



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP939-2026

Radicación No. 61255

Acta No. 252

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil veintiséis (2026).

I. ASUNTO

1. Por virtud del principio de doble conformidad, la Corte resuelve la impugnación especial interpuesta en nombre de los procesados José Andrides Córdoba García, William Alfonso Reyes Cadena y Andrés Aníbal Herrera Bernal, contra la sentencia del 4 de octubre de 2021, por medio de la cual el Tribunal Superior de Arauca, entre otras decisiones, revocó la que dictara el Juzgado 1º Penal de dicho circuito el 21 de octubre de 2020, y en su lugar, condenó, por primera vez, a los acusados en mención como coautores del punible de peculado por apropiación.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

2. El 27 de octubre de 2008 el entonces alcalde del municipio de Arauca, William Alfonso Reyes Cadena, previo concepto favorable del secretario de hacienda, José Andrides Córdoba García, rendido el 21 de octubre de dicho año, acordó con Probolsa S.A., representada por Héctor Jairo Bonilla López, invertir de los excedentes de liquidez, provenientes de regalías petroleras, 16 mil millones de pesos en títulos de tesorería TES, que fueron desembolsados, el 30 de octubre de 2008, por el tesorero del municipio, Andrés Aníbal Herrera Bernal, mediante cheque girado en favor de la firma comisionista Serfinco S.A., en cuyo nombre actuaba Juanita Iragorri López.

3. Para esos efectos se realizó una operación de venta con pacto de retroventa, conocida como Repo, no obstante que, Probolsa S.A., además de no estar sujeta a la vigilancia de la Superfinanciera, no demostró estar autorizada para actuar como intermediario y que la transacción se encontraba prohibida en decretos 538 y 1525 de 2008, haciendo así que el representante legal de esta entidad se apropiara de \$9.147'248.638,00 que utilizó para atender obligaciones, inversiones y gastos propios y de dicha sociedad, como pago de comisiones a sus asesores y reintegro de recursos a otras entidades que habían invertido en similares circunstancias.

4. En tales condiciones el citado acuerdo se celebró con una entidad que además de no hallarse autorizada para recibir dineros públicos, no se encontraba vigilada por la Superintendencia Financiera; la inversión ha debido realizarse en títulos TES clase B en el mercado primario o secundario; no se hizo una selección del contratista de manera objetiva, ni se le exigió a éste la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

5. Por tales sucesos, la Fiscalía formuló imputación a José Andrides Córdoba García, Juanita Irigorri López y Héctor Jairo Bonilla López, el 18 de octubre de 2011, por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, mismos por lo que también se formuló imputación a William Alfonso Reyes Cadena y Andrés Aníbal Herrera Bernal, el 1º de febrero de 2012, siendo todos acusados en los mismos términos.

6. Verificadas las etapas consiguientes, finalmente el 21 de octubre de 2020 el Juzgado 1º Penal del Circuito de Arauca profirió sentencia para: i) condenar a José Andrides Córdoba García y William Alfonso Reyes Cadena, cada uno a la pena principal de 70 meses de prisión, multa equivalente a 70 salarios mínimos mensuales legales e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por lapso de 85 meses, sin concederles subrogado penal alguno, como coautores del

delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; ii) condenar a Héctor Jairo Bonilla López a 52 meses de prisión, multa equivalente a 52 salarios mínimos mensuales e inhabilidad por 82 meses, como interviniente en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, sin que tampoco se le hubiere concedido algún subrogado penal. iii) absolver a José Andrides Córdoba García, a William Alfonso Reyes Cadena y a Héctor Jairo Bonilla López, por el delito de peculado por apropiación; y iii) absolver a Andrés Aníbal Herrera Bernal y a Juanita Iragorri López por la comisión de los punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación.

7. Contra dicho fallo la fiscalía y los defensores de José Andrides Córdoba García, William Alfonso Reyes Cadena y Héctor Jairo Bonilla López, interpusieron recurso de apelación, en virtud de los cuales el Tribunal de Arauca, en sentencia del 4 de octubre de 2021, resolvió: i) extinguir por prescripción, en favor de Héctor Jairo Bonilla López y Juanita Iragorri López, la acción penal del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; ii) confirmar la condena irrogada en contra de José Andrides Córdoba García y William Alfonso Reyes Cadena por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; ii) revocar la absolución con que se había favorecido a los mencionados procesados, a Andrés Aníbal Herrera Bernal y a Héctor Jairo Bonilla López por el delito de peculado por apropiación para, en su lugar condenarlos como responsables del mismo; iii) en consecuencia, imponer a Reyes Cadena una pena

principal de 165 meses de prisión, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso y multa de \$13.752'671.367,00, como coautor de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación; a Córdoba García prisión de 120 meses, inhabilitación por el mismo término y multa de \$13.739'043.477,00, también como coautor de los mismos ilícitos; a Herrera Bernal, 100 meses de prisión, inhabilitación por el mismo lapso y multa de \$13.720'872.957,00, como coautor del punible de peculado por apropiación; y a Bonilla López 155 meses de prisión, multa de \$10.190'654.717,00 e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por lapso igual al de la privativa de libertad, como interviniente de peculado por apropiación.

8. A su turno, contra la sentencia del ad quem, los defensores de José Andrides Córdoba García y William Alfonso Reyes Cadena interpusieron el recurso de casación en torno a la condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y la impugnación especial, así como el defensor de Andrés Aníbal Herrera Bernal, en cuanto se les condenó por primera vez por el de peculado por apropiación.

Lo propio hizo el defensor de Héctor Jairo Bonilla López al interponer recurso de casación contra la condena que a éste se le irrogó como interviniente en el punible de peculado por apropiación.

9. Habiendo Héctor Jairo Bonilla López y su defensor desistido del recurso interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, la Sala admitió tal manifestación, en auto del 19 de abril de 2023.

10. A su vez, mediante auto del 25 de septiembre de 2024, la Sala inadmitió las demandas de casación formuladas por los defensores de José Andrides Córdoba García y William Alfonso Reyes Cadena.

11. Ejercido seguidamente el mecanismo de insistencia y sin que el Ministerio Público accediera al mismo, debe ahora la Corte decidir, en aras del axioma de doble conformidad, sobre las impugnaciones especiales interpuestas en nombre de los mencionados y de Andrés Aníbal Herrera Bernal respecto del delito de peculado por apropiación.

IV.LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

12. Tras una reseña de las pruebas practicadas y de precisar los supuestos fácticos de la norma que describe el delito de peculado, entiende el a quo que, no por haberse condenado a José Andrides Córdoba García y William Alfonso Reyes Cadena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, debe comprenderse materializado aquél pues, se trata de conductas autónomas, sin que necesariamente una implique la otra.

13. En este asunto, afirma, además de que el tesorero Herrera Bernal desembolsó los dineros por orden del alcalde, de modo que, no resulta sensato considerarlo sujeto activo cuando intervino por orden directa de su jefe y no de manera deliberada, no se demostró que éstos y Córdoba García hayan actuado de manera dolosa a fin de que Héctor Jairo Bonilla López se apropiara de los 16 mil millones de pesos.

14. Eso se advierte, a partir del oficio del 30 de diciembre de 2008 dirigido por el alcalde Reyes Cadena al gerente de riesgos de Serfinco S.A., mediante el cual solicitó su asesoría, orientación e intervención para que dichos recursos fueran retenidos y devueltos al municipio y se abstuviera de hacer cualquier transacción ordenada por Probolsa S.A.

15. En consecuencia, José Andrides Córdoba García, William Alfonso Reyes Cadena y Andrés Aníbal Herrera Bernal fueron absueltos, en primera instancia, por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

V. LA SENTENCIA IMPUGNADA

16. Dado el rol desempeñado por cada uno de los acusados en la administración municipal, consideró el tribunal, en primer lugar, que el alcalde sí ostentaba la disponibilidad de los recursos que se dicen objeto de apropiación, era a él a quien competía funcionalmente su administración y custodia; de esa manera ordenó, mediante

Resolución del 27 de octubre de 2008, el desembolso de los 16 mil millones de pesos a favor de Serfinco, con expresas instrucciones de ser acreditados a Probolsa S.A.

17. Por su parte, Herrera Bernal, como coordinador del área de rentas, tesorería y pagaduría fue quien ordenó, según oficio del 30 de octubre de dicho año, girar tales dineros, lo que equivale a decir que su función fue operativa, que no era quien decidía autónomamente, como sí lo hacía el alcalde, sobre el manejo de los excedentes de liquidez.

18. Bajo esos supuestos, el alcalde acordó con Probolsa S.A. la inversión de 16 mil millones de pesos, provenientes de los excesos de liquidez, en títulos de tesorería TES principal Clase B, mediante una operación de venta con pacto de retroventa, operación en la que aquella sociedad fungiría como gestor ante Serfinco S.A.

19. Mediante dicha operación, afirma el tribunal, los recursos pasaron a Probolsa y aunque parte de éstos fueron reintegrados al ente territorial cuando se venció el plazo de recompra o por virtud del escándalo que se suscitó ante la opinión pública, no puede admitirse que tal acto postdelictual desvirtúe la comisión del delito pues, es un hecho cierto que los recursos ingresaron a Probolsa, más específicamente a una cuenta de su representante Bonilla López y que de los mismos éste dispuso libremente, sin invertirlos totalmente en los Títulos de Tesorería, o en el mercado secundario, que era su propósito.

