculado por apropiación

El artículo 397 del Código Penal dispone:

«El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

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...».

Acorde con esta descripción, este delito requiere para su adscripción típica *(i)* un sujeto activo calificado, que debe ostentar la condición de servidor público; *(ii)* la apropiación en provecho propio o de un tercero, de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; y *(iii)* la competencia funcional o material para disponer de éstos, la cual puede asumirse material o jurídica.

En esta oportunidad, la Corte encuentra pertinente traer a colación la decisión CSJ SP19802-2017, Rad. 46166, en la cual se examinó el régimen de organización de las entidades públicas en Colombia y la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en estructuras organizacionales.

«1. El modelo de organización de las entidades públicas en Colombia y la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en estructuras organizacionales:

En el sector público, el cumplimiento de las funciones relacionadas con la administración de los recursos, es una actividad compleja y acumulativa que requiere la intervención de varios funcionarios, encontrándose regida por el principio de coordinación administrativa, según el cual, la función pública se organiza en un sistema de jerarquía funcional en el que bajo una autoridad jerárquicamente superior, responsable de la orientación, vigilancia y control de las

actividades, otros servidores se encargan de la ejecución de cada una de las labores planeadas.

Lo anterior responde al sentido constitucional de la función administrativa gobernada por «*los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*» (artículo 209 de la Constitución Política), afín a un modelo de funciones por cargo, dentro de una estructura esencialmente jerárquica, determinada por los principios de división técnica del trabajo, especialización y complementariedad.

(...)

De manera que la desconcentración de funciones en orden a facilitar al ordenador del gasto la toma de las decisiones finales en la administración pública, implica que la responsabilidad penal se puede derivar no solamente para quien ostenta la disponibilidad material de los bienes oficiales, sino para todo aquel funcionario que en virtud de la asignación de competencias dentro del equipo de trabajo ostente una disponibilidad jurídica en orden de hacer posible el detrimento patrimonial del Estado, bajo el supuesto del conocimiento exigido por el dolo y del principio de esencialidad de su intervención.

Es por lo anterior que esta Sala, en materia del delito de *Peculado por apropiación*, tiene precisado que el ámbito funcional exigido por el tipo en materia de imputación subjetiva, no se refiere exclusivamente a una facultad estrictamente definida en la Constitución, la ley o los reglamentos, pues también tiene lugar cuando en la organización estatal se fracciona la administración de los bienes públicos, habida cuenta que no es posible exigir que la referida actividad estuviese concentrada en un solo individuo, quien sería el único que podría cometer dicha conducta punible²⁹.

De allí que:

*[l]a relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto activo de la conducta de peculado por apropiación y los bienes oficiales puede no ser material sino jurídica y que esa disponibilidad no necesariamente deriva de una asignación de competencias, sino que basta que esté vinculada al ejercicio de un deber funcional.*³⁰

Desde hace tiempo la Corte ha señalado en torno a la relación que debe existir entre el funcionario que es sujeto de la conducta de *Peculado por apropiación* y los bienes oficiales cuya custodia

²⁹ “CSJ SP, 25 feb. 2004, rad. 19866”

³⁰ “CSJ SP, 6 mar. 2003, rad. 18021”

ostenta «*por razón o con ocasión de sus funciones*», que la misma no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada que delimite una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone, significándose con ello que lo trascendental es la posibilidad de ejercitar un poder de disposición sobre los recursos del Estado, pudiéndose incluso tipificar el delito cuando su administración derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

(...)

En síntesis, en la estructura del delito de *Peculado por apropiación*, aparte de la calidad de servidor público del autor, la conducta de apropiación de los bienes del Estado puede llevarse a cabo no solamente por el funcionario que tenga bajo su cargo la custodia material de los mismos y la potestad del gasto público, sino también por aquellos otros servidores que dentro de la estructura organizacional de la entidad sostengan sobre ellos un vínculo funcional que les permita su disposición jurídica, no siempre derivado de una asignación legal o constitucional, sino también en virtud de la distribución de tareas definida por el director de la empresa estatal».

4. Sobre la responsabilidad penal de MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO, por el delito de prevaricato por acción

Antes de adentrarnos en el análisis del tema propuesto, la Sala encuentra necesario delimitar el contexto procesal en el que los procesados suscribieron el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008.

4.1. Contexto procesal en el que los procesados suscribieron el «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN», de fecha 4 de abril de 2008

Entre los años 2002 y 2004, el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** instauró siete (7) demandas ordinarias laborales con el objeto de que se reconociera judicialmente, a favor de sus representados, el derecho al reajuste pensional que consagran el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el decreto 2108 del mismo año, a cargo del municipio de San José de Cúcuta.

Tres de ellos³¹ concluyeron con la emisión de una **sentencia ejecutoriada**, mediante la cual el juez competente reconoció a favor de los demandantes el referido reajuste pensional y, en consecuencia, condenó al municipio de San José de Cúcuta al pago de este.

En uno³² de los cuatro procesos restantes se emitió sentencia a favor de los demandantes, decisión que fue apelada por los apoderados de la parte demandante y demandada, sin que se conozca la suerte del recurso.

Y en los últimos tres,³³ pese a que se admitieron las demandas, no se alcanzó a emitir sentencia porque las partes presentaron un memorial, en idénticos términos, mediante el cual manifestaron lo siguiente:

³¹ Los procesos identificados con los radicados 2002-0213, 2002-0231 y 2002-0210. Los dos primeros adelantados ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, y el último al homólogo tercero.

³² El proceso identificado con el radicado 2002-0013, adelantado por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta.

³³ Los procesos identificados con los radicados 2003-0226, 2003-0387 y 2004-0241. El primero, adelantado ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, y los dos últimos ante su homólogo primero.

«MARTÍN EDUARDO HERRERA LEÓN, en calidad de jefe de la oficina jurídica de la Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta, y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, en calidad de apoderado de los demandantes dentro del proceso de la referencia, plenamente identificados en autos, habida cuenta que el pasado jueves 24 de febrero de 2.005, se llegó a un acuerdo respecto del monto y fechas de pago de la obligación de pagar el retroactivo correspondiente y reajustar la mesada de los actores, dentro del referenciado, acudimos por este medio a su despacho señor Juez, para solicitarle mutuamente, se dé por terminado este proceso y en consecuencia se ordene su archivo definitivo».

De modo que, en esas tres actuaciones se ordenó el archivo del proceso a través de autos emitidos en distintos días del mes de marzo de 2005.

Como se ve, sólo en tres (3) de los siete (7) procesos promovidos por el abogado, se emitió una **sentencia ejecutoriada** que reconoció a favor de los demandantes, representados por el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, el derecho al reajuste pensional soportado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el decreto 2108 del mismo año.

En los cuatro (4) procesos restantes no se reconoció el derecho al reajuste pensional a favor de los demandantes, ni por la vía judicial, **mediante una sentencia ejecutoriada**, ni por la administrativa, a través de un acto administrativo. Sobre esto último, el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, frente a cada una de las demandas, aportó la prueba del agotamiento de la vía gubernativa y en la mayoría de los casos adjuntó los actos administrativos mediante los cuales

el municipio de San José de Cúcuta les negó a sus representados el referido reajuste pensional.

En consecuencia, cuando el Tribunal en la sentencia impugnada encontró como un hecho probado «Que existieron una serie de demandas laborales desde el año 2002, por medio de las cuales, los pensionados municipales que habían obtenido tal derecho antes de 1989, pretendían obtener un reajuste pensional decretado por la Ley 6ª de 1992, **demanda que en su mayoría fueron falladas, reconociendo tales derechos a los demandantes, siendo confirmadas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta**»³⁴, incurrió en una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación, pues, no es cierto que la mayoría de las demandas formuladas por el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, hubieran sido falladas a favor de los demandantes en primera y segunda instancia.

Ello solo ocurrió en 3 de las 7 demandas formuladas por el abogado, de modo que el municipio de San José de Cúcuta sólo estaba obligado a cumplir con las condenas impuestas en las sentencias ejecutoriadas proferidas por los Juzgados Primero y Tercero Laboral del Circuito de esa ciudad, al interior de los procesos identificados con los radicados 2002-0213, 2002-0210 y 2002-0231.

³⁴ A folio 40, cuaderno del Tribunal.

Así, en el proceso identificado con el radicado 2002-0210 una perito, quien fue designada para que determinara el monto de la condena para efectos de determinar si era viable o no la interposición del recurso de casación, determinó a través de dictamen del mes de noviembre de 2003 que la condena por todos los demandantes ascendía a la suma de trescientos veintiún millones quinientos ocho mil setecientos noventa y tres pesos (\$321.508.793)³⁵.

En el proceso identificado con el radicado 2002-0231 una perito, que fue designada para los mismos efectos, determinó a través de dictamen del mes de mayo de 2004, que la condena por todos los demandantes ascendía a la suma de doscientos treinta y ocho millones ciento cincuenta y seis mil trescientos catorce pesos (\$238.156.314)³⁶.

Por último, en el proceso identificado con el radicado 2002-0213 no se llevó a cabo tal estimación por un perito. Así, el apoderado del municipio presentó una liquidación por un valor de tres mil novecientos cuarenta millones noventa y tres mil doscientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y dos centavos (\$3.940.093.264,62)³⁷. Y, el apoderado de los demandantes presentó una liquidación por valor de cuatro mil ochocientos treinta millones doscientos dieciocho mil novecientos setenta y tres (\$4.830.218.973)³⁸.

³⁵ A folios 447 a 481, cuaderno 2, proceso 2002-0210.

³⁶ A folios 214 a 232, cuaderno 1, proceso 2002-0231.

³⁷ A folios 424 a 458, cuaderno 2, proceso 2002-0213.

³⁸ A folios 459 a 463, cuaderno 2, proceso 2002-0213.

Sin embargo, ninguna de tales liquidaciones fueron aceptadas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, pues, ambos apoderados al momento de hacer sus liquidaciones partieron desde el mes de enero de 1993, pese a que de acuerdo con la sentencia, la liquidación debía realizarse a partir del 21 de enero de 1999, lo que indiscutiblemente arrojaría un valor mucho menor al liquidado por las partes, por lo que ordenó que una vez se recibiera la certificación de la tesorería del municipio en donde constaran los valores de las mesadas pensionales canceladas a los demandantes, el despacho procedería a realizar la liquidación correspondiente³⁹.

Hecho que no ocurrió, dado que los apoderados presentaron un memorial al juzgado solicitando la terminación del proceso porque habían llegado a un acuerdo económico con base en las liquidaciones erróneas.

En los otros procesos, es decir, en los identificados con los radicados 2002-0013, 2003-0226, 2003-0387 y 2004-0241, no se había declarado, ni judicial ni administrativamente obligación económica alguna a cargo del municipio de San José de Cúcuta, en favor de los allí demandantes.

³⁹ A folio 511 y 512, cuaderno 2, proceso 2002-0213.

Pese a lo anterior, el 23 de febrero de 2005, quien para ese momento se desempeñaba como alcalde del municipio y el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** suscribieron un documento que denominaron «ACTA DE CONCILIACIÓN SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, TODO SOBRE REAJUSTES PENSIONALES DE LEY 6ª DE 1.992», mediante el cual, el municipio se obligó a pagar a favor de todos los demandantes la suma de siete mil novecientos ochenta y cinco millones ochocientos cincuenta y seis mil setecientos cincuenta y siete pesos con ochenta y cuatro centavos (**\$7.985.856.757,84**), en cuatro cuotas, a cubrir los días 28 de febrero, 29 de marzo y 10 de junio de 2005, y 10 de enero de 2006.

Las dos primeras cuotas -la primera por \$1.437.454.216,40 y la segunda por \$559.009.973- que sumaron un valor total de mil novecientos noventa y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos con cuarenta centavos (**\$1.996.464.189,40**), fueron efectivamente pagadas por el municipio a favor del abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, tal y como éste mismo lo declaró, y como lo evidencian los comprobantes de egreso N° E-033387⁴⁰ y E-034030⁴¹ del 1 y 29 de marzo de 2005, respectivamente. Sin embargo, la cuota pactada para pagar el 10 de junio de 2005, por valor de tres mil novecientos noventa y dos millones

⁴⁰ A folio 1299, carpeta 3, expediente 2005-0254.

⁴¹ A folio 1300, carpeta 3, expediente 2005-0254.

novecientos veintiocho mil trescientos setenta y ocho pesos con noventa y dos centavos (**\$3.992.928.378,92**), no fue entregada por el municipio de San José de Cúcuta.

Por lo anterior, el 8 de julio de 2005, el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, de manera directa, formuló demanda ejecutiva laboral, que le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, proceso que se identificó con el radicado 2005-0254, con la finalidad de que se ejecutara el acta de conciliación de fecha 23 de febrero de 2005; el despacho judicial libró mandamiento de pago el 18 de julio de ese año⁴², por las sumas de \$3.992.928.378,92 y \$1.996.464.189,46, más los intereses moratorios causados a partir del 11 de junio de 2005, hasta la fecha efectiva del pago.

Luego, mediante auto del 13 de septiembre de 2006,⁴³ el Juzgado ordenó continuar con la ejecución, acorde con el mandamiento de pago, y requirió a las partes para que presentaran la liquidación del crédito; en proveído del 29 de septiembre del 2006⁴⁴, decretó el embargo y la retención de las sumas de dinero del municipio de San José de Cúcuta, medidas cautelares que limitó en la suma de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000).⁴⁵

⁴² A folios 13 y 14, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

⁴³ A folios 140 a 141, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

⁴⁴ A folios 203 a 205, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

⁴⁵ A folios 366 a 368, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

El 30 de marzo de 2007,⁴⁶ el abogado presentó la liquidación del crédito hasta el 10 de abril de 2007, por un valor de \$5.653.626.767,63. Más adelante, por solicitud del Juzgado,⁴⁷ el 7 de junio de 2007,⁴⁸ el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** presentó una liquidación del crédito hasta el 31 de mayo de 2007, por valor de \$5.851.521.343,07, la cual fue aprobada mediante auto del 26 de junio de 2007.⁴⁹

Estando en curso el proceso ejecutivo laboral, los procesados se posesionaron en sus respectivos cargos. Así, **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** se posesionó en el cargo de alcaldesa del Municipio de San José de Cúcuta, el 1 de enero de 2008; **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** se posesionó en el cargo de secretario de despacho -área de dirección de hacienda- el 11 de enero de 2008; y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** tomó posesión del cargo de jefe oficina asesora, área jurídica, el 3 de enero de 2008.