20. En otras palabras, el dinero se desembolsó a un tercero, que no estaba autorizado para administrarlo, con la obligación de pagar una tasa mensual y devolverlo en una fecha cierta, bajo una garantía que no cubría sino la mitad y, por ende, no aseguraba la devolución de la totalidad del dinero.

21. Es decir, la alcaldía entregó cuantiosos recursos sin la garantía necesaria para su recuperación, pues, en últimas, dependía de la voluntad de Probolsa reintegrarlo.

Ahora, dados los documentos recaudados en torno al destino de los dineros, se estableció que el representante de Probolsa utilizó cerca de 10 mil millones de pesos para sufragar gastos, obligaciones o inversiones propias o de la sociedad.

22. De esa manera, afirma el tribunal, se concretó, de una parte, el aporte indispensable del alcalde Reyes Cadena en cuanto, con su decisión de que el tesorero girara esos dineros a Probolsa, éstos efectivamente egresaron del erario, e ingresaron al patrimonio de la mencionada sociedad, cuyo representante, antes que invertirlos en su totalidad en la forma acordada, los utilizó para atender obligaciones de la sociedad o para sus gastos personales.

Tal comprensión no se desvirtúa porque el alcalde haya dirigido una comunicación al gerente de riesgos de Serfinco

pues, ésta se produjo cuando el delito ya se había consumado.

23. De otra parte, la misma responsabilidad cabe al tesorero Herrera Bernal porque, a pesar de no ser el ordenador del gasto, no poseer la disponibilidad jurídica de los recursos, sí ostentaba su custodia y fue quien ordenó al banco emitir el cheque respectivo con expresas instrucciones de ser acreditado a Probolsa.

Igual, el secretario de hacienda, Córdoba García, ostentaba la custodia material de los recursos, era el superior de Herrera Bernal y por tanto, le era exigible verificar la legalidad de los actos que éste último desplegó, pero como no lo hizo permitió que se consumara la apropiación.

24. Y en cuanto al conocimiento y voluntad que se predica de los acusados, se demostró que Reyes Cadena ignoró a toda costa las irregularidades en el trámite contractual, sin verificar siquiera la condición exigida para que Probolsa actuara como intermediario en el mercado de valores, vale decir que, por medio de un contrato carente de los requisitos esenciales legales, dirigió su conducta de forma consciente a que el contratista se apropiara de los dineros.

También Córdoba García y Herrera Bernal actuaron deliberadamente con el mismo propósito de hacer que Probolsa se apropiara de los recursos estatales.

El aporte de todos resultó fundamental en tanto concurrieron a la tramitación de un contrato que carecía de las exigencias legales y de él se valieron para que el tercero lograra la apropiación.

25. Por eso, decidió el tribunal revocar la sentencia de primera instancia, en tanto absolvió a los mencionados por el cargo de peculado por apropiación y, en su lugar, los condenó como coautores del mismo, de manera que, considerado el concurso con el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales imputado a Reyes Cadena y a Córdoba García, les impuso, al primero, la pena principal de 165 meses de prisión, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso y multa de \$13.752'671.367,00; al segundo, prisión de 120 meses, inhabilitación por el mismo término y multa de \$13.739'043.477,00; y a Herrera Bernal, 100 meses de prisión, inhabilitación por el mismo lapso y multa de \$13.720'872.957,00.

26. Y en cuanto a subrogados, negó el de la suspensión condicional de ejecución de la pena, por no reunirse el requisito cuantitativo exigido en el artículo 63 del Código Penal y en la Ley 1709 de 2014 pues, la pena a imponer, a cada uno de los procesados, excede, respectivamente, los 3 y 4 años de prisión.

27. Tampoco se reúnen las exigencias para conceder la prisión domiciliaria, porque, dadas las indicadas en el

artículo 38 de la Ley 599 de 2000, el peculado se sanciona con prisión mínima superior a 5 años.

Además, tratándose de punibles contra la administración pública, el artículo 68 A del Código Penal los excluye de tales sustitutos.

VI.LA IMPUGNACIÓN

28. La formulada en nombre de William Alfonso Reyes Cadena:

Acusa el impugnante la sentencia del tribunal de incurrir en errores al momento de contemplar y valorar las pruebas que le sirvieron de sustento para condenar pues, con ninguna de ellas es posible demostrar que la intención del entonces alcalde fue la de buscar que terceros se apropiaran de dineros del municipio, es decir, que su conducta sería atípica por ausencia de dolo.

29. Esto se acredita, afirma, con la Resolución 0091 porque, cuando se enteró de la maniobra engañosa de los contratistas, el alcalde envía una comunicación a Serfinco para que se abstenga de entregar los dineros a Probolsa, pero como al mes siguiente esta sociedad no reintegra el dinero, formula entonces denuncia.

La fiscalía, agrega, nunca probó la existencia de los elementos que componen el dolo, ni el cognoscitivo, ni el

volitivo y aunque el primero es fácil de deducir según la capacidad mental del acusado, para la demostración del segundo no basta con probar que el autor conocía la ilicitud de la conducta, sino que es necesario acreditar que quería o buscaba ese resultado, encausando su voluntad a lograr, mediante actos reales, la apropiación en provecho suyo o de terceros, más aún cuando en nuestro ordenamiento no basta la causalidad y se halla proscrita la responsabilidad objetiva.

La sentencia cuestionada, dice el defensor, sostiene que el pacto entre el representante de Probolsa y los funcionarios de la alcaldía se generó el 4 de septiembre, pero no explica cómo llegó a tal conclusión, sin utilizar la sana crítica para arribar a la misma.

30. Por el contrario, si se aplica la lógica y sus reglas, no puede entenderse cómo el alcalde quería apropiarse de dineros en favor de terceros, pero, a la vez, envía una misiva a Serfinco para que no los entregue al tercero y seguidamente formula denuncia. Es que, añade, según la experiencia, si una persona denuncia es porque tiene interés en que se investigue, se impida el resultado y se castigue a los responsables, más en este caso en que los asesores de Probolsa se concertaron para defraudar a la alcaldía y casi lo logran, si no es por la denuncia del entonces alcalde y sus actividades tendientes a evitar el descalabro.

Apropiarse significa apoderarse definitivamente del bien, con la intención de dejarlo para sí y no tener la

intención de devolverlo nunca, concepción bajo la cual la fiscalía jamás probó el verbo rector, mas el tribunal, sin apoyo probatorio infirió tal intención en el procesado.

31. Si bien es cierto, agrega el impugnante, el representante de Probolsa envió el 4 de septiembre de 2008 una comunicación a la alcaldía, eso no significó la celebración de contrato, ni pacto alguno, simplemente era una propuesta unilateral que no fue aceptada o, en relación con la cual, no existe una manifestación de aceptación por parte de la alcaldía.

Tampoco es verdad que los empleados de Probolsa se presentaron como contratistas, aunque sí como asesores financieros y en tal condición ofrecieron gestionar, por intermedio de su firma aliada Serfinco S.A., la compra de Títulos TES con calificación AAA y cero riesgos crediticios y eso era lo que el alcalde se representaba en su mente al momento de emitir la Resolución 0091 de 2008, que Probolsa era un comisionista y que la compra de los TES sería realizada por Serfinco.

32. Los comisionistas hicieron a la alcaldía diversas propuestas de inversión, sin que eso significara un acuerdo de voluntades, de modo que, lo único cierto es que el burgomaestre, en su Resolución 0091 del 27 de octubre de 2008, dio una serie de instrucciones para realizarla que, de haberse cumplido, el dinero no habría estado en riesgo, como que se adquirieran Títulos TES Clase B a través de Serfinco

en el Banco de la República. El funcionario nunca ordenó, por ejemplo, a pesar de las propuestas de la entidad gestora Probolsa, que la adquisición se hiciera con pacto de recompra.

Lo ordenado en ese acto administrativo, afirma el impugnante, se sujeta al marco legal, pero el tribunal genera de allí unas conclusiones que objetivamente no pueden extraerse, como sostener que de la propuesta del 4 de septiembre de 2008 surgió un acuerdo de voluntades, un pacto, cuando en realidad la alcaldía no se interesó por los términos en que venía presentada.

33. No es verdad, entonces, que se haya celebrado pacto alguno; las comunicaciones de Probolsa son manifestaciones posteriores y unilaterales que no recibieron la aceptación del procesado a través de algún acto administrativo que acogiere la propuesta. No hubo jamás un pacto o contrato, o acuerdo de voluntades, como equivocadamente lo aprecia el tribunal.

34. Yerra también el ad quem, dice el recurrente, cuando afirma que el coordinador de rentas, tesorería y pagaduría giró un cheque por valor de 16 mil millones de pesos a favor de Serfinco, recibido, en efecto, por la comisionista, con instrucciones expresas de ser acreditado a Probolsa, pero, eso no corresponde a la realidad, pues, el título valor no contenía tales instrucciones, ni es posible atribuir a Reyes Cadena tal orden toda vez que nunca la dio.