Luego, mediante auto del 29 de febrero de 2008⁵⁰, la Juez ordenó que, previo a practicar las medidas cautelares, el demandante debía allegar «en forma concreta lo que en efecto se le ha cancelado y lo que a la fecha se adeuda por la obligación que se demanda...», misma orden que le impartió a la alcaldesa del municipio.

⁴⁶ A folio 769, cuaderno 2, expediente 2005-0254.

⁴⁷ A folio 781, cuaderno 2, expediente 2005-0254.

⁴⁸ A folio 821, cuaderno 2, expediente 2005-0254.

⁴⁹ A folios 833 y 834.

⁵⁰ A folios 1074 y 1075.

En virtud de lo anterior, el 7 de marzo de 2008⁵¹, el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** presentó una liquidación del crédito hasta el 4 de marzo de ese año, por valor de \$6.822.804.143,58, y solicitó que se expidieran los oficios donde se comunicaban las medidas cautelares. En esa misma fecha, el secretario del juzgado libró el oficio N° 0459, dirigido a la alcaldesa del municipio de San José de Cúcuta, mediante el cual se le comunicó que se le había ordenado remitir «constancia donde se informe los pagos legalmente efectuados al apoderado del actor, en este proceso».

En ese contexto procesal y sin que la alcaldía del municipio de San José de Cúcuta hubiese remitido la información solicitada por el juzgado, el **4 de abril de 2008**, **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** -alcaldesa de San José de Cúcuta-, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** -secretario de hacienda-, **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** -jefe oficina asesora jurídica- y el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** suscribieron un documento denominado «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN» -el cual es calificado por la Fiscalía y por el *A-quo* como manifiestamente contrario a la ley-, en los siguientes términos:

ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN

Entre los suscritos, de una parte, **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** en calidad de **ALCALDESA DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA** y de la otra **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, en calidad de **ABOGADO ACREEDOR** de la obligación cobrada ejecutivamente dentro del proceso 0254 que se adelanta en el Juzgado

⁵¹ A folios 1077 a 1079.

Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, hemos llegado a los acuerdos que se transcriben subsiguientemente:

ACUERDAN

1. El demandante abogado ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO se compromete para con el municipio de San José de Cúcuta a dejar en suspenso la solicitud de los oficios necesarios para materializar el embargo de los bienes y haberes de esta institución.

2. El demandante se compromete a mantener su compromiso de no solicitar los oficios para hacer efectivo el embargo mientras el municipio de cumplimiento a los pagos pactados en este acuerdo y no promueva actividades de cualquier orden que atenten contra la confianza que el acreedor ha puesto en la institución, por tratarse de una nueva administración.

3. El municipio, por su parte, representado por su alcaldesa doctora MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, se compromete por intermedio de la Secretaría del Tesoro, a efectuar dentro del año 2008, un abono directamente al acreedor y con cargo al proceso ejecutivo antes enunciado, por la suma de CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000), pagaderos de la siguiente manera: TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000) a más tardar el día 18 de abril del 2008 y los restantes DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.000) entre el 15 y el 31 de agosto del 2008, con cargo al rubro que para tal efecto se asigne presupuestalmente.

4. En caso que la administración de cumplimiento a este acuerdo, el acreedor, abogado Álvaro Iván Araque Chiquillo se compromete para con el municipio una vez se cumpla con el segundo pago aquí estipulado, a suscribir un nuevo acuerdo con cuyo cumplimiento en lo posible se ponga fin a la obligación y el proceso una vez se pague el último y definitivo saldo.

5. El presente acuerdo recae exclusivamente sobre plazos para pagar y la voluntad de no hacer efectivos embargos dejando incólumes los demás efectos de la mora.

No siendo otro el objeto de la presente concertación, se suscribe en San José de Cúcuta, en sendos originales, a los 4 días del mes de abril de 2008, como aparece, en señal de aceptación expresa de los términos de su contenido».

De la lectura anterior se evidencia que el acuerdo suscrito y celebrado entre los funcionarios del municipio de

San José de Cúcuta y el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, consistió en que los primeros comprometieron al municipio de San José de Cúcuta a pagar directamente al abogado **ARAQUE CHIQUILLO**, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), monto que se pagaría en dos cuotas, en los meses de abril y agosto del 2008, por concepto de «abono directamente al acreedor y con cargo al proceso ejecutivo antes enunciado (2005-0254)»; y el abogado, a cambio, se comprometió a «dejar en suspenso la solicitud de los oficios necesarios para materializar el embargo de los bienes y haberes de esta institución», siempre que el municipio cumpla con los pagos acordados. Ambas partes acordaron «suscribir un nuevo acuerdo con cuyo cumplimiento en lo posible se ponga fin a la obligación y el proceso una vez se pague el último y definitivo saldo».

4.2. Precisión fáctica y probatoria inicial

Al interior de este trámite se surtió todo un debate acerca de si los ciudadanos representados legalmente por el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, tenían o no derecho al reajuste pensional consagrado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, controversia que, incluso, fue planteada ante la Corte por las partes e intervinientes, en la audiencia de sustentación del recurso de casación.

Así, para la Fiscalía General de la Nación, el documento suscrito por los procesados es manifiestamente contrario a la ley, entre otras razones, porque el reajuste pensional reglado en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, sólo

beneficiaba a los pensionados del ámbito nacional y no a los del orden territorial, de modo que, las personas representadas por el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, en su condición de pensionados territoriales, no tenían derecho a ese reajuste pensional, mucho más, porque esa norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia CC C-531/95.

Por su parte, la bancada de la defensa considera que los ciudadanos sí tenían derecho al reajuste pensional, porque: (i) la Corte Constitucional en las sentencias CC T-1082/06 y T-030/11, explicó que la sentencia CC C-531/95, no era aplicable a los casos en los que ya se hubiese adquirido el derecho; y, (ii) la sentencia CC C-893/01, hizo extensible el beneficio pensional a los empleados municipales.

De cualquier modo, refieren que el derecho de los pensionados a obtener un reajuste pensional con base en la ley 6ª de 1992, no es un tema pacífico, a tal punto que existen posiciones jurídicas divergentes entre el Consejo de Estado y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que tomar postura por una u otra interpretación no puede ser catalogado como manifiestamente contrario a la ley.

Para la Corte, en este caso en particular, el objeto del asunto no radica en resolver si procedía o no el reajuste pensional con base en ley 6ª de 1992, pues, para cuando

MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO tomaron posesión de sus cargos, ya se había suscrito el documento «ACTA DE CONCILIACIÓN SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, TODO SOBRE REAJUTES PENSIONALES DE LEY 6ª DE 1.992», lo que ocurrió el 23 de febrero de 2005, mediante el cual el municipio de San José de Cúcuta se obligó a pagar la suma de \$7.985.856.757, 84, a favor de los demandantes de los 7 procesos ordinarios laborales allí relacionados, por concepto de reajuste pensional, conforme la referida ley.

Es decir, el debate relacionado con la legalidad o no de ese acuerdo, es un aspecto que no corresponde dilucidar en este caso, porque se trata de un hecho que no se le puede atribuir a los aquí procesados, sencillamente porque no participaron en su creación ni ejecución directa.

La Corte debe aclarar, entonces, que lo que antecedió al acuerdo que suscribieron **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** el 4 de abril de 2008, fueron las decisiones que, en curso de un proceso ejecutivo, profirió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 18 de julio de 2005, a través de la cual libró mandamiento de pago, y el 13 de septiembre de 2006, que ordenó continuar con la ejecución, providencias

cuyo contenido, legalidad y validez no pueden discutirse en este proceso, en tanto, tampoco es ese el objeto de este caso.

De modo que, para el 4 de abril de 2008 -fecha en la que los procesados suscribieron el documento denominado «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN»-, el municipio de San José de Cúcuta, representado en ese momento por la alcaldesa **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, estaba obligado a pagar conforme el mandamiento de pago que se libró el 18 de julio de 2005, por las sumas de \$3.992.928.378,92 y \$1.996.464.189,46, más los intereses moratorios causados a partir del 11 de junio de 2005, hasta la fecha efectiva del pago, y las agencias en derecho que fueron tasadas por el Juzgado por un valor de \$234.060.853.

Sin embargo, el que el municipio de San José de Cúcuta estuviera obligado a pagar, no significa que pudiera hacerlo de cualquier forma, mucho menos contrariando de manera manifiesta la ley.

El problema jurídico consiste en determinar si **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, en su condición de servidores públicos al servicio del municipio de San José de Cúcuta, a título de alcaldesa, secretario de hacienda y jefe oficina asesora jurídica, respectivamente, al suscribir el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008, contrariaron de manera manifiesta la ley.

4.3. Resolución del problema jurídico

En la audiencia de formulación de imputación⁵² y en la acusación⁵³, el delegado de la Fiscalía les enrostró a **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, el delito de *prevaricato por acción*, por considerar que el acta de conciliación suscrita por ellos el 4 de abril de 2008, denominada «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN» es manifiestamente contraria a la ley, porque los servidores públicos soslayaron, de manera dolosa, las normas que regulan el instituto de la conciliación, concretamente, los artículos **23** -conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo-, **24** -aprobación judicial de conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo- y **28** -de la conciliación extrajudicial en materia laboral- de la **Ley 640 de 2001** y artículo **65B** -comité de conciliación-, de la **Ley 23 de 1991**, dado que: (i) el acuerdo conciliatorio no se sometió al Comité de Conciliación del municipio; (ii) la conciliación no se realizó ante el Procurador Delegado para Asuntos Administrativos o Laborales; (iii) no fue aprobada por el Juez que adelantaba el proceso ejecutivo; y, (iv) la conciliación adolece de la falta de los siguientes requisitos: (a) no se identificó a los beneficiarios del acuerdo de pago; (b) no se allegó el poder a favor del abogado **ARAQUE CHIQUILLO**, para actuar en favor de los beneficiarios; (c) no se determinó el

⁵² A partir del récord 08:28, audiencia del 23 de febrero del 2015.

⁵³ A partir del récord 10:59.

valor de lo adeudado; (d) se fijó la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) sin ningún sustento; y, (e) no se allegaron las resoluciones mediante las cuales se les reconoció el derecho a la pensión, las sentencias mediante las cuales se decretó el reajuste pensional, ni las liquidaciones individuales del crédito.

Pues bien, la Ley 640 de 2001 reglamenta la **conciliación**, entendida esta como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través del cual las partes pactan, por sí mismas, la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral, imparcial y calificado, denominado conciliador -artículo 64, Ley 446 de 1998-; esta forma de acuerdo puede operar *judicial* -durante el trámite de un proceso judicial-, *prejudicial* -cuando constituye un requisito de procedibilidad- o *extrajudicial* -si se realiza antes o por fuera del proceso judicial-; el acuerdo puede, a su vez, estimarse en derecho o en equidad -artículo 3º, Ley 640 de 2001-. El acuerdo, que puede ser total o parcial, pone fin a la controversia, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Sobre la *conciliación en materia laboral*, la Sala de Casación Laboral de esta Corporación, en la decisión CSJ SL4066-2021, Rad. 60186, después de hacer un extenso análisis acerca de la figura, concluyó lo siguiente:

«Entonces, llegados a este punto del sendero, brota un primer colofón: las partes pueden acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral, para debatir acuerdos conciliatorios con efectos de

cosa juzgada, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, pues la conciliación es un instituto jurídico concebido «*como un acto serio y responsable de quienes lo celebren y como fuente de paz y de seguridad jurídica*», (CSJ SL, del 9 de mar. 1995, rad. 7088), sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez y eficacia de la conciliación, tales como: *i)* el cumplimiento de presupuestos formales, como lo sería que sea aprobada por una autoridad competente; *ii)* la inexistencia de vicios en el consentimiento; *iii)* la no violación de normas de orden público, y *iv)* el no desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles (CSJ SL, del 13 de mar. 2013, rad. 44157).

Cumple afirmar, así, que la conciliación es un mecanismo de autocomposición que, con la ayuda de un tercero componedor, busca resolver las controversias surgidas con ocasión de un conflicto suscitado que se origine en el contrato de trabajo (SL1982-2019). Ese conciliador por regla general es el juez o el inspector del trabajo y, a partir de las normas sobre descongestión judicial, se invistió también a particulares con ese propósito. Para que se deriven los mencionados efectos de cosa juzgada, tal como se dijo arriba, **se requiere que la conciliación sea aprobada por autoridad competente**, que no existan vicios en el consentimiento ni se violen normas de orden público y que se respeten los derechos mínimos e irrenunciables que no son susceptibles de conciliación».

Por esa senda, la Sala Laboral ha señalado de manera reiterada -CSJ SL, 14 dic. 2007, Rad. 29332; SL623-2020, Rad. 73805; SL4361-2021, Rad. 77317; SL1262-2022, Rad. 77661-, que la conciliación es un acto o declaración de voluntad sujeto para su validez y eficacia al cumplimiento de los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil, en particular, la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Ahora bien, el conciliador en materia laboral y de la seguridad social es un tercero imparcial, equitativo y

calificado, aunque la labor solo puede ser ejercida por: (i) los inspectores de trabajo; (ii) los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo; y (iii) los agentes del Ministerio Público en materia laboral. A falta de todos los anteriores, en el respectivo municipio la tarea podrá ser adelantada por los personeros y por los Jueces Civiles o Promiscuos Municipales -artículo 28 de la Ley 640 de 2001-.

Sobre la validez de la conciliación y sus efectos, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en la sentencia CSJ SL19457-2017, en la que rememoró la CSJ SL15179-2017, que a su vez reiteró la CSJ-SL, del 14 de jun. 2011, rad. 38314, CSJ-SL del 24 de en. 2012, rad. 44039, señaló lo siguiente:

«[...]

2º) En torno a la validez de la conciliación y el efecto de cosa juzgada

Concerniente a la conciliación, como forma anormal de terminación de los procesos o como modo amigable de evitar futuros pleitos, esta sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, del 6 de jul.1992, rad. 4624, de la extinguida Sección Segunda, siguiendo las orientaciones de la Sala Plena de la Corporación, que en ese entonces actuaba como guardiana de la Constitución de 1886, así como la de otros pronunciamientos de las dos secciones de la sala que al efecto citó, y la opinión autorizada de un conocido tratadista nacional que igualmente transcribió, sentó la regla de que el efecto de cosa juzgada que los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo le atribuían a la conciliación producida en juicio o fuera de él, solo era válido «si además de cumplirse a cabalidad con los requisitos externos de validez del acto se configura un real acuerdo conciliatorio que no vulnera para nada la ley». Para esta conclusión, la Sección Segunda acogió la tesis de que la conciliación es un desarrollo de la autonomía de la voluntad, y desechó la otra en boga, según la cual la conciliación

es un acto procesal, que como tal impedía su enervación en proceso posterior.

Reiteró la Corte en esa oportunidad, que la conciliación «trata esencialmente de un acuerdo de voluntades sometido a una solemnidad ad substantiam actus; y por ser un acto o declaración de voluntad, queda... sujeta para su validez y eficacia a que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil».

Así mismo precisó, respecto de la transacción, y luego de recalcar las diferencias sustanciales y procesales que tenía con la conciliación, «que si bien la transacción al igual que la conciliación producen el efecto de cosa juzgada en última instancia, siempre podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión cuando mediante cualquiera de tales actos o declaraciones de voluntad se transgrede la ley».

Luego, en providencia CSJ SL, del 4 de mar. 1994, rad. 6283 la Corte fue enfática en advertir que «cuando la conciliación es llevada a cabo ante funcionario competente, juez laboral o inspector del trabajo, produce por virtud de los artículos 20 y 78 del C.P. de T., el efecto de cosa juzgada. Lo anterior conlleva a que la conciliación no pueda, en principio, ser modificada por decisión alguna. Por tanto, la conciliación como las sentencias, no sólo son obligatorias, sino que, por virtud de ese efecto, son definitivas e inmutables».

En conclusión, en materia laboral la conciliación es concebida como una forma anormal de terminación de los procesos o como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que se asemeja a una sentencia judicial con efectos de cosa juzgada y, por tanto, en principio, es inmutable, siempre y cuando cumpla con los requisitos esenciales del acto jurídico –capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos-, no se violen los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador y sea aprobado por un juez, funcionario administrativo o delegado por la ley para tal efecto.

En este punto, se debe indicar que el defensor del procesado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, manifestó que los artículos 29, 30 y 39 de la Ley 640 de 2001, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-893/01 del 22 de agosto de 2001, es decir, mucho tiempo antes de la celebración del acuerdo del 4 de abril de 2008, de modo que no se les podía exigir a los procesados su cumplimiento.

Al respecto, se advierte que no existe identidad respecto de las normas que cita el defensor -artículos 29, 30 y 39 de la Ley 640 de 2001- con las que, en sentir de la Fiscalía, fueron desconocidas por los procesados al momento de emitir el acta de conciliación de fecha 4 de abril de 2008 -artículos 23, 24 y 28-; ni sobre las materias que dichos artículos regulan.

Así, los artículos 29 -efectos de la inasistencia a la audiencia de conciliación en asuntos laborales-, 30 -del mecanismo conciliatorio especial para resolver controversias laborales- y 39 -requisito de procedibilidad en asuntos laborales-, de la Ley 640 de 2001, citados por el abogado, regulaban la conciliación en materia laboral como **requisito obligatorio de procedibilidad de la acción laboral**, normas que, en efecto, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, a través de las sentencias CC C-893/01 y C-204/03.

Las normas que fueron citadas como infringidas, en las correspondientes audiencias de imputación y acusación, por el delegado de la Fiscalía, esto es, los artículos 23, 24 y 28 de la Ley 640 de 2001, regulan la **conciliación extrajudicial** en materia de lo contencioso administrativo y lo laboral, y establecen quiénes son los funcionarios competentes para llevarlas a cabo; artículos que, sobre estos aspectos, fueron declarados ajustados a la Constitución Política.

Por lo tanto, el argumento del defensor, según el cual, las normas que citó el Fiscal como infringidas por los procesados, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, resulta contrario a la realidad.

Lo que de manera hábil pretende el defensor, es generar confusión entre la conciliación, en cuanto, requisito obligatorio de procedibilidad en materia laboral -que esta proscrito- y la conciliación extrajudicial, a manera de mecanismo anormal de terminación de los procesos o en calidad de mecanismo alternativo de solución de conflictos, como si se tratara de lo mismo y, a partir de una lectura equivocada de las normas, concluir que los procesados no realizaron una conciliación, sencillamente, porque ésta última se encuentra prohibida en materia laboral, de modo que no se les podía exigir el cumplimiento del artículo 28 de la Ley 640 de 2001

Ello se erige en lectura caprichosa de la ley, en todo caso, contraria a la interpretación constitucional y legal que cabe hacer a los artículos examinados en precedencia.

Ahora bien, el enfoque propuesto por el defensor se dirige a imponer su particular tesis, según la cual, el negocio jurídico que celebraron los procesados el 4 de abril de 2008, corresponde, no a una conciliación, sino a un acto transaccional, que no exigía para su validez y eficacia, de la aprobación de ninguna autoridad judicial ni administrativa.

Sin embargo, como se verá a continuación, esta distinción, para el caso, resulta inocua, dado que los requisitos que, según la Fiscalía, fueron omitidos por los procesados al momento de suscribir el acuerdo, se predicán de ambos actos jurídicos.

Como ha quedado visto, en materia laboral la conciliación debe ser aprobada por el funcionario competente; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte, a partir de la decisión CSJ SL, 4 jun. 2008, Rad. 33086, de manera pacífica y reiterada ha señalado que el solo hecho de que el acuerdo no esté autorizado o aprobado por el funcionario competente, no invalida el acto de voluntad, pues, en esos eventos deberá entenderse que se trata de una transacción, **siempre que la misma cumpla con los requisitos de validez y eficacia y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.**

Así, la Corte en la decisión CSJ SL, 16 oct. 2012, Rad. 38706 -reiterada en CSJ SL, 20 feb. 2013, Rad. 41363; SL449-2013, Rad. 41811; SL6436-2015, Rad. 43610; SL3477-2018, Rad. 55768; SL4066-2021, Rad. 60186-, señaló lo siguiente:

«En otro orden de consideraciones, también tiene asentado la Corte Suprema de Justicia que la consecuencia de que una “conciliación laboral” no esté suscrita o aprobada por el respectivo funcionario competente, que la autorice como garantía de protección de los derechos ciertos e indiscutibles, consiste en que dicho acuerdo adquiere la connotación de una “transacción” que no requiere para su validez como lo pretenden hacer ver los recurrentes, del aval de la autoridad competente, dado que basta que esa manifestación de voluntad de las partes se haga en forma consiente y libre de apremio, y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, para que aquella surta sus plenos efectos legales».

Por lo tanto, el solo hecho que **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, hubiesen omitido acudir ante la autoridad competente con la finalidad de que se aprobara el acuerdo celebrado con el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, el 4 de abril de 2008, tal y como lo exige el artículo 28 de la Ley 640 de 2001, no convierte el acuerdo en manifiestamente contrario a Ley, pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en esos eventos podrá entenderse que se trata de una transacción, siempre y cuando cumpla con los requisitos de validez y eficacia y no vulnere derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

Ahora bien, la **transacción** es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través del cual las partes con capacidad jurídica terminan de manera anormal y extrajudicial un conflicto existente o eventual, luego de realizar concesiones mutuas y recíprocas; será válido siempre que no implique la vulneración de derechos ciertos e indiscutibles ni de la Ley.

La Sala Laboral de la Corte, en la decisión CSJ SL5032-2020, Rad. 78333, realizó un análisis de la transacción, sus formalidades y efectos, por lo que, dada su pertinencia, a continuación se transcribirán los apartes pertinentes:

«La transacción

Sea lo primero señalar que el artículo 2469 del CC define la transacción como *«un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual»* y dispone que *«no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa»*.

En dicho sentido, tal y como lo ha expuesto la Corte, la transacción es un mecanismo legítimo para precaver o finalizar un conflicto entre las partes, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos, la cual resulta válida, conforme se dijo en decisión AL3608-2017, cuando: *i)* exista un litigio pendiente o eventual (artículo 2469 CC), *ii)* no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (artículo 15 CST), *iii)* la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, **y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual** y, *iv)* que hayan concesiones mutuas o recíprocas.

De ahí que, ese tipo de acuerdo es un mecanismo legítimo que se celebra con la finalidad de acabar un litigio o precaver uno futuro, cuyas características se sustentan en que las partes renuncian a los derechos en disputa y, en su lugar, ceden en sus aspiraciones, siendo, por lo tanto, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que hace tránsito a cosa juzgada y surte plenos efectos,

siempre y cuando no esté afectada por algún vicio en el consentimiento, su objeto y causa sean lícitos, y no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles.

Sobre los efectos de la transacción, la Sala de Casación Civil estableció que son: *i)* el cambio de una relación jurídica incierta, en otra que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, y *ii)* la terminación de un proceso judicial, o si no se ha dado el mismo, la imposibilidad de los contratantes, de llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo. En sentencia CSJ SC, 29 jun. 2007, rad. 6428, se estimó:

4. Pertinente es señalar, además, que en la transacción es dable distinguir un doble cometido y, por ende, que sus efectos se irradian también en dos sentidos o direcciones: por una parte, no hay duda que el referido negocio, recta vía, atañe al derecho sustancial de quienes lo celebran, pues como lo resaltó la Corte en la sentencia anteriormente reproducida, mediante él se muda o cambia una relación jurídica dudosa o incierta en otra, distinta o diversa, que se caracteriza por la perfecta definición de los elementos que la conforman y de sus alcances, desapareciendo así la controversia que, precisamente, mediante la transacción se deja solucionada; de otra parte, la aludida negociación jurídica abarca también la actividad litigiosa de sus partícipes, sea que entre ellos ya exista un proceso judicial o que aún no se haya dado inicio al mismo. En el primer supuesto, la transacción ocasionará la terminación de la correspondiente desavenencia, en la forma que regula el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo, impedirá a los contratantes, en línea de principio, llevar al órgano jurisdiccional su desacuerdo.

Por otra parte, si ese acto o declaración de la voluntad no cumple con los requisitos ya referidos, esto es, que el consentimiento no esté afectado por algún vicio en el consentimiento, que su objeto y causa sean lícitos, que no desconozca derechos mínimos, ciertos e indiscutibles, y que se efectúen concesiones mutuas; se puede acudir ante el juez del trabajo a fin de restarle validez y, de este modo, enervar los efectos jurídicos que le son propios, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez».

El anterior análisis deja en evidencia que, no obstante ser cierto que la **conciliación** y la **transacción** son figuras

diferentes, en cuanto, la última es contractual y requiere únicamente la voluntad de quienes concurren a ese acto, mientras la primera exige la aprobación de una autoridad pública, ambos fenómenos comparten las siguientes similitudes: *(i)* no se puede conciliar o transigir sobre derechos ciertos e indiscutibles del trabajador; *(ii)* hacen tránsito a cosa juzgada; *(iii)* para su validez y eficacia están sujetos al cumplimiento de los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil, esto es, la capacidad, el consentimiento, objeto lícito y causa lícita; y, *(iv)* en ambos casos las partes deben tener la capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de conciliación o transacción, es decir, las partes deben ser titulares de los derechos objeto de la conciliación o transacción, o tener la legitimidad para disponer sobre los intereses a conciliar o transigir, tener la representación para disponer de ellos o, en cualquier caso, contra con la facultad de disposición con fundamento en algún título de carácter jurídico -C-404/16-.

Ahora bien, el artículo 65B de la Ley 23 de 1991 – adicionado por el artículo 75 de la Ley 446 de 1998- dispone lo siguiente:

«Artículo 65-B. Comité de conciliación. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.

Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad».

El Gobierno Nacional, a través del decreto 1214 de 2000, norma de obligatorio cumplimiento para los municipios, entre otras entidades y organismos del Estado -que se encontraba vigente para la época en que se suscribió el acuerdo, pero fue derogada por el Decreto 1716 de 2009-, reglamentó el funcionamiento de los Comités de Conciliación; en el artículo 2º dispuso lo siguiente -esta norma aparece reproducida casi que en idénticos términos en el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, compilado en el Decreto 1069 de 2015-:

«Artículo 2o. *Del Comité de Conciliación.* El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Igualmente, **decidirá en cada caso específico sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes.**

Parágrafo. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto».

Dicho Comité tiene, entre otras funciones, la de **«Determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación** y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación» (artículo 5º del Decreto 1214 de 2000-, sus decisiones son de obligatorio cumplimiento por parte de los apoderados de cada entidad -artículo 8º-.

El Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 11 de octubre de 2018, Rad. 17001-23-33-000-2016-00440-01(AP), examinó la creación, naturaleza jurídica y funciones de los Comités de Conciliación, por lo que, dada su absoluta pertinencia al caso que concita la atención de la Sala en esta oportunidad, a continuación, se transcribirán *in extenso* los apartes pertinentes:

«La litigiosidad a la que se han visto abocadas las entidades públicas ha sido una constante preocupación del Estado, por ello, la Ley 446 de 1998 – artículo 75 –, el legislador estableció la obligación de las entidades públicas de conformar los comités de conciliación tanto en el orden nacional como territorial y descentralizado, norma que fue reglamentada por el Decreto 1214 de 2000 y posteriormente por el Decreto 1716 de 2009, compilado por el Decreto único 1069 de 2015.⁵⁴

Los comités de conciliación son una instancia administrativa de decisión cuya objetivo es el estudio, análisis y formulación sobre las políticas de la entidades para la prevención del daño antijurídico en sus actuaciones y la defensa de sus intereses; esto implica que tiene una importante labor preventiva y un enfoque de estrategia jurídica y judicial frente a los litigios que deben enfrentar. Igualmente tiene a su cargo, la decisión de la entidad “sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos”, con el fin de evitar lesiones al patrimonio público.

El Comité es de obligatoria creación para las entidades y organismos de derecho público, del orden nacional, departamental, distrital y municipios capitales de departamentos así como los entes descentralizados de estos niveles⁵⁵, y está integrado por el jefe del ente respectivo o su delegado, el ordenador del gasto, el jefe de la oficina jurídica y dos funcionarios de dirección o confianza, asimismo concurrirán, con derecho a voz los funcionarios que por su condición jerárquica y funcional deban asistir según el caso concreto, el apoderado que represente los

⁵⁴ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho “.

⁵⁵ “Ley 446 de 1998, artículo 75; decreto 1716 de 2009, artículo 15”

intereses del ente, el Jefe de la Oficina de Control Interno y el Secretario Técnico del Comité.

Tal conformación obedece a que las importantes decisiones asignadas a dicha instancia deban ser adoptadas por las directivas de la respectiva entidad y por los funcionarios expertos en los temas relacionados con la defensa jurídica, la prevención del daño antijurídico y los métodos alternativos de solución de conflictos.
(...)