35. De la declaración de Andrés Aníbal Herrera Bernal se extrae que Jairo Bonilla, representante de Probolsa, le pidió que no colocara al municipio de Arauca como consignante, sino a esta entidad para poder cobrarle la comisión a Serfinco; es decir, si el tesorero pagador cayó en dicha estafa fue por imprudente, pero jamás porque el alcalde haya impartido esa instrucción, la cual era la de que Serfinco realizara la compra y por eso fue a ésta a la que se giró el cheque.

El alcalde, agrega el recurrente, dispuso la adquisición convencido que Serfinco, empresa que reunía los requisitos y estaba acreditada y reconocida, era la que manejaría los dineros y compararía los títulos, tal como lo ordenó en su citada resolución. Por eso, cuando se enteró que Serfinco había depositado los dineros a Probolsa, se preocupó y envió su misiva a aquella entidad solicitando que no entregara los recursos a Probolsa y además formuló denuncia ante la fiscalía.

36. El tesorero, por su parte, dispuesto estaba a cumplir las instrucciones del alcalde, pero, fue inducido en error por el representante de Probolsa para que figurara ésta como consignante a efecto de ganarse la comisión, como le fue entonces ratificado por Juanita Iragorri, representante de Serfinco. Es que, Probolsa era una empresa comisionista de Serfinco, conseguía negocios para ésta y eso no es ilícito, pero la firma que debía recibir los dineros y manejarlos y en

efecto los recibió, era Serfinco, siendo con ésta que el alcalde contrató.

37. Lo anterior demuestra, agrega, que alcalde y tesorero tenían clara la calidad con que actuaba Probolsa y que los recursos debían ser manejados y la compra de títulos efectuada por Serfinco, solo que los dineros terminaron en las cuentas de aquella, merced al engaño al que los representantes de ambas entidades indujeron al pagador y del cual el burgomaestre no tenía conocimiento pues, su intención nunca fue la de que los recursos se depositaran a Probolsa, ni de que ésta adquiriera los títulos o hiciera alguna inversión porque le era diáfano que se trataba de una sociedad gestora o comisionista que se encargó de buscar una firma acreditada como Serfinco para realizar la inversión. Reyes Cadena no conoció, ni intervino en el cambio que se hizo a último momento, de variar el verdadero consignante.

38. Ante la ausencia de pruebas, por tanto, que demuestren el dolo en el actuar del entonces alcalde, la conclusión, afirma el impugnante, solo podía ser la absolución, tal como lo hizo el a quo, máxime que no es difícil entender que los directivos de Probolsa y Serfinco engañaron al tesorero para que colocara como consignante a aquella entidad y no al municipio para, seguidamente depositarle los recursos y variar la compra de Títulos TES tipo B a la de TES simples, los cuales se adquirirían para la época a mitad de precio, pero, valdrían, al vencimiento, los 16 mil millones

invertidos, mientras el saldo, de casi 9 mil millones produciría los intereses o réditos mensuales que se pagarían al municipio, todo lo cual representaba un jugoso negocio para dichas sociedades.

39. Solicita el recurrente, en consecuencia, se revoque el fallo impugnado y, en su lugar, se confirme la sentencia absolutoria que, por el delito de peculado por apropiación, se profirió en primera instancia en favor de William Alfonso Reyes Cadena o, subsidiariamente, se tipifique su conducta como culposa de modo que, al estudiar la prescripción de la acción, de hallarse configurada, así se declare.

40. No obstante sus anteriores peticiones, cuestiona, además, que, al dosificar la pena, no se haya tenido en cuenta la atenuación prevista en el artículo 401 del Código Penal, toda vez que el dinero fue, en comienzo, devuelto parcialmente, según se indica en el escrito de acusación, pero, al final, en su totalidad, conforme quedó probado en el juicio.

41. Por esto, pide se declare la nulidad de lo actuado, desde la presentación del escrito de acusación, porque al no informar al procesado de la rebaja punitiva a que tenía derecho, gracias al reintegro del dinero, se le cercenaron sus garantías fundamentales a un debido proceso, a la legalidad y a la defensa material en la medida en que, en esas condiciones, no se le dio la oportunidad de allanarse a cargos con la consecuente rebaja, o de proponer un preacuerdo, o

buscar un principio de oportunidad o, incluso, de examinarse la posibilidad de que la acción ya hubiere prescrito.

Se vulneró con eso, además, la congruencia por no incluirse como hecho relevante el reintegro del dinero como constitutivo de la causal de atenuación punitiva pues, en tales circunstancias, la calificación resultaba cercenada al no existir concordancia con los hechos imputados, en los que se omitió referir que los procesados devolvieron parte de los recursos, sin que se incluyera en la adecuación típica, ni se informara de la misma al acusado.

42. Se equivoca también el tribunal, afirma el impugnante, cuando niega al acusado la concesión de subrogados por aplicación de las leyes 1474 de 2011 y 1709 de 2014, toda vez que, ocurridos los hechos en octubre de 2008, no se hallaban aún vigentes.

43. La formulada en nombre de José Andrides Córdoba García y Andrés Aníbal Herrera Bernal:

A efecto de que se revoque la sentencia de segunda instancia, e incluso la de primera, por afectación del debido proceso y, consecuentemente, se declare extinguida la acción penal por prescripción, sostiene el recurrente conculcada la referida garantía en tanto el fallo del tribunal desconoció principios como los de certeza, congruencia,

igualdad, legalidad, moralidad administrativa y seguridad jurídica.

44. En ese contexto, afirma, se inaplicaron los artículos 397 y 410 del Código Penal *“para edificar un tipo penal en ausencia del verbo rector de cada conducta”* y consecuentemente, *“nunca se consolidó la tipicidad objetiva y subjetiva dada la inexistencia de los elementos del tipo, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”*.

No resultaba posible proferir condena cuando no se construyeron unos hechos jurídicamente relevantes que involucraran a los acusados, pues, se demostró que Córdoba García y Herrera Bernal nunca suscribieron el presunto contrato, es decir, no hicieron parte del mismo y, por ende, mal podía atribuírseles responsabilidad.

45. El tribunal, agrega, erró al asegurar que el contrato fue celebrado entre el municipio y Probolsa y con eso ignoró que el acuerdo se verificó fue con Serfinco S.A., según lo revela la Resolución 0991 del 7 de octubre de 2008; por eso, a partir de ahí, valoró indebidamente la prueba para determinar las conductas punibles imputadas, cuando no existe medio de convicción alguno que demuestre la responsabilidad de los acusados en mención, más aún cuando, reitera, se acreditó que ellos no hicieron parte del cuestionado convenio.

Sin más, concluye, *“queda así demostrado que el fallador de segunda instancia no debió proferir sentencia condenatoria al existir duda razonable sobre las pruebas valoradas por el inferior y controvertidas por la defensa durante el juicio”*.

46. Ahora, imputado Córdoba García el 18 de octubre de 2011 y proferida la sentencia de segunda instancia el 8 de octubre de 2021, transcurrieron 9 años, 11 meses y 17 días, mientras que, formulada la imputación contra Herrera Bernal el 1º de febrero de 2012, pasaron 9 años, 8 meses y 7 días, lo cual significa que, siendo el lapso prescriptivo, para el primero de 5 años y para el segundo de 4,15 años, por corresponder a la mitad de la pena que les fuera impuesta, la extinción de la acción ya se materializó.

VII. LOS NO RECURRENTES

47. Como tal intervino el apoderado del Municipio de Arauca, reconocido en este asunto como víctima, solicitando se desestime el pedido de nulidad hecho por el defensor de Reyes Cadena y se confirme la sentencia objeto de impugnación especial.

48. Con ese propósito sostiene que, en este asunto se demostró que Probolsa no estaba vigilada por la Superfinanciera y ni siquiera inscrita en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores y que, a pesar de tenerse tal conocimiento, se procedió al desembolso del dinero.

Luego, la conducta del ordenador del gasto, inducida o motivada por el representante de Probolsa, resulta reprochable, más aún cuando éste, una vez fueron puestos los recursos a su disposición y sin facultad para administrarlos en nombre del municipio, los tomó como dinero de bolsillo, inclusive para gastos ajenos a los pretendidos por el ente territorial.

49. Se probó también que, Reyes Cadena, como alcalde, y Córdoba García, en tanto secretario de hacienda, eran los ordenadores del gasto y, por ende, era su obligación la de propender por el buen manejo de los recursos del erario municipal.

Igualmente, que Héctor Bonilla López, representante de Probolsa, se apropió de los mismos, utilizándolos para el pago de obligaciones personales y, en fin, para un objeto diverso al pretendido por el municipio.

50. Y si bien, afirma, se logró el reembolso de algunos dineros apropiados, no menos cierto, es que eso sucedió cuando el delito ya se había ejecutado, por ende, mal podría, por esa razón, eximirse de responsabilidad.

VIII. CONSIDERACIONES

Competencia

51. Compete a la Corte decidir la impugnación especial propuesta por los defensores de los procesados William

Alfonso Reyes Cadena, José Andrides Córdoba García y Andrés Aníbal Herrera Bernal, en aras de satisfacer el principio de doble conformidad judicial en relación con el delito de peculado por apropiación, por el que aquellos fueron condenados por vez primera en el fallo impugnado, según lo prevé el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, modificadorio del numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política y la jurisprudencia (AP1263-2019).

52. Debe precisarse, sin embargo, que, dado el principio de limitación que rige el recurso, éste se restringe única y exclusivamente al referido punible y no además, al de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, comprendido que, en cuanto a éste, inadmitidas como fueron las demandas de casación formuladas, resulta indiscutible en esta fase la materialidad de dicho punible y la responsabilidad que por su comisión se atribuyó a los dos primeros procesados en mención.

Problema jurídico y estructura de la decisión

53. Bajo ese supuesto, más allá de que se cuestione la eventual autoría de los hechos por parte de Córdoba García y Herrera Bernal en tanto, a juicio de su defensor, no participaron en la suscripción del convenio que dio lugar a la erogación de los recursos públicos, no se discute ciertamente el objetivo suceso de que, como se indicó en la acusación, un tercero, el gerente de Probolsa S.A. se apropió de \$9.147'248.638,00, del total de 16 mil millones de pesos

que giró la alcaldía de Arauca, con el propósito de invertir excedentes de regalías.

54. En esas condiciones, el examen que abordará la Sala, tal como lo proponen los defensores, será en esencia sobre la tipicidad subjetiva, especialmente sobre el dolo y, llegado el caso, sobre la eventual actuación culposa de los acusados, según lo propone la defensa de Reyes Cadena, no sin antes analizarse la vigencia de la acción penal, cuya prescripción aduce la defensa de los otros dos acusados recurrentes y una posible afectación de la congruencia entre acusación y sentencia, para finalmente, de ser el caso, examinar la viabilidad de reconocer a los impugnantes un subrogado penal.

El delito de peculado por apropiación

55. Este punible, definido en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, se comete cuando un servidor público se apropia 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.

Conducta que se sanciona con prisión de 96 a 270 meses de prisión, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso y multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere una suma igual a 50

mil salarios mínimos mensuales legales y se agrava, aumentando la pena hasta en la mitad, salvo que la pecuniaria tampoco podrá exceder del equivalente a 50 mil salarios mínimos mensuales, cuando lo apropiado supera un valor de 200 salarios mínimos mensuales legales.

56. Acorde con dicha descripción, este delito atenta contra la administración pública y requiere para su conformación 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.

La configuración de este delito tiene lugar, entonces, cuando el servidor público por razón o con ocasión de sus funciones, se apodera a su favor o de un tercero, de los bienes que le habían sido confiados, privando así al Estado de la disposición que pueda ejercer sobre sus recursos.

57. En cuanto a la tipicidad subjetiva se trata de un punible de comisión dolosa, (aunque también admite la culposa), de modo que, se exige del sujeto activo el conocimiento de que su comportamiento es objetivamente típico y que, a pesar de eso, es su voluntad ejecutarlo, vale

decir que han de concurrir los dos elementos que configuran el dolo: uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

Sobre la prescripción

58. Supone el defensor de Córdoba y de Herrera que por haber transcurrido 9 años, 11 meses y 17 días, para el primero, y 9 años, 8 meses y 7 días, para el segundo, contados desde las respectivas formulaciones de imputación, la acción se extinguió al considerar que el lapso prescriptivo es de 5 años para aquél y de 4,15 años, para éste, por corresponder a la mitad de la pena que les fuera impuesta.

Planteamiento que, sin lugar a dudas, carece de sustento legal por la simple razón que, de conformidad con los artículos 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, la prescripción de la acción penal tiene por referente el máximo de la pena abstractamente señalada en la norma para el respectivo delito, no la sanción que en concreto se haya impuesto en la sentencia, de suerte que, para efectos de la vigencia de la acción penal ninguna incidencia tiene que a Córdoba se le haya irrogado prisión de 120 meses y a Herrera de 100.

59. El delito imputado y objeto de condena en segunda instancia fue el de peculado por apropiación, en favor de terceros, que tiene prevista, según el inciso 2° del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, una pena máxima de 405 meses de prisión, lo que significaría, en principio, que el lapso prescriptivo, después de formulada la imputación, sería de 10 años

Como el punible se cometió por funcionarios públicos, ese término se incrementa, dada la fecha de los hechos, en un tercio para un total de 13 años y 4 meses, el cual, dadas incluso las cuentas del impugnante, no transcurrió, antes de que se profiriera la sentencia de segunda instancia pues, los 10 años antes referidos y menos el cómputo con el incremento mencionado, se han cumplido toda vez que, la primera imputación se formuló el 18 de octubre de 2011 y la sentencia de segunda instancia se dictó el 4 de octubre de 2021.

Sobre la congruencia

60. En cuanto a la aducida afectación a este principio, la plantea el defensor de Reyes Cadena, bajo el supuesto de que en la acusación no se incluyó como hecho jurídicamente relevante el reintegro total o parcial de los dineros girados por la alcaldía de Arauca; eso, a su juicio afecta de nulidad dicho acto porque, al no informarse al procesado de la rebaja punitiva a que tenía derecho por esa causa, se le cercenaron sus garantías fundamentales a un debido proceso, a la

legalidad y a la defensa material en la medida en que, en esas condiciones, no se le dio la oportunidad de allanarse a cargos con la consecuente rebaja, o de proponer un preacuerdo, o buscar un principio de oportunidad o, incluso, de examinarse la posibilidad de que la acción ya hubiere prescrito.

Se vulneró con eso, en su opinión, la congruencia por no incluirse como hecho relevante el reintegro del dinero como constitutivo de la causal de atenuación punitiva pues, en tales circunstancias, la calificación resultaba cercenada al no existir concordancia con los hechos imputados, en los que se omitió referir que los procesados devolvieron parte de los recursos, sin que se incluyera en la adecuación típica, ni se informara de la misma al acusado.

61. Planteamiento que, como lo demanda el apoderado de víctimas, resulta totalmente infundado.

Lo primero, porque, aunque a la cuenta de Probolsa en Serfinco se transfirieron 16 mil millones de pesos, esta no fue la suma apropiada toda vez que, la parte que excedió los \$9.147'248.638,00, sí fue invertida en la forma prevista por la alcaldía, esto es, en la compra de algunos TES principales y otros representativos de rendimientos, denominados cupones, a lo cual se sumó los intereses que Probolsa alcanzó a pagar al ente territorial.

62. Por eso, la acusación, en muchas oportunidades refirió precisamente que lo apropiado fue \$9.147'248.638,00 *“correspondiente al dinero que no fue recuperado del gran total transferido del orden de dieciséis mil millones de pesos... descontando los valores estimados como recursos para constituir garantías a favor del municipio de Arauca en la cantidad de \$6.852'751.632,00”*.

Por tanto, si se llegó a considerar que esta suma no fue apropiada, o que fue recuperada, aunque propiamente no fue así, es evidente que de ello fueron informados los procesados en la acusación y que obviamente fue parte de dicho acto procesal, luego, si era por eso, no habría la justificación que ahora esgrime el defensor, para haberse acogido a alguna figura de terminación anticipada, sin que, de otro lado, por tratarse de una circunstancia post delictual, llegare a tener incidencia en el cómputo de la prescripción.

63. Ahora, para dejarlo en claro desde ya, aún con independencia de lo que en adelante se llegare a establecer, lo apropiado, como se dijo y se imputó en la acusación y se señaló en la sentencia impugnada y efectivamente se demostró con los ejercicios contables que debidamente se incorporaron al juicio, fue \$9.147'248.638,00, suma que, como igualmente se demostró a través de la prueba técnica, fue utilizada por el tercero, el gerente de Probolsa, no para adquirir TES en nombre del municipio de Arauca, como era

lo convenido, sino para gastos e inversiones propias o de la sociedad que representaba, e incluso para autopréstamos.

64. De esa suma, nada fue reintegrado y si aparece en la cuenta que le fue abierta al ente territorial en el Banco de Colombia, para el manejo de esos TES y cupones, después transferida a la cuenta de regalías en el Banco de Bogotá, la acreditación de un total de \$13.864'194.000,00, tal como fue determinado y explicado por el investigador de Policía Judicial y certificado por la Coordinadora del Área de Rentas, Tesorería y Pagaduría de Arauca el 28 de julio de 2016, no es porque corresponda al valor real de las inversiones, sino a su valor nominal, esto es, el que tendrían los TES, no al momento de la recompra, sino al de ser redimidos en el año 2014 pues, quedó probado que el gerente de Probolsa solo invirtió en realidad, entre TES principales y cupones, \$6.852'751.632,00.

65. Por demás, el faltante de \$2.287'000.000,00 para llegar formalmente a los 16 mil millones, se pretendió reintegrar por Probolsa, a través de un cheque, que fue devuelto por fondos insuficientes, de modo que, en últimas, los \$9.147'248.638,00 apropiados en favor del tercero, no fueron reintegrados total, ni parcialmente, sin que a este concepto respondan los que fueron en efecto invertidos en TES y en cupones, ni el excedente hasta completar \$13.864'194.000,00, porque este no corresponde a valores reales de la fecha de la inversión, o de la recompra, en 2008, sino a su valor nominal de redención en 2014.

66. Ahora, si bien en relación con los hechos objeto de este juicio, la Contraloría General de la República condenó a Serfinco S.A., como responsable fiscal, a pagar \$8.904,877.387,00, porque *“en la imputación de cargos y en el fallo se le acusó ... de haber facilitado, gracias a su aptitud como comisionista de bolsa, un negocio entre Probolsa SA y el municipio de Arauca que no ofrecía condiciones mínimas de solidez, seguridad y rentabilidad lo que a la postre conllevó a la pérdida de recursos públicos del municipio de Arauca”*, tal condena de dicha naturaleza no corresponde a la concepción de reintegro que señala el artículo 401 del Código Penal, pues, más allá de que la condenada sea, en últimas, un tercero en relación con los impugnantes, tal pago no obedeció a actividad de éstos, por manera que no es posible afirmar que ellos reintegraron, por tercera persona, parte de los recursos apropiados.