Así las cosas, los comités de conciliación ejercen un papel relevante frente a la gestión de los intereses litigiosos de la entidad y la prevención de los daños antijurídicos, que se traduce en la protección y defensa del patrimonio público, el fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución pacífica de los conflictos así como la efectividad de los derechos humanos⁵⁶.

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

Asimismo, reitera que entre las obligaciones del Comité de Conciliación, se encuentra la adopción de las decisiones respecto a la procedencia de cualquier medio alternativo de solución de conflictos, según lo establece el artículo 2.2.4.3.1.2.2. del decreto 1069 de 2015 y **por tanto, no puede restringirse su competencia únicamente a la conciliación sino respecto a todos los mecanismos de solución de conflictos y de terminación anticipada del proceso, cualquiera sea su modalidad, lo que incluye, entre otros, la transacción**, la aprobación de la oferta de revocatoria directa de los actos administrativos que se hayan demandado ante la jurisdicción⁵⁷, la mediación de conflictos entre entidades públicas del orden nacional⁵⁸, o el pacto de cumplimiento en acciones populares.

Ahora bien, en el marco de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, el Comité de Conciliación debe definir, como se indicó anteriormente, los límites en el cual el representante legal o apoderado de la entidad asumir obligaciones y comprometer recursos económicos, puesto que es esta instancia

⁵⁶ “Circular 005 de 3 de febrero del 2009 de la Procuraduría General de la Nación”

⁵⁷ “Artículo 95, parágrafo, de la Ley 1437 de 2011”

⁵⁸ “Artículo 2.2.3.2.2.1.6. del decreto 1069 de 2015”

administrativa la encargada de velar por los intereses de la entidad y respetar los lineamientos para la defensa jurídica y prevención del daño antijurídico de la misma».
(...)

Como se expresó en párrafos precedentes, los comités de conciliación son las instancias administrativas facultadas para determinar y hacer cumplir las políticas públicas de las entidades respecto a la prevención del daño antijurídico y la defensa de sus intereses, lo cual implica la evaluación de los litigios en curso para su adecuado y eficaz trámite, el análisis de los procesos culminados para determinar las causas e índices de condenas y prevenir deficiencias en las actuaciones administrativas, la pertinencia del llamamiento en garantía o de la acción de repetición, así como, la procedencia en la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos».

De conformidad con lo expuesto, no cabe duda que el Comité de Conciliación es el competente para determinar en cada caso, a partir de un análisis de los argumentos y pruebas de la demanda, así como de la actuación y competencias de la entidad frente al caso concreto, la procedencia o improcedencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos, la conciliación y la transacción, y fijar los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado pueden comprometer a la entidad.

Por lo tanto, un municipio no puede celebrar una **conciliación** ni realizar una **transacción**, sin que antes la misma haya sido aprobada por el Comité de Conciliación, cuyos parámetros son de estricta observancia.

En consecuencia, la teoría de la defensa según la cual el acuerdo que celebraron los procesados el 4 de abril de 2008

no corresponde a una conciliación sino a una transacción y, por tanto, los implicados no debían contar con la aprobación de ninguna autoridad judicial ni administrativa para su validez y eficacia, no resulta ajustado al ordenamiento jurídico.

De modo que, independientemente de la denominación que los procesados le quieran ahora dar al documento - conciliación o transacción- es lo cierto que la imputación fáctica y jurídica que realizó la Fiscalía General de la Nación en contra de los procesados, por el delito de prevaricato por acción que recae sobre el «ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN» de fecha 4 de abril de 2008, se refiere, precisamente, a los requisitos comunes que comparten ambas figuras, es decir, la capacidad, el objeto, la causa y la necesidad de contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación, por lo que, la definición acerca de si se trata de una conciliación o de una transacción, se muestra a todas luces intrascendente.

Es decir, sea que se trate de una transacción o una conciliación, para que el acuerdo celebrado por el municipio de San José de Cúcuta pueda ser válido, eficaz y ajustado a la ley, es necesario que (i) hubiese sido aprobado de manera previa por el Comité de Conciliación del municipio; (ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles del trabajador; y, (iii) se satisfagan los requisitos que de manera general exige el

artículo 1502 del Código Civil, *a saber*, la capacidad, el consentimiento, objeto y causa lícita.

En este punto, la Sala encuentra necesario señalar que en este caso no es posible definir con certeza si se trató de una conciliación o de una transacción, porque el documento suscrito por los procesados es tan burdo y artificioso que no es posible encuadrarlo en ninguno de ellos.

Aquí, cobra relevancia traer a colación la definición del Consejo de Estado del acto administrativo:

«Los actos administrativos son la expresión de voluntad de las entidades públicas o de un particular en ejercicio de funciones públicas, con la capacidad de producir efectos jurídicos (Sentencia de 2 de junio 2011, Exp. 66001-23-31-000-2005 0519-01), y de cuya composición se desprenden los siguientes elementos: i) declaración de voluntad, juicio o conocimiento unilateral; ii) que se expida en ejercicio de la función administrativa y; iii) que ella produzca efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante (Sentencia de 10 de abril de 2008, Exp. 25000-23-24-000-2002-00583-01,).».

Además, «con independencia de la forma en cómo se adopte o la denominación que reciba, siempre que exista una manifestación de voluntad de una autoridad pública o particular en ejercicio de funciones públicas, que produzca efectos jurídicos será constitutiva de acto administrativo y, en consecuencia, susceptible del control judicial (Sentencia de 9 de julio de 2018, Exp. 2005-01526-02, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez).

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos.

Sobre estos presupuestos, esto dijo el Consejo de Estado en la sentencia del 31 de enero de 2019, Consejo de Estado, Sección Segunda, 11001-03-25-000-2016-01017-00(4574-16):

«Presupuestos de existencia y validez de los actos administrativo

37. Doctrinariamente se ha considerado que el acto administrativo tiene como elementos esenciales los de existencia, que han sido ubicados en el órgano y su contenido; los de validez, que son relativos a la voluntad y las formalidades o el procedimiento, y la eficacia u oponibilidad, sumergidas en las ritualidades para hacerlo eficaz y capaz de producir efectos jurídicos.

38. Al referirnos a la **validez** de un acto administrativo, **se hace alusión a la conformidad que este tiene con el ordenamiento jurídico, consecuencia del respeto a la legalidad o del sometimiento a las exigencias del derecho vigente**, o en otras palabras, se refiere al valor que tiene el acto administrativo cuando quiera que es confrontado con los preceptos legales, los cuales generan acatamiento por parte de los administrados en la medida en que rigen las relaciones entre ellos y el Estado

39. En lo que respecta a la **existencia del Acto Administrativo**, la Corte Constitucional ha considerado que está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De forma que, el Acto Administrativo existe desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del Acto

Administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada a su publicación o notificación

40. De lo anterior, se deduce que **la existencia del acto está aparejada a un requisito de tiempo, de forma y de efectos**. Y es, en este último requisito donde la Corte Constitucional hace recaer la sinonimia de los efectos que produce la existencia a la consideración de ser un acto eficaz, vale decir, que el acto existente es eficaz y vigente si se ha cumplido con la publicación (en el caso de los actos generales) o se ha cumplido con la notificación (si es acto subjetivo).

(...)

41. Los requisitos de existencia del Acto Administrativo, conlleva entonces la aparición de elementos subjetivos como objetivos, de tal manera que para que nazca el acto como tal se necesita de un órgano que lo profiera, una declaración de ese sujeto, un objeto sobre el cual recae tal declaración, un motivo por el cual se realiza, la forma que ella tiene y la finalidad que persigue, lo cual, de observarse, resultarían ser comunes a todos los actos jurídicos estatales.

42. En ese sentido, es un criterio uniformemente aceptado en el derecho administrativo que para la validez del acto se tienen como requisitos que haya sido expedido por autoridad competente, de conformidad con la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, que su expedición sea regular y que se observen los motivos y los fines desde el punto de vista de su licitud.

43. Por su parte, para que el acto administrativo se repute como existente se requiere de un órgano que lo profiera, de la declaración de voluntad, de que se precise el objeto o contenido del acto, del respeto por las formas y la observancia de los motivos y sus fines. 44. Para efectos de resolver el caso sub examine, tal como se abordará más adelante, resulta preciso recabar sobre tres de los elementos que permiten configurar la existencia del acto administrativo como son a saber: el órgano, la voluntad y la forma.

45. Es así como el órgano, entendido como el ente creador del acto, esto es la entidad estatal que investida de la función administrativa y en ejercicio de sus competencias, emite una manifestación de voluntad consciente, intelectual e intencional, que ajustada a las normas legales y teniendo en cuenta las razones

de hecho y de derecho que la determinan, produce efectos jurídicos.

46. Esta manifestación de voluntad de la administración, que cumple con un fin inmediato, se reviste bajo una forma, la cual le permite cumplir con los requisitos y el modo de exteriorizar el acto administrativo; de manera que las formalidades han sido clasificadas en sustanciales y meramente accidentales.

47. Las formalidades sustanciales son aquellas que de estructurarse vician el acto administrativo, tales como el preámbulo, el contenido, los argumentos o razones, la motivación, la parte dispositiva y los recursos procedentes. Contrario sensu, las formalidades accidentales no tienen poder suficiente para perturbar la legalidad del acto, verbigracia requisitos como fecha, encabezamiento, denominación y firma».

Dicho esto, a continuación, la Sala entrará a examinar si los procesados incurrieron o no en el delito de *prevaricato por acción* al suscribir el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008, de cara a los hechos jurídicamente relevantes a ellos atribuidos.

4.4. Sobre la responsabilidad penal de MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO por el delito de prevaricato por acción

A manera de proemio, se debe recordar que el objeto material del delito de *prevaricato por acción* comprende resoluciones, dictámenes o conceptos; de modo que dentro de la primera de ellas se encuentran tanto decisiones judiciales como **actos administrativos**. Por esa razón la Corte ha dicho que el objeto material del reato se debe entender como aquella providencia emitida por autoridad judicial o por funcionario administrativo, en ejercicio de sus

atribuciones, independientemente del rótulo o categorización, de modo que *«no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto interlocutorio o de sentencia o de resolución, lo que importa es que en ella el servidor público decida algo en ejercicio de su función»* (CSJ SP, 21 ago. 2013, rad. 39751 y CSJ AP, 22 jun. 2016, rad. 44960).

Dicho esto, en el presente asunto aparece probado que, para el 4 de abril de 2008, **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** eran servidores públicos en tanto que se desempeñaban como alcaldesa, secretario de hacienda y jefe de la oficina jurídica del municipio de San José de Cúcuta, respectivamente.

Asimismo, aparece acreditado que los tres servidores públicos suscribieron el documento **«ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN»**; y con el testimonio de **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** se probó que los tres servidores públicos leyeron el documento, lo examinaron y lo debatieron, de modo que conocieron su contenido, encontrándolo acorde con el ordenamiento, por lo que procedieron a firmarlo en una reunión en la que participaron los tres, junto con el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**.

Ahora bien, el documento denominado por los servidores públicos aquí procesados como **«ACTA DE ACUERDO DE PAGO DE UNA OBLIGACIÓN»** de fecha 4 de abril de 2008, se

constituye en un acto administrativo en la medida en que en dicho documento se expresa de manera inequívoca y concreta la voluntad de la administración, por virtud de la cual se creó una situación jurídica en la que el municipio de San José de Cúcuta se obligó a pagar la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) a favor del abogado ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO; el cual produjo innegables efectos jurídicos concretos pues fue con base en este documento que la administración, representada por los servidores públicos **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, dispuso jurídica y materialmente de la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000) a favor del abogado.

Sin embargo, no cabe duda de que el referido acto administrativo es manifiestamente contrario a la ley en tanto que en su expedición se soslayó el ordenamiento jurídico y no se respetaron las formas, tal y como se verá a continuación.

a. MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO celebraron un acuerdo económico sin contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación

Dentro del presente asunto aparece acreditado más allá de toda duda que los procesados suscribieron el acuerdo en el que comprometieron al municipio de San José de Cúcuta

a entregar a favor del abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) a pagar en dos cuotas, la primera, por tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), el 18 de abril de 2008, y la segunda, por dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), el 31 de agosto de 2008, sin contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación, la cual era obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65B de la Ley 23 de 1991.

Es decir, los procesados dispusieron libre y caprichosamente de los dineros del municipio, en una cuantía exorbitante, usurpando las competencias y las funciones del Comité de Conciliación, con lo cual contrariaron de manera manifiesta la ley.

Sobre este tema, cuando al procesado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, se le preguntó si antes de celebrar el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008, el municipio debía contar con la aprobación del Comité de Conciliación, esto contestó:

«Ocurre que, tal como lo dije anteriormente, ese convenio de no embargo tiene relación directa con el proceso 0254 de 2005, ¿por qué razón? porque lo que se estaba incumpliendo aquí era el mandamiento de pago y la sentencia proferida en el proceso 0254 que está incorporado aquí a la investigación.

Todo lo que ocurriera con ese mandato del Juzgado Cuarto Laboral tenía incidencia directa sobre ese proceso, que era un ejecutivo, por esa razón a folio 1133 aparece reportado el pago que se hizo en el año 2008, **y no era necesario, no era necesario, llevar o reunir el comité para eso, porque es que sencillamente ellos**

lo que estaban era obedeciendo la orden de la juez cuyo embargo era inminente. El embargo era inminente, el embargo era inminente, sencillamente, si ellos no cumplen y el Comité lo acepta, eso al juez no lo tiene en cuenta para nada, simplemente es embargo a las cuentas...
(...)

...aquí no había tiempo pa (sic) reunirse, ni era una obligación reunirse, ni ninguna disposición lo establece, simplemente cumpla, si no tiene cómo, ataje los embargos hablando, hable con los abogados, haga algún convenio, alguna cosa, sino se quiere dejar embargar, la única forma posible era la suscripción de esa actica, de ese convenio...». ⁵⁹

Por su parte, cuando al procesado **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** se le preguntó, de manera por demás confusa, «¿Díganos si además de que usted tuvo conocimiento sobre esos documentos que fueron la base, como usted lo manifiesta, para que se realizara el acuerdo de pago de la obligación del 4 de abril de 2008, se habló de alguna sentencia en especial que no obligaba a que existiera una conciliación especial?»⁶⁰, esto contestó:

«Por supuesto, dentro de la discusión de la reunión se habló claramente de la sentencia 893 del 2001, de la Corte Constitucional que evidentemente dice que las acreencias laborales no se necesitan conciliar. **Es que esto es tan claro, que quienes firmamos el acta hacemos mayorías en el Comité de Conciliación. Por eso, no era necesario ir al Comité de Conciliación porque esto fue lo que esta sentencia fue la que se llevó a la reunión, que evitaba realmente cualquier tipo de esos (sic), además, porque era el pago de una sentencia judicial que obligaba a pagar o iban a embargar las cuentas del municipio de Cúcuta.**»⁶¹

Como se ve, pese a que los procesados sabían de la existencia, competencias y funciones del Comité de

⁵⁹ A partir del récord 1:52.