Mucho menos si el alcalde, el secretario de hacienda, el jefe de la oficina jurídica y el coordinador del área de rentas, tesorería y pagaduría para la fecha de los hechos, fueron igualmente condenados a pagar, de manera solidaria, junto con Serfinco S.A. y Probolsa S.A., la suma de \$8.768'901.468,79, mientras que el proceso penal, finalmente, excluyó de responsabilidad a Juanita Irigorri, funcionaria de Serfinco que había sido imputada.

Además, cómo considerar que hubo el reintegro de esa suma a través de dicha condena por responsabilidad fiscal, si la certificación que se incorporó al juicio con el perito de

la defensa de Reyes Cadena, suscrita el 28 de julio de 2016 por la Coordinadora del área de Rentas, Tesorería y Pagaduría el Municipio de Arauca, indica que a esa fecha “*no ha ingresado a las arcas del Municipio de Arauca la suma de OCHO MIL NOVECIENTOS CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$ 8.904.877.387,00) correspondientes a reembolso de la Sociedad Serfinco como resultado del proceso de responsabilidad Fiscal N° J1557; los cuales se encuentran depositados en la cuenta corriente N° 050-00120-5 a favor de la DIRECCION DEL TESORO NACIONAL*”.

67. Es que, el artículo 401 del Código Penal, ha dicho la Corte (SP5696-2021 Rad. 52483), consagra una relevante manera de disminuir la pena, en los delitos de peculado, cuando se advierta la inequívoca manifestación de voluntad del implicado en aminorar las consecuencias del delito, por eso entre el sujeto activo de la infracción y la acción de reintegrar, debe existir una relación directa o mediada por un tercero, el cual actúa en representación suya, pero no independientemente de él.

“Al respecto, ha de precisarse que tanto con el artículo 139 del Decreto Ley 100 de 1980 y luego con el 401 de la Ley 599 de 2000 -que mantuvo la esencia de la figura-la jurisprudencia de esta Sala ha sido clara en señalar, como bien lo expone la representante de la sociedad, que tal acto debe emanar de la voluntariedad del procesado. (...) “...La

atenuación punitiva por reintegro parcial o total no puede operar sino cuando ha habido devolución voluntaria de lo apropiado, perdido o extraviado, o de su valor y no cuando los bienes se han recuperado por la acción unilateral de la justicia, porque este evento no puede, en sana lógica, beneficiar a quien no lo procuró por sí o por tercera persona.

...

Esa misma filosofía inspiradora del beneficio se preservó con el mencionado artículo 401 de la Ley 600 de 2000, advirtiéndose que más allá de propender por la recuperación de los dineros indebidamente apropiados, se busca rescatar el deber funcional de lealtad quebrantado a través de un acto voluntario del procesado que suponga su arrepentimiento...

La jurisprudencia de la Corte ha sido explícita y clara que la teología de la norma busca proteger no solo la lesión patrimonial al Estado, sino que, como lo dice el Ministerio Público, va más allá, es decir, el deber de fidelidad y respeto de los funcionarios con la administración pública, de suerte que, correlativamente, el beneficio punitivo se otorga en virtud de un acto de arrepentimiento que aminora la ofensa al deber de probidad que le correspondía cumplir al servidor público”, (Sentencia de 21 de marzo de 2012, Rad. 33101).

La suma que se alega reintegrada a través de la condena de responsabilidad fiscal proferida por la Contraloría General de la República, no obedeció a un acto voluntario de alguno de los procesados, ni a la intermediación de un tercero en su favor; por eso, aunque se

hubiere certificado lo contrario, mal podría reconocerse la atenuante pretendida por la defensa de Reyes Cadena porque, se reitera, ese pago no obedeció a un acto de voluntad propio de quien, teniendo el deber de probidad como servidor público, se encuentra arrepentido con la falta cometida a la administración pública e intenta repararla.

68. Por lo mismo, mal puede concluirse, como lo hizo el perito de la defensa, que lo reintegrado fueron \$22.769'071.387,00, sumados los \$13.864'194.000,00 que corresponde al valor redimido de los TES a octubre de 2014 y el monto de la condena impuesta por la contraloría.

Es que, se reitera, el convenio suponía que a abril de 2009 le serían, según el pacto de reventa, comprados los títulos al municipio por los mismos 16 mil millones que invirtió, cosa que no sucedió, estableciéndose a cambio que el gerente de Probolsa utilizó a su arbitrio \$9.147'248.638,00, comprándole a la entidad territorial el excedente, incluidos los rendimientos que Probolsa alcanzó a pagar, para un total de \$6.852'751.632,00, según lo acreditó la fiscalía a través de la prueba pericial y las inspecciones realizadas a las cuentas de dicha entidad.

Los más de 13 mil millones mencionados, se repite, no fueron producto de la recompra en abril de 2009, sino de la redención de los títulos en el año 2014, que ni siquiera fueron comprados a nombre del municipio, sino de Probolsa, solo que ésta los transfirió a la víctima, lo que significa que

ni siquiera en esas condiciones puede afirmarse que fueron recomprados títulos por valor de los 16 mil millones de pesos invertidos.

69. Todo lo anterior para concluir que, más allá de la redención de los títulos, sucedida 6 años después de la inversión, que no produjo por eso rendimiento alguno, aparte de la eventual indexación, lo apropiado fue la suma determinada por la fiscalía por más de 9 mil millones de pesos y que de ésta nada fue reintegrado por los acusados; los más de 6 mil millones restantes no fueron objeto de apropiación, con ellos se cumplió el pacto de recompra, luego su entrega al municipio no constituye reintegro.

70. Finalmente, si nada se hubiere informado en la acusación acerca de que el excedente de esa suma sí fue invertido en la forma dispuesta por la administración, ninguna trascendencia habría tenido en la conformación de los hechos jurídicamente relevantes: primero, porque el reintegro constituye una circunstancia post delictual y segundo, no afectaría de invalidez el acto de acusación, en tanto bastaría simplemente, de haberse demostrado, reconocer sus efectos en la sentencia.

Tipicidad subjetiva en el caso concreto

71. Ahora, en el propósito de establecer si los impugnantes actuaron o no dolosamente, o acaso y en su

defecto de manera culposa, la cronología de los sucesos indica:

72. Previas conversaciones que se habían sostenido entre funcionarios de la alcaldía, como el burgomaestre, el secretario de hacienda, el tesorero y el asesor jurídico, con asesores de Probolsa S.A., el gerente de ésta dirigió, el 4 de septiembre de 2008, comunicación al alcalde de Arauca, acerca de que, en esencia, como asesores financieros del municipio su función sería la de gestar la compra, a nombre de éste y por intermedio de Serfinco S.A. de títulos TES, con calificación AAA, cero riesgo crediticio, rentabilidad óptima y fija a desembolsar periódicamente o según necesidad, y depositados en el DCV (Depósito Central de Valores), del Banco de la República.

73. En la misma fecha, el gerente y un asesor financiero de Probolsa, enviaron una propuesta de inversión al alcalde Reyes Cadena según la cual se podrían adquirir treinta mil millones de pesos en títulos de tesorería TES principal Clase B, redimibles el 12 de septiembre de 2014, rentabilidad del 12% efectivo anual, con pacto de recompra.

74. El 17 de octubre de 2008, el Municipio de Arauca diligenció el Formulario de Apertura y Actualización de Cuenta de Personas Jurídicas, con el propósito de vincularse como cliente de Serfinco S.A.

Sin embargo, la comisionista, al analizar la documentación respectiva, encontró que el Municipio de Arauca no cumplía con los requisitos de vinculación como cliente.

75. También el 17 de octubre de 2008, los mismos funcionarios de Probolsa y bajo similares condiciones a las antes expresadas, hicieron nuevamente una propuesta al alcalde, esta vez para invertir 16 mil millones de pesos, con pacto de recompra por el mismo valor, a un plazo de 180 días, durante el cual se pagarían \$151'820.687,00 mensuales como rendimientos, depositándose la garantía de la inversión en el Depósito Central de Valores del Banco de la República.

76. En ese contexto, el 21 de octubre de ese año, el secretario de hacienda José Andrides Córdoba García, quien, junto con el alcalde, el asesor jurídico y el tesorero, entre otros, había asistido a las reuniones previas donde se hizo la presentación de la propuesta de inversión, rindió concepto positivo sobre la viabilidad de que el municipio invirtiera sus excedentes de liquidez, provenientes de regalías petroleras, en títulos de tesorería TES, a una tasa fija con rentabilidad superior a la producida por la cuenta de ahorros donde se hallaban dichos recursos.

77. Para ese efecto consideró:

Que, de conformidad con el artículo 49 del Decreto 1525 del 9 de mayo de 2008, las entidades territoriales

debían invertir sus excedentes de liquidez, en: i) Títulos de Tesorería TES; Clase "B", tasa fija o indexados a la UVR, del mercado primario directamente ante la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público DGCPTN o en el mercado secundario en condiciones de mercado, y, ii) Certificados de Depósito a término, depósitos en cuenta corriente, de ahorros o a término en condiciones de mercado en establecimientos Bancarios vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia o en Entidades con regímenes especiales contempladas en la parte décima del Estatuto Orgánico del sistema financiero.

Y, que la Circular Externa 0002 del 4 de marzo de 2008, del Departamento Nacional de Planeación instruye a las entidades beneficiarias de regalías acerca de invertir sus excedentes de liquidez solo en Títulos de Tesorería TES Clase B, tasa fija o indexados a la UVR del mercado primario.

78. A su vez, el 22 de octubre de 2008, el asesor jurídico de la alcaldía, Carlos Roberto Mojica Cerquera, también rindió concepto sobre la viabilidad de invertir esos excedentes de liquidez.

Para eso señaló, de conformidad con la Circular Externa 002 del 4 de marzo de 2008 del Departamento Nacional de Planeación, la Ley 819 de 2003 y el Decreto 1525 de 2008, artículo 49, la obligación de los entes territoriales beneficiarios de regalías, de invertir esos recursos en Títulos

de Tesorería TES Clase B, tasa fija o indexados a la UVR del mercado primario, directamente ante la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda o en el mercado secundario en condiciones de mercado, así como la prohibición de utilizar esos recursos para celebrar operaciones de crédito, repos o simultáneas, transferencia temporal de valores, o registrar pérdidas por concepto de capital.

Finalmente advirtió que *“a fin de salvaguardar los intereses del municipio es importante que el intermediario allegue la documentación necesaria que lo acredita como corredor de bolsa o intermediario en el mercado de valores a fin de tener certeza que la operación se está desarrollando con una empresa que tenga la idoneidad necesaria para este tipo de negociaciones”*.

79. El 23 de octubre de 2008, Andrés Aníbal Herrera Bernal, Coordinador del Área de Rentas, Tesorería y Pagaduría del Municipio de Arauca certificó que a la fecha, en las cuentas bancarias, por recursos de regalías petroleras existía un saldo de \$24.332'880.201,95.

80. Con esos antecedentes el alcalde de Arauca, William Reyes Cadena, decidió, en aceptación de la propuesta de Probolsa, a través de Resolución No. 0991 del 27 de octubre de 2008, autorizar el desembolso de 16 mil millones de pesos para comprar en el mercado primario, a nombre del municipio, Títulos de Tesorería TES, Clase B y girar dicho

valor a Serfinco S.A. para que realice dicha compra a favor de la entidad territorial.

Resolución que fue motivada en que:

i) De acuerdo con el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, los establecimientos públicos del orden nacional y las entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos, deben invertir sus excedentes de liquidez originados en sus recursos propios, administrados, y los de los Fondos Especiales administrados por ellos, en Títulos de Tesorería TES, Clase "B" del mercado primario adquiridos directamente en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ii) De acuerdo con la Circular Externa No. 002 de 2008, del Departamento Nacional de Planeación, las entidades territoriales beneficiarias de regalías y compensaciones sólo podrán invertir sus excedentes de liquidez en Títulos de Tesorería TES Clase B, tasa fija o indexados a la UVR del mercado primario directamente ante la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o en el mercado secundario en condiciones de mercado.

iii) El Municipio de Arauca, según certificación expedida

por la Tesorería Municipal el 23 de octubre de 2008, dispone de recursos (excedentes de liquidez), por valor de \$24.332.880.201,95.

iv) De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007, los excedentes de tesorería de las entidades estatales, se podrán invertir directamente en fondos comunes-ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.

v) Para la selección de agentes de bolsa, el artículo 16 del Decreto 1525 de 2008 dispone que deben estar legalmente facultados para realizar la administración de tales recursos y calificados en la actividad de administración de recursos o de fondos por al menos una firma calificadora debidamente autorizada.

vi) Serfinco S.A en alianza con Probolsa S.A., cumplen con las exigencias requeridas en el decreto mencionado anteriormente, como intermediarios para la compra de títulos TES ante la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

81. El 30 de octubre de 2008, en cumplimiento de la anterior resolución, Andrés Aníbal Herrera Bernal, Coordinador del Área de Rentas, Tesorería y Pagaduría del Municipio de Arauca, solicitó al Banco de Bogotá, mediante oficio, la expedición de un cheque de gerencia por valor de

16 mil millones de pesos a favor de Serfinco S.A., firma comisionista que, a su vez, lo recibió con expresas instrucciones de ser acreditado a Probolsa S.A., sociedad esta que a tal fecha era cliente de la entidad comisionista.

82. El 31 de octubre de 2008, el gerente de Probolsa S.A. confirmó la propuesta de inversión de los 16 mil millones de pesos en títulos de tesorería TES principales clase B, mediante una operación de venta con pacto de recompra por 180 días, vencimiento el 30 de abril de 2009, fecha de redención el 12 de septiembre de 2014 y rendimiento mensual de \$151'820.687,00, con la promesa además, de que la garantía sería depositada en los siguientes días en el Depósito Central de Valores.

Se confirmó, allí mismo, que Probolsa S.A. recibió los 16 mil millones de pesos, a través de consignación en la cuenta corriente de Serfinco S.A. en el Banco de Bogotá.

83. Toda la operación fue igualmente confirmada por el propio alcalde Reyes Cadena cuando, en oficio del 30 de diciembre de 2008, dirigido a Serfinco S.A. ratificó el desembolso de los 16 mil millones de pesos procedentes de excedentes de liquidez de regalías petroleras, que se acreditaron a Probolsa S.A.

Confirmó que el municipio realizó una negociación con Probolsa a fin de invertir, de acuerdo con el Decreto 1525 de 2008, dichos recursos en títulos TES Clase B, para lo cual

diligenciaron el Formato Único de conocimiento suscrito entre esa sociedad y el municipio y el formulario de apertura y actualización de personas jurídicas con Serfinco. Dicha inversión, ratificó, se realizó con pacto de recompra a un plazo de 180 días, del 30 de octubre de 2008 al 30 de abril de 2009, fecha esta en la que los 16 mil millones retornarían al municipio sin detrimento patrimonial alguno.

Reconoció, asimismo, en esta oportunidad el alcalde, haber recibido de Probolsa, el 3 de diciembre de 2008 \$151.820.687,00 que correspondían a los rendimientos mensuales de la inversión.

También informó el burgomaestre que a esa fecha no había recibido el físico de los Títulos a nombre del municipio, lo cual le generaba incertidumbre y desconfianza, toda vez que, Probolsa entró en liquidación días después de haberse realizado la consignación de los 16 mil millones de pesos.

84. En respuesta a la anterior comunicación, el 13 de abril de 2009, el representante legal de Serfinco S.A., José Manuel Vélez Londoño, señaló que esta sociedad no recibió instrucciones del municipio para la compra de títulos en el mercado público de valores, ya que no era su cliente, y que el cheque de gerencia por 16 mil millones de pesos, girado a favor de esa firma y consignado el 30 de octubre de 2008, fue recibido por la comisionista con instrucciones expresas de ser acreditado a favor de Probolsa S.A., quien para entonces sí era cliente suyo.

Precisó, además, que el ingreso de un nuevo cliente a la comisionista no se efectúa con el solo diligenciamiento del formulario de apertura de cuenta, sino que requiere surtir un proceso compuesto por diversas etapas y que culmina con la vinculación o no de la persona natural o jurídica que tramita dicho formato.

En este caso, si bien el Municipio de Arauca diligenció el 17 de octubre de 2008 el Formulario de Apertura y Actualización de Cuenta de Personas Jurídicas, se determinó que la entidad territorial no cumplía con todos los requisitos exigidos por Serfinco para la vinculación de este tipo de entidades, por lo que no se produjo su ingreso como cliente de la comisionista. Por eso, Serfinco no pudo haber recibido instrucciones del Municipio para la compra de títulos en el mercado público de valores.

85. A partir de todas las anteriores circunstancias, objetivas y demostradas debidamente se puede establecer:

i) Que, por virtud de las propuestas hechas por Probolsa y finalmente aceptadas por el alcalde de Arauca, con intervención y participación del secretario de hacienda, el asesor jurídico y el Coordinador del Área de Rentas, Tesorería y Pagaduría, se pactó, se convino, se contrató, que, con la intermediación de aquella sociedad y a través de una operación con pacto de recompra, se adquiriría o invertirían, 16 mil millones de pesos en títulos TES clase B por medio de la comisionista de bolsa Serfinco S.A.

Vale decir, hubo un acuerdo de voluntades suscitado, en principio, por las propuestas de Probolsa y verificado finalmente con la Resolución 0991 del 27 de octubre de 2008 a través de la cual la alcaldía concretó dicho convenio, lo que significa que, más allá de la forma, sí medió un pacto entre las partes en mención para realizar esa inversión.

Yerra por eso el defensor de Reyes Cadena al sostener lo contrario, toda vez que, aunque en principio una propuesta puede entenderse ciertamente como un acto unilateral, su aceptación, según sucedió en este evento al emitirse el acto administrativo que disponía la inversión propuesta, implica la celebración de un pacto, un negocio jurídico entre la administración y un particular que, en este caso, por tratarse de regalías, se ceñía a unas especiales condiciones, no comunes a la contratación administrativa.