⁶⁰ A partir del récord 18:44.

⁶¹ A partir del récord 19:12.

Conciliación, trataron de justificar la omisión de acudir a él para obtener la aprobación previa de la conciliación o transacción que finalmente celebraron, aduciendo que ello no era necesario porque se trataba del cumplimiento de una decisión judicial ejecutoriada, sumado a que se estaba ante el riesgo de que se embargaran las cuentas del municipio.

La Corte no duda acerca del deber y la obligación que tenía el municipio de San José de Cúcuta, de cumplir con la decisión judicial que le ordenaba pagar, conforme el mandamiento de pago que se libró el 18 de julio de 2005, pues, en efecto, el cumplimiento oportuno de los fallos judiciales ejecutoriados es un presupuesto esencial del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, de modo que, el incumplimiento de las decisiones judiciales se constituye en un grave atentado al Estado Social y Democrático de derecho.

La Sala tampoco desconoce los efectos que puede generar el cumplimiento de una orden de embargo y retención de las cuentas y los dineros del municipio, de cara a la ejecución del presupuesto y al plan de desarrollo de la entidad territorial.

Sin embargo, los procesados **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USATEGUI** y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, no podían soslayar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, que los obligaba a

obtener la aprobación previa del Comité de Conciliación, para llevar a cabo un acuerdo económico con el también implicado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, so pretexto de cumplir una decisión judicial o para evitar que las cuentas del municipio fueran embargadas.

Se insiste, el Comité de Conciliación es una instancia administrativa que tiene la competencia **exclusiva y obligatoria** de determinar, en cada caso concreto, la procedencia o improcedencia del mecanismo alternativo de solución del conflicto y señalar, de manera argumentada, la posición institucional en la cual se fijen los parámetros dentro de los cuales el representante legal o apoderado deberá actuar en la respectiva audiencia o instancia procesal, con la finalidad, entre otras, de proteger y defender el patrimonio del Estado.

De manera que, por ningún motivo los procesados podían comprometer al municipio de San José de Cúcuta a ningún tipo de obligación y disponer del presupuesto del municipio, de manera autónoma y sin contar con la aprobación del Comité de Conciliación, como en efecto lo hicieron.

b. MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO suscribieron el acuerdo con el abogado ÁLVARO IVÁN

ARAQUE CHIQUILLO, sin constatar si éste tenía capacidad para celebrarlo

Como se dijo líneas arriba, para que una *conciliación* o una *transacción* sea válida, se requiere, entre otras cosas, que las partes tengan la capacidad de disposición sobre aquello que es objeto de conciliación o transacción. Es decir, las partes deben ser titulares de los derechos objeto de la conciliación o transacción, o tener la legitimidad para disponer sobre los intereses a conciliar o transigir, tener la representación para disponer de ellos, o, en cualquier caso, contar con la facultad de disposición, con fundamento en algún título de carácter jurídico -C-404/16-.

Pues bien, lo primero que hay que indicar es que los titulares del derecho sustancial debatido en el proceso ejecutivo laboral identificado con el radicado 2005-0254, adelantado por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, eran los pensionados a favor de quienes se había reconocido el derecho al reajuste pensional con base en la Ley 6ª de 1992, a través del acta de conciliación celebrada el 23 de febrero de 2005.

Por lo tanto, quienes tenían capacidad para conciliar o transigir con el municipio de San José de Cúcuta, eran los pensionados, pues, se insiste, en estos radicaba la titularidad del derecho sustancial debatido, y no en el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**. En palabras más

claras, el derecho al reajuste pensional se reconoció a favor de los pensionados del municipio de San José de Cúcuta, y no a favor del abogado **ARAQUE CHIQUILLO**, de modo que los únicos que podían disponer del derecho eran los pensionados.

Entonces, si **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, estaban interesados en llevar a cabo un acuerdo sobre la obligación que se estaba ejecutando al interior del proceso ejecutivo laboral identificado con el radicado 2005-0254, debieron celebrarlo con los titulares del derecho, es decir, los pensionados a favor de quienes se reconoció el reajuste pensional.

Ahora bien, si el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** se presentó ante el municipio como apoderado judicial de los pensionados, entonces **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** y **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, estaban obligados a constatar ese específico hecho antes de suscribir el acuerdo, pues, la capacidad es uno de los requisitos de validez de la conciliación o la transacción; sin embargo, los procesado no lo hicieron; por el contrario, celebraron el acuerdo con el abogado, pese a que éste no demostró que actuaba en representación de los titulares del derecho.

En este punto, la Sala quiere destacar que, pese a que el «ACTA DE CONCILIACION SOBRE PAGO DIFERIDO DE PROCESOS EN VÍA DE EJECUCIÓN Y PAGO ANTICIPADO DE DERECHOS LITIGADOS EN PROCESOS ORDINARIOS LABORALES, TODO SOBRE REAJUSTES PENSIONALES DE LEY 6ª DE 1992» de fecha 25 de febrero de 2005, fue suscrita por el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, «en calidad de apoderado de los pensionados», en el referido documento se indicó muy hábilmente que «Es acreedor de esta obligación contraída por el municipio, el Abogado ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, quien como apoderado de los demandantes con facultad para recibir y conciliar, suscribió este acuerdo y por tanto para una eventual ejecución de esta acta, no requiere de ratificación de los anteriores o suscripción de unos nuevos poderes», cláusula a todas luces ilegal, porque la capacidad es un concepto legal y jurídico del cual no se puede disponer.

Con base en ello, el abogado **ARAQUE CHIQUILLO** presentó la demanda ejecutiva laboral «a nombre propio», arrogándose una condición de acreedor que legalmente no tenía, en evidente detrimento de los derechos y garantías de los verdaderos titulares de la obligación que se pretendía ejecutar; actuar deshonesto, desleal y contrario a los deberes profesionales del abogado, que fue avalado por la Juez Cuarta Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, cuando admitió y le dio curso a la demanda ejecutiva laboral, pese a la falta de capacidad de quien interpuso la acción.

Mismo error en el que incurrieron **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** y

MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO, cuando se comprometieron a entregarle al abogado, directamente, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), pese a que no era el titular del derecho, ni probó que actuaba en representación de los pensionados.

Todo lo anterior condujo a que el abogado **ARAQUE CHIQUILLO** recibiera para sí ocho mil doscientos ochenta y seis millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil ciento ochenta y nueve pesos y cuarenta centavos (\$8.286.464.189,40), conforme los comprobantes de egreso 033387, 034030, 047728, 052475, 051531 y 051721, y la orden de pago 0001147.

Ahora bien, cuando al procesado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, se le preguntó «¿sírvese decir sobre qué base documental o procesal se tuvieron en cuenta por parte de los intervinientes y quienes suscribieron el acta, para pactar lo allí acordado y establecer los montos allí fijados?»,⁶² el testigo contestó lo siguiente: «El acuerdo de abril del 2008 está íntimamente relacionado con el proceso 0254 en donde están todos, absolutamente todos los documentos y hasta los procesos ordinarios, es decir, cualquier consulta, cualquier inquietud, cualquier documento que se necesitara respecto de eso estaba en el proceso 0254, que en mi caso personal lo tenía sobre mi escritorio. El caso del municipio, también contaban con él, porque es que ese es la herramienta de trabajo, el proceso»⁶³; afirmación que no se corresponde con la realidad

⁶² A partir del récord 6:33.

⁶³ A partir del récord 8:00.

procesal, pues, como se vio, el abogado instauró la demanda ejecutiva laboral a nombre propio, por lo que no adjuntó los poderes otorgados a él por los titulares del derecho.

c. MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO comprometieron al municipio de San José de Cúcuta, a pagar la suma de cinco mil millones de pesos, sin tener claridad sobre el objeto de la obligación

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta libró mandamiento de pago el 18 de julio de ese año⁶⁴, por las sumas de \$3.992.928.378,92 y \$1.996.464.189,46, más los intereses moratorios causados a partir del 11 de junio de 2005, hasta la fecha efectiva del pago.

Luego, mediante auto del 13 de septiembre de 2006⁶⁵, el despacho ordenó continuar con la ejecución; el 30 de marzo de 2007, el abogado presentó la liquidación del crédito hasta el 10 de abril de 2007, por un valor de \$5.653.626.767,63.⁶⁶

Más adelante, mediante auto del 27 de abril de 2007⁶⁷, el despacho manifestó que las liquidaciones fueron presentadas de manera global, por lo que requirió a las

⁶⁴ A folios 13 y 14, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

⁶⁵ A folios 140 a 141, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

⁶⁶ A folio 769, cuaderno 2, expediente 2005-0254.

⁶⁷ A folio 781, cuaderno 2, expediente 2005-0254.

partes «para que elaboren las liquidaciones individuales». Así, el 7 de junio de 2007,⁶⁸ el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** presentó una liquidación del crédito hasta el 31 de mayo de 2007, por valor de \$5.851.521.343,07, la cual fue aprobada mediante auto del 26 de junio de 2007.⁶⁹

Después, mediante auto del 29 de febrero de 2008⁷⁰, el despacho nuevamente requirió al demandante para que «nos allegue nuevamente, en forma concreta lo que en efecto se le ha cancelado y lo que a la fecha se adeuda por la obligación que se demanda...», mismo requerimiento que hizo a la alcaldesa del municipio a través del oficio N° 0459, del 7 de marzo de ese año.

Ese mismo día⁷¹, el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** presentó una liquidación del crédito hasta el 4 de marzo de ese año, por valor de \$6.822.804.143,58, y solicitó que se expidieran los oficios donde se comunicaban las medidas cautelares. Sin embargo, las constancias procesales dan cuenta de que sólo el 24 de junio de 2008, el apoderado judicial del municipio presentó ante el Juzgado la liquidación del crédito.

Esto significa que los funcionarios **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y**

⁶⁸ A folio 821, cuaderno 2, expediente 2005-0254.

⁶⁹ A folios 833 y 834.

⁷⁰ A folios 1074 y 1075.

⁷¹ A folios 1077 a 1079.

MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO se comprometieron a pagar a favor del abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), plegándose a la liquidación presentada por el abogado, pero sin constatar que, en verdad, ese era el valor efectivamente adeudado por el municipio, con lo cual violaron de manera manifiesta la ley.

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

Esto, que podría parecer una obviedad, en realidad es la expresión de los principios de legalidad, racionalidad, economía, eficacia y eficiencia en el gasto público, de modo que, con independencia de los procesos o trámites internos que fije cada administración, en todo caso la disposición del gasto público debe estar precedido de la liquidación de la obligación a pagar.

En este punto, la Sala quiere destacar que, conforme la liquidación del crédito presentada por el apoderado del

municipio el 24 de junio de 2008⁷², para el año 2008 el capital adeudado era de \$3.423.327.548,02 y los intereses debidos hasta el 22 de abril del 2008, correspondían a la suma de \$878.973.642,53, esto es, que el 22 de abril de 2008, la deuda ascendía a **\$4.302.301.190,55**.

Es decir, **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, el 4 de abril de 2008, se comprometieron a pagar a favor del abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, la suma de cinco mil millones de pesos (**\$5.000.000.000**), pese a que, conforme la liquidación que posteriormente presentó el apoderado el municipio de San José de Cúcuta, para el 22 de ese mismo mes y año la deuda era de cuatro mil trescientos dos millones, trescientos un mil ciento noventa pesos y cincuenta y cinco centavos (**\$4.302.301.190,55**), vale decir, inferior a aquella que fue pactada.

Por último, la afirmación del defensor de **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, según la cual, para cuando los procesados celebraron el acuerdo -4 de abril de 2008-, en el proceso ejecutivo laboral se contaban con las liquidaciones individuales de los créditos a favor de los demandantes, resulta contraria al principio de corrección material, pues, tales liquidaciones solo se efectuaron el 30 de noviembre de

⁷² A folios 1127 a 1132, cuaderno 2.

2010, conforme lo declaró el contador *Nexi Javier Zambrano Rodríguez*.⁷³

d. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra que el acuerdo suscrito por los procesados **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, el 4 de abril de 2008, es manifiestamente contrario a la ley, dado que: (i) llevaron a cabo el acuerdo sin contar con la aprobación previa del Comité de Conciliación, el cual era obligatorio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65B de la Ley 23 de 1991; (ii) celebraron el acuerdo con el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, sin que éste hubiera probado que tenía capacidad para celebrarlo; y (iii) comprometieron al municipio de San José de Cúcuta a pagar la suma de cinco mil millones de pesos, sin tener claridad sobre el objeto de la obligación.

La contrariedad con la ley es ostensible, pues, las normas que los procesados no aplicaron eran claras y no admitían ninguna interpretación contraria a aquella que se desprende de su tenor literal, más aún, cuando la jurisprudencia ha sido clara en torno a estos precisos tópicos.

⁷³ A partir del récord 3:33, sesión del juicio del 10 de agosto de 2017.

Además, no cabe duda de que los procesados **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** actuaron con conocimiento y voluntad de realización de la conducta típica, pues, el acuerdo por ellos celebrado se basó en argumentos caprichosos, arbitrarios y falaces, en tanto, desprovistos de sustento fáctico, probatorio y jurídico, quedando en evidencia que su propósito no consistía en acertar.

Por otro lado, se probó que con el actuar de los procesados se lesionó de manera efectiva el bien jurídico tutelado, sumado a que **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, contaban con la experiencia y preparación suficientes para comprender la ilicitud de su comportamiento, sin embargo, se determinaron para contrariar el ordenamiento jurídico, a pesar de dicha comprensión, advirtiéndose que no concurrió causal de exculpación en su proceder.

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

En consecuencia, dentro del presente asunto se demostró más allá de toda duda razonable la existencia del

delito de *prevaricato por acción* y la responsabilidad de **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, en su comisión.

Para finalizar este acápite, la Corte encuentra necesario señalar que resulta desconcertante y contradictoria, por decirlo menos, la postura adoptada por el Tribunal en la sentencia impugnada, en tanto, absolvió a los procesados bajo el argumento referido a que la Fiscalía no probó que las normas que, según su teoría del caso, fueron desconocidas por los procesados, eran las que regulaban el caso.