La formulación de una propuesta, por una parte y su aceptación, por la otra, conforman, sin duda alguna un pacto que en este asunto fue el medio a través del cual salieron del erario público 16 mil millones de pesos, de los cuales el gerente de Probolsa se apropió de \$9.147'248.638,00.

Más impropiedad se advierte en el argumento defensivo por el hecho de que el acto administrativo producido como consecuencia del pacto no reflejó las condiciones exactas del convenio, sino apenas algunas, pues eso, por el contrario, antes que significar ausencia de un convenio, confluye a evidenciar la dolosa intención de apropiarse en favor de terceros de esos

recursos, pues patentiza el ocultamiento del verdadero negocio que subyacía a ese acto administrativo, según se examinará posteriormente.

Es decir, las manifestaciones unilaterales del gerente y asesores de Probolsa, sí recibieron aceptación por parte de la alcaldía, propuestas que, por demás, fueron conocidas por todos los impugnantes, así como el trámite que se les dio a las mismas y las consecuencias de su aceptación.

Aun cuando se admitiere, en contra de lo probado, que jurídicamente no hubo un contrato, lo cierto es que, de hecho, en respuesta a las ofertas de Probolsa, la alcaldía dictó una resolución en orden a invertir excedentes de regalías petroleras y que por razón de la misma a la cuenta de aquella ingresaron 16 mil millones de pesos provenientes de excedentes de regalías petroleras del municipio.

ii) Que dicho pacto o convenio consistió realmente en que Probolsa adquiriría 16 mil millones de pesos en títulos TES clase B, a través de la comisionista de bolsa Serfinco, que los títulos serían redimibles a 2014, pero, como se incluyó un pacto de reventa, la inversión sería por 6 meses, al cabo de los cuales Probolsa recompraría por la misma suma los títulos al municipio y mientras tanto se le pagarían intereses mensuales por un poco más de 150 millones de pesos.

Aunque todos los impugnantes conocían esas condiciones, según se evidencia en sus asesorías y en la declaración del tesorero, y tanto el jurídico, como el secretario de hacienda rindieron concepto sobre la viabilidad de la inversión, de conformidad con las normas y circulares del Departamento Nacional de Planeación que ordenaba la manera en que habrían de hacerse dichas inversiones, la resolución de la alcaldía dispuso *“autorizar el desembolso por valor de dieciséis mil millones de pesos a efectos de comprar a nombre del Municipio de Arauca Títulos de Tesorería TES... Clase B del mercado primario”* y girar *“el valor mencionado... a favor de SERFINCO S.A..... para que realice la compra a favor del municipio de Arauca de títulos de tesorería... Clase B”*.

Eso evidencia, uno, que la parte resolutive no reflejaba lo convenido; es decir, las verdaderas condiciones del pacto, fueron ocultadas, salvo la finalidad de la inversión, pues ni siquiera en la motivación fue explicitado que se trataba de una inversión de 6 meses, ni que mediaba un pacto de recompra.

Y, dos, que las consideraciones de la resolución resultaban por lo menos sofisticas, o falsa la última, al señalar que los agentes seleccionados para la operación debían estar legalmente facultados para realizar la administración de tales recursos y calificados en la actividad de administración de recursos o de fondos por al menos una firma calificadora debidamente autorizada y que Serfinco en

alianza con Probolsa cumplieran con las exigencias requeridas en el Decreto 1525 de 2008 como intermediarios para la compra de títulos TES ante la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda.

Ese hecho, de ocultar el verdadero alcance del convenio que era enteramente conocido por los tres procesados impugnantes encargados del manejo de los dineros del erario municipal, porque el alcalde fue quien dictó la resolución, el secretario de hacienda dio concepto previo y el tesorero asistió, junto con los anteriores, a las reuniones donde se discutió la propuesta de Probolsa y quien giró materialmente los recursos, resulta relevante en la medida en que se ocultaron dos situaciones que incidían directamente en la celebración del convenio.

Lo primero, que las operaciones de recompra, denominadas repo y definidas en el artículo 1º del Decreto 4432 de 2006, estaban prohibidas hacerlas con excedentes de liquidez, según lo previsto en el Decreto 1525 de 9 de mayo de 2008, al cual hacen referencia los conceptos del secretario de hacienda, del asesor jurídico y la resolución 0991 de la alcaldía de Arauca: *“Las entidades estatales a las que va dirigido el presente decreto así como las entidades financieras que manejen excedentes de liquidez de estas entidades mediante contratos de administración delegada de recursos, negocios fiduciarios o patrimonios autónomos, no podrán utilizar dichos excedentes para celebrar operaciones*

de crédito, repos o simultáneas ni transferencia temporal de valores...”.

Lo que adicionalmente significa que los procesados estaban celebrando un contrato, o participando en su celebración, que resultaba ilegal en la medida en que el pacto de recompra que se convino se hallaba normativamente prohibido, hecho que además les fue expuesto expresamente por el asesor jurídico en su concepto.

Lo segundo, que las condiciones de los agentes que participarían en la operación, nunca fueron examinadas, ni verificadas, nada se exigió, ni se investigó en torno a las condiciones, naturaleza y facultades de Probolsa y Serfinco, tal como lo exigía la Ley 1150 de 2007 y el Decreto antes mencionado en sus artículos 15 y 49, lo que equivale a sostener que, a pesar del evidente conocimiento de tales exigencias, las ignoraron deliberadamente en procura de apropiarse de los recursos en favor de Probolsa.

De lo contrario, habrían verificado fácilmente que ésta no tenía la calidad de corredora de valores, que no estaba autorizada para negociar en bolsa, que no podía manejar recurso de terceros, ni era vigilada por la Superintendencia Financiera, ni pertenecía a ningún organismo autoregulador y que aunque Serfinco sí cumplía las condiciones necesarias, lo cierto es que nunca los funcionarios acusados verificaron que entre dicha entidad y el municipio existiera un contrato que los ligara y a través del cual la comisionista se facultaba

para comprar los títulos a nombre del municipio, caso en el cual además se hacía innecesaria la participación de Probolsa.

No existía entre Serfinco y el municipio convenio alguno que los obligara; la posibilidad de que el ente territorial fuera cliente de la comisionista empezó a tramitarse, pero finalmente ésta no aceptó la respectiva solicitud, mas nada de eso fue verificado por los procesados, salvo el tesorero cuando afirma que Juanita Iragorri supuestamente le informó lo contrario, lo que se cae por su propio peso, pues de haber sido así, no tenía por qué pedir a la comisionista que abonara los 16 mil millones a cuenta de Probolsa.

Según lo explicó el representante legal de Serfinco S.A., José Manuel Vélez Londoño, el ingreso de un cliente a esa comisionista no se lograba con solo diligenciar un formulario, cuando era necesario surtir un proceso en diversas etapas, que culminaba con la vinculación o no de la persona natural o jurídica que tramita dicho formato, lo cual corrobora, Manuel Gonzalo Álvarez Ríos al exponer que, para adquirir la condición de cliente, el gerente de inversión debía visitar a la persona natural o jurídica en sus oficinas y, solo después de que se realizaban los trámites y se generaba un código el cliente estaba habilitado para dar la orden de comprar los títulos TES B, que quedaban a su disposición en el depósito centralizado de valores mediante un registro.

De otro lado, de acuerdo con la información suministrada por la Superintendencia Financiera, Probolsa S.A. no se encontraba sometida a la inspección y vigilancia de esa Superintendencia, ni estaba, ni ha estado inscrita en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores, información que igualmente corroboró Manuel Gonzalo Álvarez Ríos, quien en juicio aseguró que Probolsa S.A. no estaba habilitada para administrar recursos públicos ni actuar como intermediario, así como con el oficio de la Superintendencia Financiera, del 12 de junio de 2009, de acuerdo con el cual *“Probolsa s.a., nunca contó legalmente con la posibilidad de realizar ningún tipo de operación que implicara la administración de recursos de terceros, tampoco obtuvo autorización para realizar ninguna operación de intermediación de valores toda vez que nunca estuvo inscrita en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores ni se hizo miembro de ningún órgano de autorregulación (...)”*.

Ese control sobre la calidad de los agentes que harían la operación resulta imperativo ejercerlo a los funcionarios que intervinieron en el trámite de la inversión, de modo que, como salvaguardias y custodios del erario municipal, uno en su calidad de alcalde, el otro como secretario de hacienda y el último como tesorero, y conociendo el Decreto 1525, en especial su artículo 16, tenían el deber de verificar, como mínimo, que: (i) se encontraran legalmente facultados para realizar la administración de tales recursos, y; (ii) estuvieran específicamente calificados en la actividad de administración

de recursos o de fondos por al menos una firma calificadora debidamente autorizada.

Más diciente aún, el propio asesor jurídico advirtió esa obligación al señalar en su concepto previo a la orden de inversión que *“a fin de salvaguardar los intereses del municipio es importante que el intermediario allegue la documentación necesaria que lo acredita como corredor de bolsa o intermediario en el mercado de valores a fin de tener certeza que la operación se está desarrollando con una empresa que tenga la idoneidad necesaria para este tipo de negociaciones”*.