A fin de evidenciar los yerros en la argumentación del Tribunal, se transcribirán los apartes pertinentes:

«Siempre basándose en “opiniones” y criterios jurídicos, de testigos comunes, el Fiscal trató de demostrar que el “acuerdo de pago” debió ser manejado como una conciliación, pero como se dijo en párrafos anteriores, **no preciso, ni probó la norma aplicable al “acuerdo de pago”, contradicción que hizo suya el Juez de la causa.**

Máxime cuando en este tipo de casos, **la valoración sobre las leyes aplicables es únicamente del resorte del Juez de Conocimiento**, quien luego de la práctica probatoria en el Juicio determinará si el actuar de los servidores públicos fue “*manifiestamente contrario a la ley*”, situación que como dijimos no ocurrió, ya que el señor Juez de primera instancia, **basó sus argumentos cuestionando los procesos ordinarios laborales, la decisión de la Sala Laboral que decretó la nulidad del proceso ejecutivo y en su particular visión de la inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6 de 1992.**

En efecto, **las conclusiones sobre las normas por aplicar, al valorar el acuerdo de pago, era tarea del juzgador, pero sucedió que en el debate probatorio, el acusador trasladó tal tarea a**

los testigos del juicio, quienes terminaron dando su personal opinión sobre la ilicitud de las conductas imputadas.

Lo cierto es que **no pudo probar el Fiscal la contradicción entre el llamado “acuerdo de pago” y la Ley 640 de 2001 y demás decretos reglamentarios, ya que indicó que se trataba de una conciliación y siempre relacionó que esa era la normatividad que debía cumplir, pero basándose en sus argumentos, en suposiciones, criterios subjetivos de algunos testigos, sus propias opiniones o bien en un fallo de nulidad posterior y que, por cierto, no fue menos ambiguo y poco objetivo**, es decir el ente acusador siempre estuvo desenfocado en lo que era materia de juicio».

En primer lugar, no es cierto, como lo aduce el Tribunal, que el Fiscal no precisó las normas que, conforme la teoría del caso del ente acusador, fueron desconocidas por los procesados al momento de suscribir el acuerdo de fecha 4 de abril de 2008.

Como se vio anteriormente, en la audiencia de formulación de imputación y en la acusación, el Fiscal les enrostró a **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI y MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** el delito de *prevaricato por acción*, luego de considerar que el acta de conciliación por ellos suscrita el 4 de abril de 2008, era manifiestamente contraria a la ley porque se desconocieron los artículos 23, 24 y 28 de la Ley 640 de 2001, y 65B de la Ley 23 de 1991.

Luego, de manera contradictoria, el Tribunal manifestó que el Fiscal no probó que las normas referidas eran aplicables, pues, se basó «en sus argumentos, en suposiciones,

criterios subjetivos de algunos testigos» quienes «terminaron dando su personal opinión sobre la ilicitud de las conductas imputadas»; lo afirmado por el fallador de segundo grado, constituye, por sí mismo, una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso raciocinio por violación del principio lógico de no contradicción, conforme con el cual, una cosa no puede entenderse en dos dimensiones al mismo tiempo, en tanto, no es posible que se afirme que el Fiscal no indicó las normas violadas, y que luego se señale que sí lo hizo, sólo que no probó que las mismas eran aplicables.

Además, la postura del Tribunal resulta desconcertante y equívoca, pues, en un proceso dialéctico como el acusatorio, en punto de la necesidad de demostrar la evidente contrariedad de la decisión con el ordenamiento jurídico, de cara a la tipicidad del delito de *prevaricato por acción*, el juicio de tipicidad que debe adelantar el Fiscal exige demostrar que no existe correspondencia entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que se decidió y, además, realizar un juicio de valor, conforme su particular criterio, dirigido a acreditar que la ilegalidad denunciada es ostensible, labor que en este caso observó la Fiscalía.

Sin embargo, es el Juez quien, en últimas, realiza el juicio de adecuación típica, con base en los hechos jurídicamente relevantes atribuidos por la Fiscalía y lo demostrado en el juicio, más allá de toda duda razonable. Es decir, es el funcionario judicial quien establece si la

“*resolución, dictamen o concepto*” es o no manifiestamente contraria a la ley, de lo que dependerá la decisión que finalmente se adopte.

En este caso, el Fiscal cumplió con el juicio de tipicidad que le era exigible, pues, identificó el acto contrario a la ley, definió las normas que, conforme su tesis, fueron trasgredidas por los procesados, descartó que existiera correspondencia entre lo que esas normas mandaban y el acto realizado por los implicados, y argumentó por qué la ilegalidad denunciada era ostensible; para demostrar su teoría del caso, se sirvió de pruebas documentales y testimoniales, que fueron practicadas en el juicio.

Por lo tanto, le correspondía al Tribunal definir si la Fiscalía logró su propósito de demostrar más allá de toda duda razonable su teoría del caso, labor que en este caso el *Ad-quem* omitió, para lo cual recurrió a un argumento circular y contradictorio, carente de contenido admisible.

Sobre este tema, la Corte en la decisión CSJ SP072-2019, Rad. 50419, manifestó lo siguiente:

«El fallador de primer grado y el impugnante tienen claro que para realizar dicho análisis no basta con constatar la simple disparidad entre la resolución cuestionada y el ordenamiento jurídico, pues, valga aclararlo, ese tipo de correcciones pueden hacerse a través de los recursos y los demás instrumentos que consagra el ordenamiento jurídico. Se trata, según lo resaltan, de establecer que “*la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del*»

funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente”, tal y como lo ha expresado esta Corporación, entre otras, en las decisiones citadas en el fallo impugnado y en el escrito de apelación.

La determinación de si la “*resolución, dictamen o concepto*” es manifiestamente contraria a la ley entraña, según se dijo, un juicio valorativo, cuya orientación dependerá de la forma de trasgresión del ordenamiento jurídico, porque, a manera de ejemplo, será de una naturaleza cuando la misma recae sobre la valoración probatoria (CSJSP, 08 mayo 2017, Rad. 48199, entre otras), y de otra sustancialmente diferente cuando el vicio atañe a la interpretación o aplicación de las normas.

Cuando, como en este caso, la acusación por el delito de prevaricato por acción se reduce a la interpretación y/o aplicación de la ley de una manera que resulta manifiestamente contraria a su verdadero sentido y alcance, resulta imperioso: (i) establecer cuáles fueron las normas trasgredidas; (ii) verificar cuál fue la interpretación que realizó el procesado, así como las circunstancias bajo las cuales aplicó o dejó de aplicar unas normas en particular; y (iii) realizar un juicio valorativo orientado a establecer si esa interpretación y/o aplicación puede considerarse como manifiestamente contrario a la ley, esto es, si obedece a un acto de arbitrariedad “*y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente*”.

Tampoco es cierto, como lo adujo el Tribunal, que el *A-quo* «basó sus argumentos cuestionando los procesos ordinarios laborales, la decisión de la Sala Laboral que decretó la nulidad del proceso ejecutivo y en su particular visión de la inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6 de 1992». En contrario, la lectura de la sentencia de primera instancia revela sin el menor asomo de duda, que el *A-quo* encontró que el acuerdo de pago de fecha 4 de abril de 2008, era manifiestamente contrario a la ley, porque se desconocieron los artículos 28 de la Ley 640 de 2001 y 66B de la Ley 23 de 1991, mismas normas que fueron definidas por el fiscal como violadas, en las audiencias de imputación y acusación.

Por último, el Tribunal manifestó que el Fiscal concluyó que el acuerdo de pago celebrado por los procesados el 4 de abril de 2008, era manifiestamente contrario a la ley, con base en «**un fallo de nulidad posterior y que, por cierto, no fue menos ambiguo y poco objetivo**»; afirmación que no solo resulta contraria al principio de corrección material, dado que, como se vio, no es cierto que el juicio de tipicidad tuvo como único fundamento la decisión referida por el *Ad-quem*, sino que, además, desconoce una actuación jurídico-procesal ya consolidada.

Sobre esto último, debe indicarse que, en efecto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial, mediante auto del **11 de noviembre de 2008** -decisión que fue incorporada al juicio con el testimonio de *Fernando Castañeda Cantillo*, en su condición de magistrado de esa corporación y quien fungió como ponente-, resolvió «DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO dentro del presente proceso ejecutivo y en su lugar, NEGAR EL MANDAMIENTO DE PAGO solicitado con base en el “acta de conciliación sobre pago diferido de procesos en vía de ejecución y pago anticipado de derechos litigados en procesos ordinarios laborales, todo sobre reajustes pensionales ley 6ª de 1992», luego de considerar que el acta de conciliación de fecha 25 de febrero de 2005, era ilegal, por variadas razones.

El testigo *Fernando Castañeda Cantillo* manifestó que esa decisión fue revisada, vía acción de tutela, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la

Corte Constitucional, en sentencia T-464/13, autoridades que encontraron que la determinación adoptada el 11 de noviembre de 2008, era ajustada a derecho.

De modo que, la calificación que hace el Tribunal de la providencia del 11 de noviembre de 2008, como «ambiguo y poco objetivo», es un despropósito y desconoce la cosa juzgada constitucional.

Ahora bien, la bancada de la defensa refiere que la decisión mediante la cual se anuló el trámite fue emitida con posterioridad a la fecha en que los procesados realizaron el acuerdo, por lo que no es posible que se les exija anticiparse y prever lo que va a acontecer en el futuro.

Sobre esto no hay duda, sin embargo, los procesados no fueron acusados por no prever que el acta de conciliación celebrada el 23 de febrero de 2005, en la que, además, no participaron, era nula, sino porque celebraron un nuevo acuerdo contrariando de manera manifiesta la ley, convenio que se realizó por fuera del proceso ejecutivo laboral.

4.5. Otras precisiones

En la sentencia impugnada el Tribunal señaló que si, en gracia de discusión, pudiera llegar a considerarse que la conducta es típica desde el punto de vista objetivo del delito de *prevaricato por acción*, correspondería verificar el aspecto

subjetivo del tipo, y concluyó que «al verificar nuevamente las pruebas testimoniales y documentales presentadas por el ente acusador, se obtiene que igualmente no logró probar el ente acusador que los procesados tenían el conocimiento de encontrarse infringiendo la ley penal y haberse determinado a su realización».

Esto dijo el Tribunal:

«En gracia de discusión, de encontrarse probado el aspecto objetivo del punible de prevaricato por acción lo que no ocurrió, **correspondería verificar el aspecto subjetivo del tipo...**
(...)

Veamos; al interrogar al testigo JOSÉ FRANCISCO HERNÁNDEZ ANDRADE (Juez Cuarto Laboral), el ente acusador le preguntó si en su experiencia había conocido procesos donde la pretensión sea el reconocimiento de acreencias laborales conforme a la Ley 6 de 1992, y el testigo procedió a exponer que sí, y que actualmente tenía uno en trámite al interior del Despacho, señaló que la postura era inaplicar la frase del “orden nacional” para proceder a reconocer dicho reajuste pensional; claramente el delegado del ente acusador olvidó que era la responsabilidad penal de los aquí acusados la cual se estaba juzgando y no la de los jueces laborales, **no determinó si los servidores públicos tenían la voluntad de trasgredir el bien jurídicamente tutelado de la administración pública, con la suscripción del “acuerdo de pago”**.

De lo anterior se concluye que sería necesario por parte de la Sala realizar esfuerzos para admitir los argumentos del ente acusador, por lo que definitivamente, **se tiene que concluir que solo se evidencia la atipicidad objetiva del prevaricato endilgado**.

Es claro que a los acusados **no le era exigible actuar de otra manera, y así lo manifestó el acusado RINCÓN USCATEGUI, ya que al suscribir el “acuerdo de pago”, fue en razón al mandamiento de pago y al inminente embargo, esta última situación paralizaría la administración municipal y ante el poco tiempo transcurrido de la vigencia 2008, no contaban con los recursos necesarios para el pago total, debiendo pactar una forma de pago que les permitiera continuar con la ejecución de las demás obligaciones del municipio. Es decir los servidores acusados, actuaron de esta manera, al no contar con una salida diferente al cumplimiento de las sentencias judiciales y**

el mandamiento de pago que para la fecha se encontraba vigente.

Nótese inclusive como, en algunos de los apartes de los interrogatorios del Fiscal y de sus alegatos de conclusión, el acusador insiste en que, como la mayoría de los acusados eran abogados, debieron haber actuado de otra manera **sin demostrar cuál era la forma ajustada al ordenamiento legal, cómo debieron actuar, ya que siempre intentó imponer su personal criterio sobre la forma de resolver el conflicto que tenía la alcaldía con el abogado ARAQUE CHIQUILLO.**

Por todo lo anterior, la Sala acoge los planteamientos de los recurrentes, para concluir que la Fiscalía NO probó la tipicidad objetiva del Prevaricato, siendo procedente absolver a los acusados por este punible, como más adelante se verá».

La Sala nuevamente encuentra varios y profundos yerros en la fundamentación del Tribunal, en cuanto concluyó, de manera errada, que la conducta desplegada por los procesados es atípica desde el punto de vista subjetivo, por ausencia de dolo.

Desde el punto de vista dogmático, el Tribunal confunde las categorías del delito y las fusiona como si se trataran del mismo asunto, forma de razonar inexacto, comoquiera que desde la teoría causalista del delito éste ha sido definido como una acción típica, antijurídica y culpable, definición que se mantiene aún en nuestros días, pese a que el contenido de tales conceptos ha sufrido transformaciones a través del tiempo.

En efecto, el Tribunal anuncia que va a analizar la *tipicidad subjetiva*, sin embargo, seguidamente menciona que el testigo *José Francisco Hernández Andrade* -Juez Cuarto

Laboral del Circuito de Cúcuta- refirió que su postura jurídica consiste en inaplicar la frase “del orden nacional” para reconocer el reajuste pensional de la Ley 6ª de 1992, a pensionados del orden municipal, ello para descartar que el acuerdo celebrado por los procesados es manifiestamente contrario a la ley, dado que el derecho al referido reajuste es discutible, lo que descarta que se trate de un error ostensible, aspecto que, como se vio, se relaciona con la tipicidad objetiva; y luego señalar que la Fiscalía no «determinó si los servidores públicos tenían la voluntad de trasgredir el bien jurídicamente tutelado de la administración pública, con la suscripción del “acuerdo de pago”», aspecto que se relaciona con la antijuridicidad del comportamiento.

Frente a esta evidente confusión, resulta necesario recordar que de manera reiterada la Sala⁷⁴ ha señalado que la comprobación del dolo -tipicidad subjetiva- en el delito de *prevaricato por acción*, exige verificar que la decisión ha sido proferida con **conocimiento** actualizado de los hechos constitutivos de la infracción penal y con **voluntad** de su realización, es decir, **que quien emite la decisión conozca el ámbito normativo que regula el caso y se aparte del mismo deliberadamente, de manera antojadiza y caprichosa**; aspecto que se diferencia con la antijuridicidad, categoría dogmática que presupone la tipicidad -objetiva y subjetiva- y que exige que el **comportamiento sea contrario al derecho** -antijuridicidad formal- o que **lesione o ponga en**

⁷⁴CSJ SP668-2021, Rad. 51652; SP1310-2021, Rad. 55780; SP3912-2021, Rad. 58154.

peligro de manera efectiva el bien jurídicamente tutelado de la administración pública -antijuridicidad material-; atendiendo los dos enfoques que explican este elemento dogmático.

De modo que, no es dogmáticamente posible sustentar la falta de dolo, en la atipicidad objetiva del comportamiento, ni en la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.

Más adelante, el Tribunal asegura que a los procesados «no le era exigible actuar de otra manera...ya que al suscribir el “acuerdo de pago”, fue en razón al mandamiento de pago y al inminente embargo, esta última situación paralizaría la administración municipal y ante el poco tiempo transcurrido de la vigencia 2008, no contaban con los recursos necesarios para el pago total...»; aspecto que claramente no guarda relación con la tipicidad subjetiva, sino con la culpabilidad, categoría dogmática que, nuevamente, presupone la existencia del injusto y que se encuentra integrada por tres elementos a saber: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

Por lo tanto, concluir que la conducta no es dolosa porque a los procesados no se les podía exigir obrar de otra manera, se constituye en un absoluto desatino jurídico.

Además de los errores dogmáticos ya referenciados, el Tribunal incurrió en graves yerros probatorios, pues, no es cierto que las cuentas del municipio fueran a ser embargadas en forma inminente; ni mucho menos, que a los procesados no les fuera exigible comportarse conforme a derecho.

Sobre lo primero, el procesado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** manifestó que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, mediante auto del 29 de febrero de 2008, reactivó las medidas cautelares que en el pasado habían sido decretadas y «me ordenan entregar a mí los oficios»⁷⁵; que, cuando la alcaldesa y su equipo conocieron la decisión, lo contactaron con la finalidad de «hacer un convenio de no embargo»⁷⁶, el cual consistió en que el municipio se comprometió a abonar a la deuda cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) a cambio de que él no reclamara los oficios de embargo, pues, «el embargo era inminente».⁷⁷

Esto dijo el procesado:

«Ellos dicen, “no nos embargue, hagamos un convenio, porque si nosotros le pagamos sin firmar un convenio de pago, usted puede volvernos a embargar. Firmemos un convenio de no embargo por la vigencia del año 2008, le vamos a dar cinco mil millones de pesos, tres mil millones de pesos a la firma del convenio y dos mil millones en el mes de agosto de este mismo año, 2008”»⁷⁸.

⁷⁵ A partir del récord 1:43:10.

⁷⁶ A partir del récord 1:44:01.

⁷⁷ A partir del récord 3:11.

⁷⁸ A partir del récord 1:45:56.

Y, más adelante sostuvo:

«...aquí no había tiempo pa (sic) reunirse, ni era una obligación reunirse, ni ninguna disposición lo establece, simplemente cumpla, si no tiene como, ataje los embargos hablando, hable con los abogados, haga algún convenio, alguna cosa, sino se quiere dejar embargar, la única forma posible era la suscripción de esa “actica”, de ese convenio...»⁷⁹

Por su parte, el procesado **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** manifestó que cierto día se acercó a su oficina **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO** -jefa de la oficina jurídica del municipio- y le solicitó una disponibilidad presupuestal por la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), para pagar una obligación judicial del municipio, pues, de lo contrario, iban a embargar las cuentas del municipio, a lo que él le respondió que solo contaba con tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000)⁸⁰; se emite la disponibilidad presupuestal por ese valor.

Después lo citaron a una reunión en el despacho de la alcaldesa **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, a la que también asistieron **DURÁN GUERRERO** y **ARAQUE CHIQUILLO**; estando allí, le hicieron saber que iban a suscribir un acta por cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) a favor del abogado, «para poder evitar los embargos del municipio de Cúcuta»⁸¹, documento que la alcaldesa le pidió que suscribiera, a fin de

⁷⁹ A partir del récord 5:01.

⁸⁰ A partir del récord 6:35.

⁸¹ A partir del récord 11:15.

garantizar el pago de las sumas a las que se estaba comprometiendo el municipio.

Frente a ello, leyó el acta y solicitó «que me muestren qué documentos acompañan esa acta»⁸², por lo que «me muestran una sentencia del Juzgado Laboral», es decir, el auto del 29 de febrero del 2008, lo que le permitió advertir que se «estaba embargando las cuentas del municipio...siendo esta la razón por la que consideré que era viable expedir la disponibilidad para que pagaran tres millones de pesos».

Cuando al procesado se le preguntó «¿cómo fue entonces el proceso claro y preciso para que usted firmara ese documento, ese acuerdo en mención, ese acuerdo del 4 de abril de 2008?»⁸³, esto contestó:

«De esa manera, una vez conocí este fallo (se refiere al auto del 29 de febrero de 2008), a mí la alcaldesa de Cúcuta me dijo que ella necesitaba que yo firmara el acta, para garantizar que fuéramos a pagar los recursos, que estuvieran los recursos pa (sic) pagar, porque era inminente el embargo. El acta la llevaron, le colocaron mi nombre, la trajeron, yo leí el acta y estuve de acuerdo en que era necesario pagar porque había un fallo judicial que lo estaba acompañando y que inminentemente iban a embargar los recursos del municipio de Cúcuta».⁸⁴

Pues bien, dentro del presente asunto se tiene que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, mediante auto del 18 de julio de 2005⁸⁵, libró mandamiento

⁸² A partir del récord 12:01.

⁸³ A partir del récord 20:01.

⁸⁴ A partir del récord 20:10.

⁸⁵ A folios 13 y 14, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

de pago; luego, en proveído del 13 de septiembre de 2006⁸⁶, ordenó continuar con la ejecución, y en decisión del 29 de septiembre del 2006⁸⁷, decretó el embargo y la retención de las sumas de dinero del municipio de San José de Cúcuta; medidas cautelares que luego limitó en cuantía de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000)⁸⁸, por lo que, el 14 de noviembre de 2006, se libraron los oficios correspondientes.

Los dineros embargados, que ascendieron a \$409.873.964,43, fueron entregados al municipio de San José de Cúcuta⁸⁹ por solicitud que de manera conjunta presentaron el abogado **ARAQUE CHIQUILLO** y quien para ese momento representaba a la entidad⁹⁰, lo anterior, «con el propósito de dar cumplimiento al acuerdo de pagos celebrado entre las partes el día 6 de febrero del presente año».

El 7 de junio de 2007,⁹¹ el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** presentó una liquidación del crédito hasta el 31 de mayo de 2007, por valor de \$5.851.521.343,07, la cual fue aprobada mediante auto del 26 de junio de 2007⁹².

El Procurador Regional de Norte de Santander solicitó que se decretara la nulidad de la referida decisión, alegando que la liquidación del crédito no le fue trasladada para su

⁸⁶ A folios 140 a 141, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

⁸⁷ A folios 203 a 205, cuaderno 1, expediente 2005-0254.

⁸⁸ A folios 366 a 368, cuaderno 1.

⁸⁹ A folios 843 a 846 y 856 y 857.

⁹⁰ A folios 842, cuaderno 2.

⁹¹ A folio 821, cuaderno 2, expediente 2005-0254.

⁹² A folios 833 y 834.

contradicción, petición que fue resuelta negativamente por el Juzgado mediante auto del 9 de julio de 2007⁹³, el cual fue recurrido en apelación.

Mientras se resolvía sobre la concesión del recurso, el 28 de septiembre de 2007⁹⁴ el abogado **ARAQUE CHIQUILLO** presentó un memorial, mediante el cual informó que el municipio no había cumplido con un pago al que se había comprometido, por lo que solicitó al Juzgado que «me sean expedidos los oficios respectivos con el fin de hacer efectiva la medida previa por usted decretada con fundamento en la solicitud inicial».

En auto del 17 de octubre de 2007⁹⁵, el Juzgado declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 9 de julio de 2007 «por no aportarse la expensas (sic) para la compulsión de las copias necesarias», y nuevamente decretó el embargo y la retención de las sumas de dinero del Municipio de San José de Cúcuta, limitando el embargo a la suma de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000), por lo que el 25 de octubre de 2007 se libraron los oficios correspondientes.

Sin embargo, el Juzgado, en proveído del 26 de noviembre de 2007⁹⁶, resolvió, entre otras cosas, (i) decretar la nulidad parcial del auto del 17 de octubre de 2007, que declaró desierto el recurso de apelación, para, en su lugar,

⁹³ A folios 843 a 846.

⁹⁴ A folio 903, cuaderno 2.

⁹⁵ A folio 908.

⁹⁶ A folios 936 y 937.

darle curso al mismo ordenando el envío de las copias al Superior; y, (ii) «ORDENAR el levantamiento de las medidas cautelares que recaen sobre cuentas del Municipio de San José de Cúcuta...puesto que la parte actora nunca allegara las liquidaciones individuales que corresponden a cada uno de los beneficiarios por los cuales se tramita este proceso ejecutivo».

Por lo tanto, el apoderado del municipio, mediante memorial del 21 de enero de 2008⁹⁷, solicitó que se librasen los oficios correspondientes a fin de comunicar a las entidades bancarias sobre el levantamiento de las medidas cautelares; mediante auto del 25 de enero de 2008⁹⁸, el juzgado ordenó: «REQUERIR el cumplimiento del levantamiento del embargo que recae sobre las cuentas del municipio de San José de Cúcuta, como se dispusiera en auto calendado 26 de noviembre de 2007», por lo que se librarón los oficios correspondientes.

Seguidamente, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante auto del 18 de febrero del 2008⁹⁹, resolvió: «INADMITIR el recurso de apelación ordenado por la Juez Cuarto Laboral, contra la providencia calendada al 9 de julio de 2007 -que negó la nulidad de la decisión que aprobó la liquidación del crédito-, por ser esta totalmente violatoria del debido proceso, normas procesales y constitucionales», por lo que, mediante auto del 29 de febrero de 2008¹⁰⁰, la Juez resolvió lo siguiente:

«Conforme a la providencia del Superior, donde se rechazara el recurso que interpusiere la Procuraduría, **queda en firme la**

⁹⁷ A folios 994 y 995, cuaderno 2.

⁹⁸ A folio 1003, cuaderno 2.

⁹⁹ A folios 1070 a 1072.

¹⁰⁰ A folios 1074 y 1075.

decisión del decreto de medidas cautelares, las cuales deben ser practicadas, observando que el apoderado actor tenía los oficios e hizo uso de algunos de ellos, **pero previo a este cumplimiento, debe requerirse a la parte actora para que nos allegue nuevamente, en forma concreta lo que en efecto se le ha cancelado y lo que a la fecha se adeuda por la obligación que se demanda** ya que, en auto anterior, se ordenó limitar el embargo a la suma de OCHO MIL MILLONES DE PESOS, suma que cubría capital e intereses como se ordenara en auto anterior, dictado en octubre 17/07 (FL 908), aclarándole que se trata de dineros públicos y es obligatorio que se justifique la erogación...
(...)

Acorde a lo anterior, y **previo al nuevo decreto de las medidas cautelares** se ordena **oficiar a la nueva representante del Municipio de Cúcuta, la señora alcaldesa, a fin de que suministre la constancia de los pagos legalmente efectuados al apoderado del actor y se requiere al DR. ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO para que nos allegue su liquidación del crédito con los correspondientes abonos recibidos.**
(...)

Conforme los razonamientos anteriores, como se dijo antes, desaparece la razón que sostenía la nulidad decretada **y se ordena a la secretaría del juzgado que libre los oficios pertinentes, una vez se haya cumplido con la precisión del saldo del crédito, conforme a lo reseñado en esta providencia**, como otrora se le había exigido al señor apoderado actor, en la providencia dictada en mayo 28/07...».

El anterior recuento deja en evidencia que para el 4 de abril de 2008 -fecha en la que los procesados suscribieron el acuerdo-, las cuentas del municipio de San José de Cúcuta se encontraban desembargadas, en virtud de la orden emitida por el Juzgado el 26 de noviembre de 2007, la cual fue efectivamente materializada.

Y si bien, mediante el auto del 29 de febrero de 2008 se dispuso que las medidas cautelares decretadas en anterior oportunidad, quedaban nuevamente en firme, por lo que

debían practicarse, es lo cierto que su ejecución estaba suspendida y condicionada al cumplimiento de dos específicas y claras condiciones, la primera, que el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** allegara una nueva liquidación del crédito, que incluyera los abonos recibidos, como el saldo de la deuda; y la segunda, que la alcaldesa **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** certificara los pagos que fueron efectuados por el municipio, en virtud del proceso ejecutivo radicado 2005-0254. De modo que, hasta que no se cumpliera con ambos requerimientos o condicionamientos, la secretaria del juzgado no estaba autorizada para emitir los oficios comunicando el decreto de las medidas cautelares.

La sujeción de la emisión de los oficios para comunicar el decreto de las medidas cautelares, al cumplimiento de las referidas condiciones, no fue un capricho del juzgador, todo lo contrario: en la decisión se explicó con absoluta claridad que resultaba necesario determinar el valor exacto de lo debido, para lo cual se debía tener absoluta claridad sobre los valores pagados hasta ese momento por el municipio, a fin de limitar los embargos a ese específico monto, pues, «se trata de dineros públicos y es obligatorio que se justifique la erogación...».

Por lo anterior, contrario a lo referido por el defensor de **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI**, no es cierto que el embargo de las cuentas del municipio era inminente, pues, si bien, el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, el 7 de

marzo de 2008¹⁰¹, presentó una liquidación del crédito hasta el 4 de marzo de ese año, por valor de **\$6.822.804.143,58**, la alcaldesa del municipio no había remitido la certificación solicitada por el despacho, es decir, no se había cumplido con la segunda condición, sin la cual no resultaba viable la emisión de los oficios correspondientes, pues, así lo había dispuesto la funcionaria judicial en el auto del 29 de febrero de 2008.