En resumen, conociendo los tres procesados impugnantes especialmente el Decreto 1525 de 2008, así como los términos del concepto del asesor jurídico sobre la prohibición de realizar operaciones de recompra o repo y sobre el imperativo de acreditar la calidad de las empresas que intervendrían en la operación, decidieron ignorar todo eso de manera deliberada para sus ilícitos propósitos y en su lugar dieron viabilidad y materializaron una inversión que no solo estaba prohibida, sino que implicaba transferir recursos de excedentes de liquidez por regalías petroleras a una entidad que no estaba autorizada para manejar dineros o recurso de terceros.

86. De esa manera, se apropiaron en favor del gerente de Probolsa de más de 9 mil millones de pesos, con conocimiento de que la operación a través de la cual ese

hecho se materializó estaba prohibida y en favor de un tercero que ni legal, ni reglamentariamente estaba facultado para recibirlos, lo cual, sin duda, revela el conocimiento de la ilicitud y la voluntad de ejecutarla, pues los sucesos en ese sentido no corresponden a un simple descuido, negligencia o imprudencia, sino a una conducta deliberada, a una omisión consciente y suficientemente informada, en orden a apropiarse de dichos recursos en favor del tercero, lo que, de paso, desvirtúa que se trate de un peculado culposo, como lo pretende la defensa del entonces alcalde.

Es que advertidos como se hallaban de las prohibiciones legales, bien por el conocimiento de las normas o porque el asesor jurídico lo había expresado, sobre ciertas condiciones de la inversión y de las exigencias que debían reunir las personas que en nombre de la entidad territorial intervendrían en ella, decidieron ignorarlas deliberadamente para que de esa manera se concretara la apropiación de los recursos en favor del tercero. Esa ignorancia, asumida a propósito, revela, sin duda alguna, no solo el conocimiento mismo de la ilicitud, sino además la voluntad inequívoca de los acusados de cometerla, de apropiarse de dichos dineros.

87. Esa apropiación no se desvirtúa por el hecho de que en diciembre 30 de 2008 el alcalde haya solicitado a Serfinco no desembolsar dineros a Probolsa, o porque posteriormente haya formulado denuncia, pues además de que el delito ya se había consumado, eso no puede calificarse como una regla de experiencia demostrativa de que el alcalde actuó sin

dolo porque, además de que carecería de los caracteres propios de ese elemento de la sana crítica, especialmente la universalidad, resulta poco razonable admitirlo cuando, en contra de las prohibiciones y mandatos legales, habían dispuesto los funcionarios impugnantes de los dineros del erario, bajo el conocimiento tanto de aquellas como de éstos, según se infiere a partir de la relación de las normas que se hizo, tanto en los conceptos del secretario de hacienda y del asesor jurídico, como en la motivación de la Resolución 0991.

88. Concurrentes, a través de la constatación de esas objetivas circunstancias, que el alcalde, quien aceptó la oferta de Probolsa y así lo plasmó de hecho en la Resolución 0991 del 27 de octubre de 2008, el secretario de hacienda quien dio viabilidad a la inversión a través de un concepto previo y el tesorero por haber desembolsado materialmente los recursos a pesar del conocimiento que tuvo, con los demás, del trámite para llegar a dicha fase, desde la celebración de las reuniones preparatorias, los elementos cognoscitivo y volitivo que conforman su actuar doloso, la decisión de condenarlos se evidencia acertada y será por eso objeto de confirmación.

Esto revela, por demás, en contra de lo argüido por los impugnantes, que si el secretario de hacienda, o el tesorero no fueron quienes, en últimas, celebraron el convenio, ni suscribieron la resolución que ordenó la inversión, eso no los exime, porque, siendo responsables funcionalmente de la salvaguarda del erario, concurrieron, aquél con un concepto

sobre la viabilidad de la inversión y éste con la entrega material de los recursos, a que se ejecutara la ilícita apropiación.

89. Consecuentemente, debería examinarse la punibilidad a partir, entonces, de los cuestionamientos que se hacen en relación con la atenuante prevista en el artículo 401 del Código Penal derivada del reintegro de lo apropiado, mas, a estas alturas, resultaría redundante cuando ya, al examinar la inconformidad referida a la congruencia, se determinó su improcedencia al establecerse que, a pesar de la condena irrogada por la Contraloría en el juicio de responsabilidad fiscal, lo cierto es que, de un lado, no se probó que esos dineros hayan ingresado en efecto al erario municipal cuando lo aportado al juicio fue una certificación en contrario y, de otro, tal condena no responde a la noción de reintegro que jurisprudencialmente se ha determinado, en tanto no correspondió a un acto voluntario de los acusados o de alguno de ellos, o en su nombre por un tercero.

Por manera que, no existiendo reparo alguno en torno a la pena, tanto privativa de libertad, como pecuniaria y accesoria, que dosificó el ad quem, también en tal sentido la decisión impugnada será objeto de confirmación.

Sobre los subrogados

90. A juicio del defensor de Reyes Cadena, la sentencia impugnada erró al negar la concesión de subrogados penales

por aplicación de las leyes 1474 de 2011 y 1709 de 2014, toda vez que, ocurridos los hechos en octubre de 2008, no se hallaban aún vigentes.

91. Ciertamente, para esos efectos, el a quo, bajo el supuesto de que la condena lo era solamente por el punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, negó la suspensión condicional de ejecución de la pena y la prisión domiciliaria al considerar que resultaban improcedentes por expresa prohibición del artículo 68 A del Código Penal, así como la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia al estimar que, además de que ésta no se había demostrado, el punible objeto de condena se sanciona con pena superior a 5 años de prisión, de modo que, tampoco se satisface la condición cuantitativa prevista en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

92. A su turno, el ad quem, negó la suspensión condicional de ejecución de la pena por no reunirse la exigencia cuantitativa contenida en la Ley 599 de 2000 o en la 1709 de 2014, toda vez que la pena impuesta es superior, respectivamente, a 3 y a 4 años.

Igual la prisión domiciliaria por considerar que, dados los presupuestos del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, la condena incluye el delito de peculado por apropiación, que se halla sancionado con pena mínima de 8 años, o los de la Ley 1709 de 2014 en cuanto el subrogado se prohíbe expresamente en el artículo 68 A.

93. Es decir, aunque la primera instancia sustentó la negativa de los subrogados especialmente en la Ley 1709 de 2014 que, en efecto, no podía, en principio, a no ser que fuera favorable al procesado, aplicarse al asunto, sí acudió al original artículo 38 de la Ley 599 para concluir, con acierto, insatisfecha la condición objetiva referida a que el delito se sancionara con pena mínima de 5 años de prisión o menos.

El tribunal, por su parte, hizo el ejercicio en torno a los dos subrogados y frente, tanto a la ley vigente a la fecha de los hechos, como a la vigente a la de la sentencia, para concluir, también con acierto que, en relación con ninguna de las dos se reunían las condiciones para concederlos.

94. Es que, si se trata de la condena de ejecución condicional, el original artículo 63 de la Ley 599 de 2000 lo hace viable cuando la pena impuesta no exceda de 3 años de prisión, mientras que el 29 de la 1709 de 2014 lo hace procedente en tanto la sanción impuesta no sea superior a 4 años, condición que no se satisface respecto de ninguno de los dos ordenamientos, toda vez que, las penas privativas de libertad irrogadas a cada uno de los impugnantes son superiores a 4 años.

95. Y si se refiere a la prisión domiciliaria, el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 lo condicionaba cuantitativamente a que la sentencia proferida lo fuera por punible sancionado legalmente con pena de 5 años de prisión o menos, pero, el

delito de peculado por apropiación se pune con pena mínima de 8 años de prisión.

Esto significaría que la Ley 1709 de 2014 resultaría eventualmente ser menos restrictiva porque varió esa exigencia a 8 años, solo que, sin posibilidad de crear una *lex tertia*, correlativamente operaría la prohibición prevista en el artículo 68 A, como quiera que, siendo el peculado y el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, delitos contra la administración pública, no es viable la concesión del sustituto.

Luego, en ese sentido, también la sentencia impugnada será objeto de confirmación.

96. Finalmente, demostrada así la apropiación ilícita de dineros del erario, se dispondrá compulsar copias de la actuación ante la Fiscalía General de la Nación en orden a que se inicien, contra los responsables, las correspondientes acciones de extinción de dominio que procuren el resarcimiento del daño ocasionado.

Por tanto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

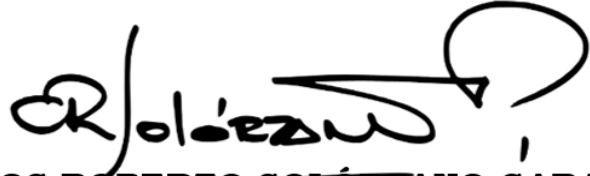
RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia impugnada por medio de la cual, entre otras determinaciones, el Tribunal Superior de

Arauca condenó, por primera vez, a José Andrides Córdoba García, William Alfonso Reyes Cadena y Andrés Aníbal Herrera Bernal, como coautores del delito de peculado por apropiación.

2. A fin de que se ejerzan las correspondientes acciones de extinción de dominio, compulsar copias de lo actuado ante la Fiscalía General de la Nación.

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



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Presidente de la Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

No firma en comisión de servicios



HUGO QUINTERO BERNATE



JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: ADB04932290400E3C4F39B39D3BF1A0B22551042B89B2AE83C96B9A516B911F5

Documento generado en 2026-08-21

§Sala Casación Penal@ 2026