Ello, como se vio, solo ocurrió el 24 de junio de 2008¹⁰², es decir, después de la suscripción del acta ilegal, oportunidad en la que el apoderado del municipio remitió una liquidación del crédito, según la cual, para el mes de junio de 2008, la deuda ascendía a mil cuatrocientos cuarenta y nueve millones, sesenta y nueve millones ochocientos sesenta pesos (**\$1.449.069.860**), suma muy inferior a aquella liquidada por el abogado **ARAQUE CHIQUILLO**.

Es más, luego de que el apoderado del municipio presentara dicha liquidación, el 4 de julio de 2008¹⁰³, el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** presentó una nueva liquidación del crédito, hasta el 2 de julio de 2008, por \$4.325.312.293, oportunidad en la que manifestó lo siguiente: «Con el memorial presentado por el apoderado del municipio se me está notificando que queda sin efecto el acuerdo suscrito con ellos el pasado 4 de abril, **razón por la cual es preciso**

¹⁰¹ A folios 1077 a 1079.

¹⁰² A folios 1127 a 1132, cuaderno 2.

¹⁰³ A folios 1133 a 1141.

solicitar a la señorita Juez ordene se me expidan los correspondientes oficios de embargo en la forma solicitada»; sin embargo, el juzgado no ordenó la emisión de los oficios, de modo que, la inminencia del embargo de las cuentas del municipio, alegada por los procesados para justificar la realización de un acuerdo manifiestamente ilegal, era inexistente.

Ahora bien, si en verdad lo que motivó a los procesados a realizar el acuerdo ilegal era evitar que las cuentas del municipio fueran embargadas, para que no se viera afectada la ejecución del presupuesto y del plan de desarrollo, resulta indiscutible que dicho convenio no tenía la virtualidad de garantizar tal objetivo, porque el compromiso del abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, consistente en «no solicitar los oficios para hacer efectivo el embargo», no impedía que los oficios fueran elaborados y notificados directamente, a través del despacho.

Por lo tanto, la única forma de evitar que las cuentas del municipio fueran embargadas, remitía directamente al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, pues, es el funcionario judicial y no un abogado ajeno al despacho, quien tiene la competencia para emitir ordenes en ese sentido o suspender las emitidas, sin embargo, los procesados ni siquiera le dieron a conocer a la Juez el acuerdo celebrado el 4 de abril de 2008, por lo tanto, el que **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** se hubiera comprometido a no recoger los oficios

dirigidos a las distintas entidades bancarias, no garantizaba que los embargos no se hicieran efectivos.

Finalmente, no es cierto que a los procesados no se les podía exigir obrar de otra manera, todo lo contrario, pese a que tenían la posibilidad de comportarse conforme a derecho, lo que implicaba cumplir con las normas que regulaban la conciliación o la transacción, optaron voluntariamente por contrariar de manera manifiesta el ordenamiento jurídico, con lo cual atentaron contra el bien jurídico de la administración pública.

5. Sobre la responsabilidad penal de MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO por el delito de peculado por apropiación

MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ, MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI y ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO, fueron acusados por el delito de *peculado por apropiación agravado* - por la cuantía-, a los dos primeros en calidad de coautores y al último en calidad de coautor interviniente.

En la audiencia de formulación de imputación y en la acusación, se le enrostró a **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** el delito de *peculado por apropiación agravado*, porque en su condición de alcaldesa y secretario de hacienda del municipio de San José de Cúcuta,

respectivamente, tenían la disposición material y funcional de los dineros del municipio y se apropiaron ilegalmente, en favor del abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, de la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000); dinero cuya custodia se les había confiado con ocasión de sus funciones.

Ese mismo delito se le imputó al abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, pero en calidad de interviniente, en tanto, no tenía la calidad exigida el tipo penal -servidor público-, pero participó en el mismo en forma determinante, pues, fue la persona que finalmente se apropió de los dineros del Estado, en la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000).

Pues bien, en el presente asunto se probó que para el 4 de abril de 2008 -fecha en la que se llevó a cabo el acuerdo de pago manifiestamente contrario a la ley- **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI**, eran servidores públicos -alcaldesa y secretario de hacienda del municipio de San José de Cúcuta- y tenían la disposición material y funcional de los dineros del municipio.

En efecto, **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** ostentaba el cargo de Alcaldesa del municipio de San José de Cúcuta, por tanto, ordenadora del gasto, lo que implica que tenía la capacidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto de la entidad territorial que representaba, de acuerdo con el plan presupuestal. Por su parte, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI**, en su condición de secretario de hacienda

de la entidad, tenía como función principal «Realizar oportunamente los cobros, recaudos y pagos programados, garantizando la liquidez requerida para la normal operación de la organización y la debida administración de los recursos».

Por lo tanto, contrario a lo referido por el Tribunal en la sentencia impugnada, para quien en el presente asunto no se probó que **RINCÓN USCÁTEGUI** «tenía el deber de custodiar y disponer de los bienes del patrimonio del Estado», no cabe duda que ambos servidores públicos tenían la disponibilidad material y jurídica de los dineros del municipio de San José de Cúcuta, en razón de su vinculación con la administración pública, dineros que se encontraban bajo su custodia.

Por otra parte, se probó que el acuerdo de pago celebrado por los procesados se constituyó en el medio a través del cual **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** dispusieron de los dineros del municipio por una cuantía de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), logrando que un tercero, **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, se apropiara ilegalmente de dicho valor.

Así, **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** recibió la suma referida a través de nueve cheques que fueron girados a su nombre, los cuales cobró por ventanilla y en efectivo, por un valor total de dos mil setecientos cincuenta y dos millones quinientos mil pesos (\$2.752.500.000). Y un cheque más, que fue girado por un valor de doscientos cuarenta y siete

millones quinientos mil pesos (\$247.500.000), a favor del Banco Agrario de Colombia S.A., por solicitud que **ARAQUE CHIQUILLO** hiciera para cumplir una obligación contraída con Rodolfo Gutiérrez Cepeda, la cual se estaba ejecutando judicialmente ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cúcuta, perfeccionándose de este modo el delito de peculado por apropiación agravado.

En conclusión, se acreditó la evidente relación de instrumentalidad entre el delito medio (prevaricato por acción), el cual fue utilizado para alcanzar el objetivo propuesto, que se logró cuando se esquilmó el erario a través del delito fin (peculado por apropiación agravado), conductas que ontológica, cronológica y jurídicamente son distintas.

Tampoco puede perderse de vista que el comportamiento desplegado por **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI**, estuvo articulado con el del interviniente, **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, en la realización de las conductas dirigidas de manera concertada a la apropiación de los dineros del Estado.

Ahora bien, el Tribunal, para absolver por este reato a los procesados, manifestó que «sobre el dinero entregado al señor abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, sólo se determinó el rubro del presupuesto afectado, la cantidad de dinero, la orden de pago y la forma en que fueron cancelados (10 cheques), **pero sobre la apropiación en cabeza del funcionario o en beneficio de un tercero, no se dijo nada**

durante la audiencia del juicio oral. Es decir, si se pretendía demostrar que los acusados habían obtenido una parte del dinero, sorprende a la Sala la ausencia en el juicio oral de medios probatorios que permitieran establecer el destino del dinero».

La Sala encuentra que el razonamiento del Tribunal no resulta acertado, pues desde los hechos jurídicamente relevantes quedó absolutamente claro que la teoría del caso de la Fiscalía consistió en que **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI** se apropiaron de la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), en favor de un tercero y no para sí, hecho que, como se vio líneas arriba, fue acreditado más allá de toda duda razonable en el juicio.

De otro lado, dijo el Tribunal que **«no se demostró la apropiación del dinero público en cabeza de alguno de los servidores o de un tercero»**, ni se acreditó que «el dinero no fue a parar a manos de los pensionados, y honorarios del abogado, **ni demostró que el dinero fue a manos exclusivamente del abogado** o de los otros acusados por este delito y todo ello porque el Fiscal se dedicó a especular sobre la Ley 6 de 1992, la inexequibilidad de la ley o bien sobre los requisitos de una conciliación en materia laboral».

Tal argumento del Tribunal tampoco se ajusta a la realidad, pues, contrario a lo señalado, en el juicio oral se probó más allá de toda duda razonable que el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** se apropió de la suma de tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), dinero que sí fue a

parar directamente a su patrimonio, hecho que está demostrado.

Por último, dijo el Tribunal que **«Existiendo al interior del proceso ejecutivo laboral abundantes poderes, inclusive ratificados, poderes estos que autorizaban al apoderado para “recibir”**, no entiende la Sala como es que el Fiscal edificó el presunto peculado, ya que el dinero correspondía, como hechos dicho, al rubro de sentencias y conciliaciones, se trataba de pago de sentencias y los pensionados habían otorgado poder al procesado ARAQUE CHIQUILLO, luego no se entiende como se afirma que hubo un “apoderamiento” si lo que se dio fue el pago de una obligación, dentro de un proceso ejecutivo, en ese momento, en plena actividad».

Esta afirmación, igualmente, no se acompasa con la realidad, pues, como se vio, no se probó que el abogado **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO** tenía capacidad para representar a los pensionados, ni mucho menos, se identificó o relacionó a cada uno de sus supuestos representados, ni la cuota parte o el monto que supuestamente le correspondía a cada uno.

En este punto cobra relevancia precisar que existe un evidente e inescindible nexo entre los delitos examinados, no solo porque representen una relación de medio a fin, sino en atención a que la naturaleza específica de uno, determina la materialidad del otro.

En efecto, la indeterminación, indefinición y ostensibles omisiones advertidas en el acuerdo suscrito entre los funcionarios municipales y el abogado, fue decisivo para que se pagara al abogado la suma finalmente entregada sin ningún asidero legal, de modo que el dinero se dirigió exclusivamente a engrosar las arcas del profesional del derecho, en tanto, no se acreditó que **ARAQUE CHIQUILLO** hubiere entregado a todos los demandantes el valor que supuestamente les correspondía a cada uno de ellos, sin que sea posible asumir que el documento reprochado, dadas sus ostensibles limitaciones, pueda servir para librar al ente municipal del pago de obligaciones de cualquier índole, con lo cual, entonces, se compensaría lo pagado, o mejor, debería asumirse destinado a cubrir un fin legítimo.

Cuando, como se dijo ampliamente, el documento en mención incumple mínimos legales, al punto de no precisar a quiénes o en qué cantidad se cubren supuestas obligaciones laborales, ni la razón por la cual se entrega la millonaria suma a un abogado que ninguna legitimidad exhibe para el efecto, apenas puede concluirse que este se erigió en medio ilegal para disponer alegremente de los dineros municipales, en auténtica sustracción punible, pues, las explicaciones que en este sentido entregan todos los acusados, cuando más componen la explicación de su actuar, pero de ninguna manera entregan al acuerdo unos efectos legales de los cuales carece.

En consecuencia, dentro del presente asunto se demostró más allá de toda duda razonable la existencia del delito de *peculado por apropiación agravado* y la responsabilidad de **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ**, **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCATEGUI** y **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, en su comisión.

6. Conclusión

Por todo lo expuesto, dentro del presente asunto se demostró más allá de toda duda razonable la existencia de los hechos y la responsabilidad de los procesados en su comisión.

Por lo tanto, se dispondrá casar el fallo recurrido para, en su lugar, confirmar en su integridad el proferido en primera instancia, en cuanto, condenó a **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ Y MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI**, en calidad de coautores responsables del delito de *prevaricato por acción*, en concurso heterogéneo con el reato de *peculado por apropiación agravado*; a **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, en calidad de coautora responsable del delito de *prevaricato por acción*; y, a **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, en calidad de interviniente del delito de *peculado por apropiación agravado*.

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: CASAR la sentencia impugnada proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante la cual absolvió a los procesados.

Segundo: CONFIRMAR integralmente la sentencia que en este asunto profirió el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, el 15 de enero de 2018, mediante la cual condenó a **MARÍA EUGENIA RIASCOS RODRÍGUEZ** y **MARTÍN RICARDO RINCÓN USCÁTEGUI**, en calidad de coautores responsables del delito de *prevaricato por acción* en concurso heterogéneo con el reato de *peculado por apropiación agravado*; a **MARÍA LORENA DURÁN GUERRERO**, a título de coautora responsable del delito de *prevaricato por acción*; y, a **ÁLVARO IVÁN ARAQUE CHIQUILLO**, como interviniente del delito de *peculado por apropiación agravado*.

Tercero: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

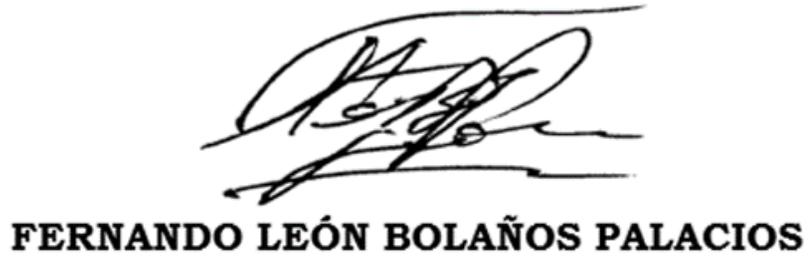

HUGO QUINTERO BERNATE



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



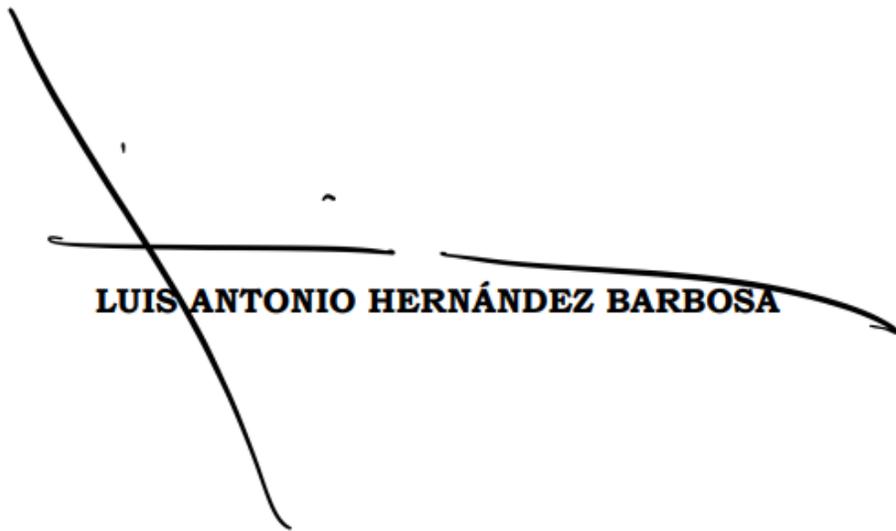
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria